



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inngikk en avtale om etablering, drift og vedlikehold av en skulptur- og kulturminnepark på Ekeberg uten forutgående kunngjort konkurranse i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser. Klagenemnda kom til at avtalen ikke kunne klassifiseres som en "gjensidig bebyrdende" avtale i anskaffelsesforskriftens forstand. Dette innebar at avtalen ikke var omfattet av forskriften, herunder kunngjøringsplikten, og det forelå da heller ikke noen ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 20. februar 2012 i sak 2011/312

Klager: Folkeaksjonen for bevaring av Ekebergskogen

Innklaget: Oslo kommune Utviklings- og kompetanseetaten

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Siri Teigum og Andreas Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) C. Ludens Ringnes stiftelse (heretter kalt Stiftelsen) tok i 2006 kontakt med Oslo kommune (heretter kalt innklagede) med forslag om å finansiere etablering og drift av en skulpturpark på kommunal grunn i Ekebergskogen. Stiftelsen fremla i den forbindelse et utkast til avtale om en "*skogsskulpturpark*", skisser til avgrensning av planområdet og en oppstilling av parkens finansieringsbehov.
- (2) På bakgrunn av Stiftelsens utkast til avtale sendte (daværende) Byrådsavdeling for næring og kultur brev til faginstansene Kultur- og idrettsetaten, Friluftsetaten, Byantikvaren, Plan- og bygningsetaten og kommuneadvokaten, hvor det bedt om en vurdering av Stiftelsens avtaleutkast. Det ble presisert at forvaltningsmessige forhold, plan- og reguleringsmessige forhold, antikvariske hensyn, juridiske spørsmål og kunstnerisk vurdering måtte avklares.
- (3) Innklagede og Stiftelsen utarbeidet et avtaleutkast, som ble vurdert av kommuneadvokaten i Oslo. Kommuneadvokaten konkluderte i brev av 2. januar 2007 med at avtalen, slik den var utformet på dette tidspunktet, var en gjensidig bebyrdende kontrakt omfattet av anskaffelsesregelverket, og anså det slik at det var mest nærliggende å klassifisere kontrakten som en bygge- og anleggskonsesjon, da avtalens hovedelement gjaldt utførelse av bygge- og anleggsarbeider.
- (4) Innklagede og Stiftelsen inngikk 10. desember 2008 avtale "*om finansiering av et forprosjekt som skal utrede mulighetene for etablering av en skulptur- og*

kulturminnepark på Ekeberg". I henhold til avtalen skulle Stiftelsen bære alle utgiftene i forprosjektet. Følgende gjengis fra avtalen:

"For å nå målsetningene i denne avtale, etablerer Kulturetaten en kunstfaglig arbeidsgruppe og en arbeidsgruppe som skal utarbeide forslag til reguleringsplan. C. Ludens Ringnes Stiftelse gis anledning til å delta i alle møter i arbeidsgruppene. For øvrig holdes stiftelsen løpende orientert om prosjektets fremdrift og utvikling.

Det etableres en koordineringsgruppe med representanter fra C. Ludens Ringnes Stiftelse og Oslo kommune. Koordineringsgruppen skal være et forum for gjensidig informasjon og samarbeid, der blant annet overordnede spørsmål knyttet til forprosjektet drøftes.

Koordineringsgruppen er et rådgivende organ uten selvstendig beslutningsmyndighet over forprosjektet."

- (5) Avtalen om forprosjektet ble godkjent 8. januar 2009 i byrådssak 1001/09. Det hitsettes følgende fra byrådssaken:

"Målsettingen er at forprosjektet skal resultere i forslag til reguleringsplan for skulptur- og kulturminneparken, og videre at det skal inngås en avtale mellom Oslo kommune og C. Ludens Ringnes Stiftelse om etablering og drift av en skulptur- og kulturminnepark i Ekebergåsen. Dersom forprosjektet resulterer i forslag til avtale om en slik park skal avtalen forelegges bystyret til endelig avgjørelse."

- (6) I møtereferat fra koordineringsgruppens møte av 18. mai 2009 fremkom det at det var behov for å engasjere en landskapsarkitekt som konsulent for å detaljere parkkonseptet. I referatet punkt 2 "Premisser for avtale mellom C. Ludens Ringnes Stiftelse og Oslo kommune" fremkom det at "Ansvar og kostnader for opparbeidelse og drift skal være hos Stiftelsen" og at "Kommunens deltakelse i gjennomføringsfasen skal være slik at Stiftelsen ikke må underlegge seg regelverk for offentlige anskaffelser".

- (7) Oslo kommune ved kulturetaten kunngjorde 2. september 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av konsulenttjenester i forbindelse med prosjektering av skulptur- og kulturminneparken. Anskaffelsen ble beskrevet på følgende måte i kunngjøringen punkt II.1.5):

"Anskaffelsens formål er å engasjere konsulenter med hovedvekt på landskapsarkitektkompetanse for å utarbeide følgende som grunnlag for reguleringsplanen:

- Planskisser/illustrasjonsplaner
- Illustrasjoner/perspektiver
- Samlet plan
- Teknisk reguleringskart

Leverandøren må knytte til seg nødvendig kompetanse for oppdraget.

[...]"

- (8) Konsulentoppdraget ble tildelt Bjørbekk & Lindheim Landskapsarkitekter. Forprosjektet har etter det opplyste kostet ca. 9,5 millioner kroner. I forprosjektet har arkitektfirmaet utarbeidet et kostnadsoverslag som viser at opparbeidelse av parken i 2010 ble anslått til 107 141 906 kroner. Overslaget var basert på kostnader knyttet til opparbeidelse av vannreservoar og vannrenne, bekke drag, parklommer, trappeanlegg ved Svenskesletta, parkdrag Kongsveien/Karlsberg, gondolbane, utsiktspunkt Munch, adkomst Gamlebyen, p-plass med driftsbygning, paviljong, gangveier og stier, belysning, kunst-, skulpturer- grunnarbeid og fundamentering, kulturminner – formidling, og utsiktspunkt ved Ekebergrestauranten.
- (9) Innklagede ba kommuneadvokaten om bistand i forbindelse med fremforhandling av avtalen med Stiftelsen. Kommuneadvokaten ble blant annet bedt om å vurdere hvilken type avtale som kunne inngås for å unngå at innklagede og Stiftelsen ble bundet av regelverket for offentlige anskaffelser. Kommuneadvokaten viste til at partene ikke ville være bundet av anskaffelsesregelverket dersom kontrakten med Stiftelsen var en gave til innklagede. Det ble presisert at et vilkår for at det skal foreligge en gave, er at Stiftelsen ikke mottar noe form for vederlag av økonomisk verdi, og at det heller ikke stilles for omfattende vilkår for innklagede. Følgende hitsettes fra kommuneadvokatens vurdering av 17. september 2009:

"Slik utkastet nå er utformet kan det reises spørsmål ved om stiftelsen mottar vederlag i form av markedsføring. Det vises for det første til utkastet pkt. 4, hvor det heter at stiftelsen "gis rett til" å utplassere kunst i parken. Slik bestemmelsen er formulert gis det inntrykk av at Stiftelsen ved dette gis mulighet til å markedsføre sin kunst, noe som vil kunne innebære en økonomisk kompensasjon. Jeg er imidlertid ikke kjent med at Stiftelsen formidler kunst, hvorefter dette eventuelt ikke vil representere noen verdi for Stiftelsen.

[...]"

- (10) Innklagede ba kommuneadvokaten redegjøre for konsekvensene ved å la to eiendommer i Kongsveien 21 og 23 bli en del av kulturminneparken på Ekeberg. Både eiendommene og hagen skulle eies av kommunen, mens restaurering, opparbeiding og drift av eiendommene og hagen primært skulle finansieres av Stiftelsen. I kommuneadvokatens brev av 6. oktober 2009 fremkom det at eiendommenes hage, på lik linje med parken for øvrig, var et friområde til offentlig bruk, og at dette ikke var problematisk å innta i avtalen. Vedrørende eiendommene fremkom følgende:

"Når det gjelder bygningene er situasjonen annerledes. Slik jeg har forstått det, er disse tiltenkt en noe mer omfattende bruk. Som alternative bruksområder er nevnt; formidling av parken, toalettfunksjon, kontor for Stiftelsen, møtelokaler og kontorlokaler for private lag og foreninger, atelier for kunstnere, samt café. Slik jeg forstår det, er altså bygningene også tiltenkt en kommersiell bruk.

[...]"

2. Avslutning

Som det følger av det ovennevnte vil de problemstillinger som oppstår i forbindelse med restaurering og drifting av bygningene være annerledes enn de som oppstår ved opparbeidelse og drifting av parken for øvrig. Dette som følge av at det i bygningene

også skal drives kommersiell virksomhet. Hvorvidt det vil være mulig å integrere restaurering og drifting av byggene i avtalen med Stiftelsen om opparbeidelse og drifting av parken for øvrig, vil avhenge av hvilket av de ovennevnte alternativ for gjennomføringen som velges, jfr. ovenfor pkt. 1.1 [Stiftelsen restaurerer og drifter byggene for egen regning, samt oppebærer inntektene], 1.2 [Stiftelsen restaurerer og drifter byggene for egen regning, mens kommunen oppebærer inntektene] og 1.3 [Stiftelsen restaurerer byggene for egen regning, mens kommunen drifter og oppebærer inntektene]. Slik jeg ser det vil det enkleste, dersom avtalen med Stiftelsen også skal omfatte byggene, være at alternativ 1.2, velges."

- (11) I møtereferat fra koordineringsgruppens møte 4. november 2009 fremkommer det at Stiftelsen har meddelt at den ikke ønsker å være bundet av anskaffelsesregelverket, og at den ønsker et langsiktig perspektiv på avtalen på 50 år. Videre fremkom det at innklagede var innstilt på en avtalevarighet på 50 år, samt at kommuneadvokaten hadde anbefalt at det ble inngått en avtale om en gave, noe som innebar at innklagede ikke forpliktet seg. Det ble også orientert om at det ble arbeidet med å inkorporere eiendommene i Kongsveien 21 og 23 i avtalen.
- (12) Innklagede ba kommuneadvokaten vurdere et revidert avtaleutkast. I henhold til dette avtaleutkastet hadde Stiftelsen rett til å arrangere arrangementer i parken uten forutgående søknad til Oslo kommune, og avtalens varighet var 50 år uten oppsigelsesmuligheter. I kommuneadvokatens brev av 10. desember 2009 anbefalte kommuneadvokaten at innklagede var svært tilbakeholden med å gi Stiftelsen mulighet til å avholde arrangementer uten forutgående søknad, og det ble vist til tidligere redegjørelser med hensyn til hva som kreves for at avtalen skal anses som en gave. Videre ble det påpekt at det var uheldig at avtalen hadde en varighet på 50 år uten oppsigelsesmuligheter, da det kunne reises spørsmål ved om avtalens lengde i realiteten innebar at det var en gjensidig bebyrdende avtale.
- (13) Kommuneadvokaten kom med nye kommentarer til et revidert avtaleutkast ved brev til innklagede av 15. april 2010. Det ble igjen presisert at det var uheldig at avtalens varighet var 50 år.
- (14) I møtereferat fra koordineringsgruppens møte 22. april 2010 fremkom det følgende:

"1. Status i prosjektet – framdrift mot levering planforslag

[...]

Avtaleforhandlinger

KUL v/Inversini orienterte om framdrift i forhandlingene om hovedavtale om etablering og drift av skulptur- og kulturminneparken. Det er enighet om hovedpunktene i avtalen, men fortsatt gjenstår enkelte avklaringer blant annet knyttet til ansvar og grad av forpliktelse. Avtalens karakter av å være en gave, som ikke omfattes av anskaffelsesregelverket, setter rammer for kommunens anledning til å forplikte seg. I tillegg gjenstår det å utforme avtalens vedlegg, der innholdet i stor grad er avhengig av de konkrete bestemmelsene i reguleringsplanen. Avtalen med vedlegg skal gjelde i tillegg til reguleringsplanen. Forhold mellom kommunen og stiftelsen som ikke fremgår av reguleringsbestemmelsene blir regulert i avtalen. Utforming av avtalen med vedlegg foregår derfor parallelt med utformingen av reguleringsbestemmelsene.

[...]"

- (15) Kommuneadvokaten kom med kommentarer til reviderte avtaleutkast ved brev til innklagede 21. juni 2010 og 18. oktober 2010, og det ble foreslått justeringer til noen av avtalepunktene.
- (16) I brev til innklagede 11. februar 2011 konkluderte kommuneadvokaten med at det forelagte avtaleutkastet om å finansiere etablering og drift av en skulptur- og kulturminnepark i Ekebergskogen var en gave, og at anskaffelsesregelverket derfor ikke kom til anvendelse. Forholdet til anskaffelsesregelverket og avtalens bindingstid ble oppsummert slik:

"b) Avtalens lengde

Et forhold jeg tidligere har stilt spørsmål ved, både muntlig og skriftlig, er avtalens lengde. Avtalen har en varighet på 50 år, med mulighet for oppsigelse etter 25 år. Dette er lengre enn det jeg normalt vil anbefale.

[...]

Jeg ser imidlertid at stiftelsen vanskelig vil gi en slik gave det her er snakk om, dersom ikke avtalen har en så vidt lang bindingstid. Det er forståelig at stiftelsen ikke ønsker å finansiere opparbeidelsen av en park dersom den ikke sikres at dette forblir en skulptur og kulturminnepark i forholdsvis lang tid. Ulempene med avtalens lengde må derfor slik jeg ser det, veies opp mot hvilket ønske kommunen har for å få opparbeidet, driftet og vedlikeholdt en slik skulptur og kulturminnepark på Ekeberg for stiftelsens regning.

I tillegg kan det også for kommunen være en fordel med lang bindingstid. Ved at stiftelsen binder seg til avtalen i minimum 25 år, er kommunen sikret at parken vedlikeholdes og driftes av stiftelsen i denne tiden."

- (17) Kontrakt mellom innklagede og Stiftelsen ble signert av partene 2. mai 2011, men i henhold til avtalens punkt 15 ble ikke avtalen bindende før et "kompetent organ" ga sin tilslutning. Oslo bystyre ga tilslutning til avtalen 24. august 2011, og kontrakt var bindende fra dette tidspunkt.
- (18) I avtalen punkt 1 "INNLEDNING" fremkommer følgende:

"Denne avtale (heretter kalt Avtalen) innebærer en gave fra C. Ludens Ringnes stiftelse (heretter kalt CLRS) til Oslo kommune (heretter kalt OK).

Gaven innebærer at CLRS for egen regning og risiko opparbeider (herunder rehabiliterer bygninger) smykker ut, formidler, drifter og vedlikeholder en allment tilgjengelig skulptur- og kulturminnepark på Ekeberg i 50 år, heretter kalt Skulptur- og kulturminneparken.

Gaven gis innenfor de rammer som angis i Avtalen."

- (19) Fra avtalen punkt 4 "OPPARBEIDELSE AV SKULPTUR- OG KULTURMINNEPARKEN" hitsettes følgende:

"4.1 Opparbeidelse av Skulptur- og kulturminneparken

CLRS skal opparbeide Skulptur- og kulturminneparken.

Skulptur- og kulturminneparken skal opparbeides i henhold til de til enhver tid gjeldende reguleringsbestemmelsene i reguleringsplanene nevnt i Avtalen pkt. 3. Rekkefølge, tidsfrister og omfang av opparbeidelse av de ulike reguleringsfeltene skal, i tillegg til det som fremgår av reguleringsbestemmelsene, skje i henhold til Rammeplan for opparbeidelse av Skulptur- og kulturminneparken, jf. vedlegg B til Avtalen.

Opparbeidelsen skal blant annet omfatte dammer og vannfall, reparasjon og oppgradering av eksisterende vei- og stinett, anleggelse av nye stier, stedvis tynning og skjøtsel av vegetasjon, fundamentering for kunstverk, tiltak for formidling av kulturminner, oppgradering av hager og rehabilitering av bygninger i Kongsveien 21 og 23, skilting, belysning, etablering av parkeringsplasser herunder for bevegelseshemmede og turistbusser, samt utplassering av benker og annen tilrettelegging for allmennheten, jf. Avtalen vedlegg B som angir frister og spesifisering av arbeidene. "

- (20) Avtalen punkt 5 regulerer "UTPLASSERING AV KUNST". I underpunkt 5.1 er det angitt at partene skal opprette et kunstfaglig utvalg bestående av to representanter fra begge partene, samt inntil tre personer med kunstfaglig kompetanse. Det kunstfaglige utvalget skal avgi uttalelse overfor innklagede om et bestemt kunstverk bør utplasseres i skulptur- og kulturminneparken. I underpunkt 5.2 fremkommer det at kunstverk ikke kan utplasseres uten etter skriftlig samtykke fra innklagede v/Kulturetaten. I underpunkt 5.3 er det angitt følgende vedrørende Stiftelsens forpliktelser om antall kunstverk som skal være utplassert i skulptur- og kulturminneparken:

"CLRS forplikter seg til å ha kunstverk utplassert i Skulptur- og kulturminneparken i rimelig antall i avtaleperioden. Etter at det er gått tre år fra avtalens ikrafttredelse, jf. pkt. 17, plikter CLRS til en hver tid å ha utplassert minimum 23 kunstverk i Skulptur- og kulturminneparken, jf. Avtalen vedlegg B pkt. 1.10. OK v/Kulturetaten kan imidlertid, etter å ha innhentet forutgående uttalelse fra Kunstfaglig utvalg, samtykke til et lavere antall utplasserte kunstverk.

CLRS kan ikke fjerne kunstverk fra Skulptur- og kulturminneparken uten etter forutgående skriftlig samtykke fra OK og forutgående behandling i Kunstfaglig utvalg.

Partenes ambisjon er en dynamisk utvikling av Skulptur- og kulturminneparkens kunstneriske innhold i hele avtaleperioden. Det er ønskelig at nye kunstverk tilkommer jevnlig, for eksempel slik at Skulptur- og kulturminneparken suppleres eller erstattes med et nytt kunstverk hvert år de første 15 årene etter Avtalens ikrafttredelse, jf. pkt. 17, og deretter med minimum et nytt kunstverk hvert annet år.

[...]"

- (21) I avtalen punkt 6 "DRIFT OG VEDLIKEHOLD AV PARKEN" er det under punkt 6.1 angitt at Stiftelsen skal drifte og vedlikeholde parken, og at dette skal skje forsvarlig og i henhold til gjeldende lover og forskrifter. I underpunktene 6.2 og 6.3 fremkommer det at Stiftelsen plikter å vedlikeholde bygningene i Kongsveien 21 og 23 og kunstverk utplassert av Stiftelsen i skulptur- og kulturminneparken.

- (22) Stiftelsens plikt til å formidle parkens innhold til allmennheten er regulert i avtalen punkt 7 *"FORMIDLING AV SKULPTUR- OG KULTURMINNEPARKEN"*, hvorfra følgende gjengis:

"7.1 Plikt til å formidle Skulptur- og kulturminneparken

Som del av å drifte Skulptur- og kulturminneparken skal CLRS også formidle Skulptur- og kulturminneparkens innhold til allmennheten.

[...]

7.3 Kommersiell formidling av Skulptur- og kulturminneparken

Som ledd i formidling av Skulptur- og kulturminneparken kan CLRS drifte kommersiell virksomhet i beskjedent omfang fra Kongsveien 21 og 23, så som publikumskafé, småskala souvenirbutikk, samt utleie av lokaler mv. Virksomheten skal ha direkte sammenheng med formidling av Skulptur og kulturminneparken. Salg og eventuell utleie skal skje til markedspris. Ut over dette kan CLRS ikke drive kommersiell virksomhet i forbindelse med formidling av Skulptur- og kulturminneparken. Bygningene kan ikke benyttes til beboelse.

CLRS skal innen 1. april hvert år legge frem revisorbekreftet regnskap over den virksomheten som drives fra Kongsveien 21 og 23. Regnskapet skal innrettes slik at den kommersielle virksomheten skilles ut som eget (egne) resultatområde(r). Et eventuelt overskudd fra denne virksomheten skal tilfalle OK."

- (23) I avtalen punkt 8 *"CLRSs ØKONOMISKE FORPLIKTELSER"* er det angitt at:

"CLRS forplikter seg til å dels stille til rådighet, dels bruke, verdier tilsvarende 300 000 000 – kroner trehundremillioner, i samsvar med nedenstående punkter for gjennomføring av sine forpliktelser i henhold til Avtalen. OK kan ikke kreve at CLRS benytter midler ut over denne beløpsgrense, jf. dog Avtalen pkt. 13, tredje avsnitt.

CLRS skal innen 3 år etter Avtalens ikrafttredelse ha brukt minimum kr 100 millioner til opparbeidelse av Skulptur- og kulturminneparken i henhold til Avtalens pkt. 4, hvorav kr 10 millioner er avsatt til tiltak for formidling av kulturminner, jf. Avtalen vedlegg B Rammeplan for opparbeidelse av Skulptur- og kulturminneparken, pkt. 1. Kostnader som er påløpt til dette formål i forprosjektfasen, kr 8.610.893 per 31.12.2010, pluss påløpte kostnader av avtalt tilleggsramme for januar til juni 2011 kr 908.407, til sammen maksimalt kr 9.519.300, kommer til fradrag i de kr 100 millioner CLRS skal bruke til dette formålet. Dersom det eventuelt gjenstår tilgjengelige midler av de kr 100 millioner etter at prioriterte tiltak i henhold til vedlegg B pkt. 1.1 til 1.18 er opparbeidet, forlenges fristen for når midlene skal være brukt med 2 år. CLRS plikter innen den forlengede fristen å gjennomføre et eller flere ønskede tiltak i henhold til vedlegg B Rammeplan for opparbeidelse av Skulptur- og kulturminneparken pkt. 2.1 til 2.11, etter CLRS` egen prioritering.

[...]

CLRS skal innen 3 år etter Avtalens ikrafttredelse ha brukt minimum 100 millioner til innkjøp og utplassering av kunst i Skulptur- og kulturminneparken i henhold til

Avtalens pkt. 5, jf. Avtalen vedlegg B Rammeplan for opparbeidelse av Skulptur- og kulturminneparken, pkt. 1.10.

CLRS skal ved Avtalens ikrafttredelse ha opprettet et fond med verdi minimum kr 100 millioner, til drift inklusive forsikring, vedlikehold og formidling av Skulptur- og kulturminneparken i avtaleperioden i henhold til Avtalens pkt. 6 og 7. CLRS forplikter seg til i hele avtaleperioden å bruke minimum kr. 2 millioner hvert år på drift inklusive forsikring, vedlikehold og formidling av Skulptur- og kulturminneparken. Beløpet reguleres hver 1. juni med 100 % i forhold til eventuelle endringer i Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks, eller hvis denne blir opphevet, annen tilsvarende indeks. Opprinnelig indeks er indeksen for mai måned 2011.

CLRS gis ikke rett til å ta betalt for allmennhetens tilgang til eller opphold i Skulptur- og kulturminneparken og/eller dens påstående bygninger, installasjoner mv. Dog vil CLRS kunne kreve avgift for bruk av publikumstoletter."

- (24) Avtalen punkt 10 regulerer "*SÆRBESTEMMELSER*". I underpunkt 10.1 er det angitt at Stiftelsen kan etablere kontor i Kongsveien 21 eller 23 til bruk for å administrere skulptur- og kulturminneparken. Imidlertid kan ikke kontordelen utgjøre mer enn en av bygningenes andre etasje. Videre fremkommer det i underpunkt 10.2 at:

"[...]

Dersom CLRS ønsker kommersiell utnyttelse av Skulptur- og kulturminneparken ut over det som fremgår av pkt. 7.3, må det søkes om dette på vanlig måte til OK v/Friluftsetaten. CLRS plikter også å søke OK v/Friluftsetaten om gjennomføring av ikke-kommersielle arrangementer. Dog skal CLRS etter forutgående avtale med OK v/Friluftsetaten om tidspunkt for gjennomføringen, ha rett til å gjennomføre et ikke-kommersielt arrangement i Skulptur- og kulturminneparkens område hvert år som ledd i formidling av Skulptur- og kulturminneparken."

- (25) I underpunkt 10.3 fremkommer det at innklagede har eiendomsretten til grunnen og påstående bygninger i parken, samt skulptur- og kulturminneparkens navn og eventuelle andre rettigheter knyttet til navnet, logo og andre kjennetegn knyttet til parken. Stiftelsen har eiendomsrett til alle kunstverk finansiert av Stiftelsen. Videre har Stiftelsen i avtaletiden, i forbindelse med drift og formidling av parken, rett til å bruke parkens navn, logo og andre kjennetegn knyttet til parken, også i tilknytning til Stiftelsens eget navn.
- (26) I underpunkt 10.5 fremkommer det at Stiftelsen kan overdra forpliktelser og rettigheter etter avtalen etter skriftlig samtykke fra innklagede, og at innklagede ikke kan nekte samtykke uten saklig grunn.
- (27) I avtalen punkt 12 "*AVTALENS VARIGHET*" er det angitt at avtalen gjelder i 50 år, og at partene kan forhandle om forlengelse av avtalen.
- (28) Avtalen punkt 13 regulerer "*MISLIGHOLD, OPPSIGELSE OG HEVING*":

"Avtalen kan, med unntak av det som følger av dette punkt ikke bringes til opphør før det er gått 25 år, regnet fra tidspunktet for formell godkjenning av Avtalen, jfr. Pkt. 16. Etter at det er gått 25 år, og innen ett år etter dette, kan begge parter si opp Avtalen med gjensidig oppsigelsesfrist på 12 måneder. Oppsigelsen skal være skriftlig. Blir slik

oppsigelse ikke sendt løper Avtalen videre uendret frem til Avtalens utløp etter Avtalen pkt. 12, med unntak av det som følger av dette punkt.

Dersom det vedtas omregulering av hele eller en vesentlig del av Skulptur- og kulturminneparkens område kan OK si opp Avtalen før, og etter det er gått 25 år. Ved slik oppsigelse gjelder en oppsigelsesfrist på 12 måneder. Oppsigelsen skal være skriftlig.

Dersom CLRS misligholder sine forpliktelser til å opparbeide, smykke ut, drifte, formidle eller vedlikeholde Skulptur- og kulturminneparken i samsvar med Avtalen, kan OK rette mangelen for CLRS` regning og risiko, forutsatt at mangelen, etter skriftlig varsel fra OK, ikke blir rettet av CLRS innen rimelig tid.

Dersom CLRS misligholder sine forpliktelser til å opparbeide, smykke ut, drifte, formidle eller vedlikeholde Skulptur- og kulturminneparken i samsvar med Avtalen, kan OK, foruten å rette mangelen for CLRS` regning og risiko, også si opp Avtalen før det er gått 25 år fra tidspunktet for formell godkjenning av Avtalen, jf. pkt. 16. Ved slik oppsigelse gjelder en oppsigelsesfrist på 12 måneder. Oppsigelsen skal være skriftlig. Retten til å si opp Avtalen bortfaller dersom CLRS retter feilen innen rimelig tid etter at oppsigelse er sendt. OK har ikke rett til å si opp Avtalen hvis misligholdet skyldes manglende tillatelse fra offentlige myndigheter, forutsatt at CLRS har sendt fullgod søknad uten ugrunnet opphold, jf. Avtalen pkt. 10.4.

Ved vurderingen etter dette punkt 13, tredje og fjerde avsnitt, av om CLRS har misligholdt sine forpliktelser til opparbeidelse av Skulptur- og kulturminneparken i henhold til Avtalen pkt. 4, skal det også tas hensyn til hvilket nivå på CLRS` ytelser som er rimelig å forvente innenfor de økonomiske rammene for CLRS` forpliktelser som er fastlagt i Avtalen pkt. 8.

[...]"

- (29) Vedlegg B til avtalen, benevnt "RAMMEPLAN FOR OPPARBEIDELSE AV SKULPTUR- OG KULTURMINNEPARKEN PÅ EKEBERG" inneholder en liste over 18 "Prioriterte tiltak" og 11 "Ønskede tiltak" i parken. De ønskede tiltakene skal utføres etter at de prioriterte tiltakene er gjennomført, forutsatt at det er midler igjen av totalrammen på 100 millioner kroner til opparbeidelse av parken. Det er angitt at Stiftelsen skal ha gjennomført de prioriterte tiltakene innen 3 år etter avtalens ikrafttredelse og at parken skal "fremstå som ferdig opparbeidet innen 3 år etter Avtalens ikrafttredelse".
- (30) I vedlegg C til avtalen, "Kunstfaglig konsept", er parkens konsept beskrevet. Den kunstfaglige arbeidsgruppen består av representanter for innklagede, Stiftelsen og Norsk Billedhuggerforening. Følgende hitsettes:

"Visjon

[...]

Det skal skapes en skulpturpark som har som utgangspunkt å uttrykke det feminine i alt sitt mangfold. Kunstverkene skal representere variasjon i uttrykk og tid for deres tilkomst og ha en kunstnerisk sett stedsspesifikk funksjon i forhold til områdene der de utplasseres.

[...]

Forprosjektets detaljeringsnivå

[...]

Parkens skulpturer vil fortrinnsvis bestå av permanente kunstverker, og krav om holdbarhet og forholdsvis enkelt vedlikehold må tillegges betydning. I tillegg åpnes det for temporære kunstverker, som etter et definert tidsrom fjernes, eventuelt erstattes av andre."

- (31) I avtalens vedlegg E "Retningslinjer for utleie og arrangement" er det angitt retningslinjer for utleie og arrangementer i skulptur- og kulturminneparken. Det fremkommer her at ett av vurderingstemaene for om tillatelse skal gis, er at arrangementet bør "Ivareta Skulptur- og kulturminneparkens karakter", og at "Dersom Friluftsetaten er i tvil som tillatelse i henhold til ovennevnte retningslinjer bør gis, skal Friluftsetaten forelegge spørsmålet for Byantikvaren og C. Ludens Ringnes Stiftelse for uttalelse før avgjørelse tas".
- (32) I byrådssak 101/11, behandlet 19. mai 2011, ble det vedtatt en reguleringsplan for skulptur- og kulturminneparken. I reguleringsbestemmelsene var det angitt at området blant annet ble regulert til servicebygg hvor det tillates bevertning, samt en gondolbane med stasjonsbygg. Følgende hitsettes vedrørende anslag av besøkstall i parken:

"Det er foretatt en vurdering som viser at mulig framtidig øking i besøkstall i planområdet kan bli ca. 130 000 per år uten gondolbanen. Med anslag for dagens bruk på 50 – 70 000 besøkende, vil totalt besøk kunne bli 200 000 per år. Økt besøk er vurdert å generere 166 000 nye reiser, og det er lagt til grunn en reisemiddelfordeling på 60 % kollektiv, 20 % bil og 20 % turistbuss. For besøkstopper på helgedager med godt vær om sommeren, er det anslått en økning i antall kollektivreiser på ca. 770 per dag og 260 bilreiser per dag. Med gondolbanen er det lagt til grunn 1 mill. reisende (optimistisk anslag) som kan gi 600 000 personer per år inn i parkområdet hvis 80 % av dem reiser t/r."

- (33) I Byrådssak 102/11, som også ble behandlet på møtet 19. mai 2011, ble avtalen mellom innklagede og Stiftelsen vurdert, og det ble blant annet presisert at partenes ambisjon for parken var "en dynamisk utvikling av dens kunstneriske innhold i hele avtaleperioden". I byrådssak 102/11 ble det også vedtatt at eiendommene i Kongsveien 21 og 23 skulle overføres fra Boligbygg Oslo KF til bykassen ved Kulturetaten. Videre fremkom det at overføringene av eiendommene medførte at Boligbygg Oslo KF fikk et inntektsbortfall på ca. 500 000 kroner i 2011. Videre ble det foretatt en juridisk vurdering av avtalen, og det ble konkludert med at avtalen var en gave. Det ble også redegjort for utgifter avtalen ville medføre for innklagede, og følgende gjengis:

"Avtalen forutsettes å medføre beskjedne utgifter for Oslo kommune, både når det gjelder etablering og drift av parken sett i forhold til prosjektets størrelse. Oppfølgingen fra kommunen gjelder særlig under opparbeidelse av parken i avtalens tre første år. Stiftelsens gjennomføring av tiltak medfører en rekke avklaringer og godkjenninger mot ulike etater før de kan iverksettes. Det legges opp til at Kulturetaten får en koordinerende rolle for oppfølging av avtalen, i tillegg til kunstfaglig ansvar. Kulturetatens utgifter til dette anslås til utgifter for en stilling på mellom 25 og 50 %."

Det vil være naturlig at besparelser i Bymiljøetaten som følge av Stiftelsens overtakelse av drift av parken, overføres Kulturetaten."

- (34) I notat til bystyrets organer 15. juni 2011 ble spørsmål fra partiet Rødt vedrørende skulptur- og kulturminneparken besvart. Det ble blant annet stilt spørsmål ved om det forelå noe kostnadsoverslag over hva de samlede utgifter til etablering, drift og vedlikehold av parken de neste 50 årene ville bli. Det ble vist til kostnadsoverslaget utredet av Bjørbekk & Lindheim Landskapsarkitekter, samt at avtalen med Stiftelsen var utformet for å være fleksibel i forhold til det enkelte tiltaks endelige kostnad. I notat til bystyrets organer 11. august 2011, ble ytterligere spørsmål fra partiet Rødt vedrørende skulptur- og kulturminneparken besvart.
- (35) I brev til innklagede 3. august 2011 redegjorde Folkeaksjonen for bevaring av Ekebergskogen (heretter kalt klager) for hvorfor avtalen med Stiftelsen representerte en gjensidig bebyrdende kontrakt. Brevet ble oversendt kommuneadvokaten, og i brev fra kommuneadvokaten til innklagede 19. august 2011 ble det konkludert med at avtalen representerer en gave:

"Avtalen gir ikke Stiftelsen krav på vederlag for sine ytelser, verken i form av penger eller annen økonomisk kompensasjon. Jeg kan heller ikke se at det foreligger andre forpliktelser på kommunens side som gjør at avtalen mister sitt preg av å være en gave.

Stiftelsen blir ikke eier av grunnen eller de bygninger og installasjoner som er, eller skal bygges, i parken. Dette forblir Oslo kommunes eiendom. Også immaterielle rettigheter knyttet til parkens navn, logo m.m. forblir kommunens eiendom. Som en følge av dette kan ikke stiftelsen kreve inngangspenger til parken, og stiftelsen må på vanlig måte søke Friluftsetaten dersom de ønsker å ha kommersielle arrangementer i parken.

[...]

Det er heller ikke korrekt da Anbudsadvokatene konkluderer med at Stiftelsen mottar en økonomisk kompensasjon fordi det skal drives noe kommersiell virksomhet fra de to bygningene i parken. Dette skal være virksomhet i tilknytning til formidling av parken og kun i "beskjedent" omfang, og hvor et eventuelt overskudd skal tilfalle Oslo kommune. Heller ikke det at stiftelsen skal ha et kontor i ett av byggene, innebærer at Stiftelsen mottar en økonomisk kompensasjon. Kontoret skal kun benyttes til formidling og administrasjon av parken. Stiftelsen kan ikke drive annen virksomhet herfra. Det er således etter mitt syn klart at stiftelsens begrensede disposisjonsrett over lokalene ikke innebærer at de får et økonomisk vederlag som gjør at avtalen ikke er en gave.

Det er heller ikke korrekt da Anbudsadvokatene konkluderer med at Oslo kommune er ansvarlig for utgifter som overstiger beløpsgrensen gitt i avtalens pkt. 8, og at avtalen av den grunn ikke er en gave. Oslo kommune har ikke overfor Stiftelsen forpliktet seg til å dekke kostnadene ved opparbeidelse, drift eller vedlikehold av parken. Dersom Stiftelsen ikke har tilstrekkelig midler til dette sett i forhold til den standard en i dag har sett for seg, står kommunen fritt til å velge om en ønsker å bruke mer penger på parken.

At Oslo kommune ved å motta gaven binder opp arealer til park innebærer heller ikke at avtalen mister sitt preg av å være en gave. Det ligger i sakens natur at dersom

kommunen ønsker å motta en park i gave, må en del kommunal grunn benyttes til dette formålet.

[...]"

- (36) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter også kalt klagenemnda) ved brev 14. november 2011, med påstand om at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse.
- (37) Innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev av 17. november 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Hvorvidt avtalen er omfattet av anskaffelsesregelverket

- (38) Klager anfører at innklagede, ved å inngå en avtale med Stiftelsen om opparbeidelse, vedlikehold og drift av en skulptur- og kulturminnepark på Ekeberg uten forutgående kunngjøring, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at avtalen er en gjensidig bebyrdende avtale mellom partene, og derfor utgjør en "*kontrakt*" i anskaffelsesrettslig forstand, jf. forskriften § 4-1. Foreliggende avtale har, i samsvar med Stiftelsens ønske, blitt omformulert og justert med sikte på at den ikke skal omfattes av anskaffelsesregelverket. Dette har igjen medført at innklagedes forpliktelser og Stiftelsens motytelser er forsøkt kamuflert og justert slik at avtalen skal fremstå som en gave. Avtalens realitet og de bakenforliggende dokumenter viser imidlertid at disposisjonen er en gjensidig bebyrdende avtale ved at innklagede har påtatt seg omfattende forpliktelser, samt skal gi Stiftelsen motytelser som samlet sett må anses som et kontraktsrettslig vederlag. Følgende momenter viser at avtalen er gjensidig bebyrdende:
- (39) Avtalen gir Stiftelsen en særrett over Oslo kommunes eiendom til et bestemt slags bruk og utnyttelse, og innklagede forplikter seg til å la Stiftelsen drifte og vedlikeholde området i avtaleperioden. Avtalen er også svært lang, og det foreligger kun begrensede oppsigelsesmuligheter. Innklagede oppgir dermed retten til å disponere over området, noe som utgjør en langvarig og omfattende forpliktelse.
- (40) Avtalen gjør at innklagede blir påført forpliktelser i form av utgifter. Avtalen har klare beløpsbegrensninger. Stiftelsen har forpliktet seg til å betale 100 millioner kroner for opparbeidelse av parken, og 2 millioner kroner årlig for drift og vedlikehold, jf. avtalens punkt 8. Selv om disse beløpene er angitt som minimumsbeløp i avtalen, fremgår det også av avtalen at de samme beløpene er oppstilt som maksimumsbeløp for Stiftelsens økonomiske forpliktelser, jf. avtalen punkt 8 hvor begrepet "*denne beløpsgrensen*" benyttes. Den tosporede reguleringen av Stiftelsens forpliktelser må leses i lys av hverandre. I avtalen punkt 4 og 5 er innholdet av forpliktelsene regulert, mens de økonomiske forpliktelsene fremgår av avtalen punkt 8. Avtalen har ingen bestemmelser om hvilke av punktene som får forrang ved motstrid mellom innholdet av forpliktelsene og de økonomiske begrensningene. En naturlig forståelse av avtalens ordlyd tilsier at Stiftelsens forpliktelser slik de er beskrevet i avtalen punkt 4 og 5, gjelder frem til den økonomiske begrensningen i punkt 8 er nådd. Dersom avtalen skulle tolkes slik at Stiftelsen var forpliktet til å gjennomføre oppgavene slik de er beskrevet i avtalen punkt 4 og 5, ville ikke beløpsbegrensningene i avtalen punkt 8 hatt noe innhold. Når avtalen

har et eget punkt som regulerer de økonomiske forpliktelsene til Stiftelsen, fremstår det som naturlig at de øvrige forpliktelsene gjelder innenfor rammene av de maksimumsbeløp avtalen eksplisitt oppstiller. At dette har vært partenes felles intensjon, underbygges av at det ble gjort endringer for å tilpasse omfanget av opparbeidelsen av parken til beløpsbegrensningen på 100 millioner kroner. Sannsynligvis vil beløpsbegrensningene i avtalen overskrides med flere titalls millioner kroner dersom parken istandsettes og driftes i samsvar med avtalen, noe også innklagedes egne kostnadsoverslag viser. Det fremstår ikke som et realistisk alternativ å la parken stå uferdig eller forfalle, og dette ville heller ikke vært i samsvar med de tiltak som er angitt i vedlegg B til avtalen. Innklagede vil da måtte betale for det som overskrider Stiftelsens beløpsbegrensning. Avtalen synes også å legge opp til at det er Stiftelsen som skal utføre arbeidende som skal utføres, og i realiteten vil innklagede da betale for en rekke av de bygge- og anleggsarbeidene som Stiftelsen har ansvaret for å utføre.

- (41) Innklagede har forpliktet seg til et administrativt samarbeid, noe som medfører utgifter for innklagede, jf. byrådssak 102/11. Det ble her anslått at det administrative samarbeidet ville utgjøre en stillingsprosent på 25-50 %. Basert på en årslønn på 350 000 kroner, vil dette i avtaleperioden på 50 år, utgjøre en totalutgift på mellom 4 500 000 og 8 750 000 kroner.
- (42) Innklagede har gitt avkall på en rekke inntekter kommunen ellers ville hatt til fordel for Stiftelsen. Innklagede har forpliktet seg til å si opp løpende utleieavtaler til to eiendommer i Kongsveien 21 og 23, og til å låne disse ut til Stiftelsen. Selv om deler av eiendommene vil være åpne for allmennheten, har en vederlagsfri bruksrett av eiendommene en klar økonomisk verdi for Stiftelsen. I byrådssak 102/11 la innklagede til grunn et inntektstap på 500 000 kroner for 2011. I løpet av avtaleperioden på 50 år, vil dette medføre et inntektstap på 25 millioner kroner for innklagede. Stiftelsen gis også rett til å drive kommersiell virksomhet i beskjedent omfang på eiendommene, herunder café, souvenirutsalg og utleie av lokaler. Riktignok skal overskuddet fra den kommersielle driften tilfalle innklagede, men dette begrepet er ikke definert. Hva som til slutt blir igjen som overskudd, avhenger av hvor store utgifter Stiftelsen har til driften. I prinsippet kan alle inntektene for den kommersielle driften gå til Stiftelsen, så fremt det settes opp en utgiftspost som gir balanse i regnskapet. Det forhold at Stiftelsen gis en rett til store deler av inntektene fra den kommersielle driften, medfører at innklagede yter et vederlag av økonomisk verdi.
- (43) Innklagede gir avkall på inntekter fra publikumstoiletter jf. avtalen punkt 8, og det er Stiftelsen som uavkortet får inntektene fra disse. Dette innebærer at Stiftelsen får en motytelse fra innklagede av økonomisk verdi. Et forsiktig anslag på 500 000 toalettbesøk årlig à 5 kroner, gir en inntekt på 2,5 millioner kroner i året. Stiftelsens økonomiske forpliktelser til drift- og vedlikehold er begrenset oppad til 2 millioner kroner i året, noe som innebærer at Stiftelsen med inntektene fra publikumstolettene alene vil gå med en 500 000 kroner i overskudd hvert år.
- (44) I tillegg til å drive kommersiell virksomhet fra eiendommene i Kongsveien 21 og 23, gir de bakenforliggende dokumentene Stiftelsen rett til å drive kommersiell virksomhet fra andre steder i parken, bl.a. fra servicebygget, hvor de bakenforliggende dokumentene viser at det planlagte servicebygget skal inneholde *"toaletter, kiosk, kafe og souvenirutsalg"*, jf. byrådssak 101/11, og fra paviljongen og vannreservoaret, hvor det skal være mulig å ha kunstutstillinger og servering.

- (45) Det kommersielle elementet blir ytterligere forsterket ved at Stiftelsen har mulighet til å selge kunstverkene i Stiftelsens eie som fast eller midlertidig er utplassert i parken. Stiftelsen får gratis utstillingsplass og en unik markedsføring av kunstverkene. Avtalen medfører ingen begrensninger i Stiftelsens muligheter til å selge kunstverkene som er/har vært utplassert i parken og/eller andre kunstverk i Stiftelsens eie. I henhold til avtalen er partenes ambisjon en dynamisk utvikling. I tillegg tilsier avtalen at noen kunstverk kun skal være temporære. Det er nærliggende å anta at kunstverkene som byttes ut vil bli solgt. Stiftelsen vil ha en verdigevinst ved å ha skulpturene utstilt i parken, med den markedsføringsverdien dette medfører. Det må også understrekes at Stiftelsens rett til å stille ut og markedsføre skulpturene i parken medfører muligheter for en prisstigning på skulpturene som Stiftelsen vil tjene godt på når skulpturene selges, uavhengig av om dette skjer i kontraktperioden eller ved utløpet av avtalen.
- (46) Avtalen gir Stiftelsen rett til å avholde et *"ikke-kommersielt"* arrangement i året, uten forutgående søknad. Avtalen definerer ikke hva som ligger i dette begrepet, og Stiftelsen gis en unik mulighet til å markedsføre seg selv. Stiftelsens utnyttelse av området vil også medføre en betydelig begrenset rett for allmennheten til å utnytte området på samme måte som tidligere, noe som skyldes at avtalen medfører nye regler for arrangementer i Ekebergskogen. I henhold til avtalen vedlegg E skal alle arrangementer legges utenfor parkens kjerneområder. Ved vurdering av om tillatelse skal gis, skal det legges vekt på at arrangementet bør *"ivareta Skulptur- og kulturminneparkens karakter"*.
- (47) I henhold til avtalen kan Stiftelsen overdra forpliktelser eller rettigheter etter avtalen til tredjemann etter samtykke fra innklagede, og det er ingen bestemmelser i avtalen som hindrer Stiftelsen fra å selge avtalen med fortjeneste. Denne verdifulle rettigheten underbygger at det ikke dreier seg om en avtale.
- (48) Den store mengden av turister som skulpturparken antas å tiltrekke seg, vil også medføre økte interesser for Ringnes' næringsinteresser i Ekebergrestauranten og en tomt som er regulert for boligbygging i tilgrensende områder.

Skyldkrav og hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (49) Klager anfører at skyldkravet er oppfylt, og at det må ilegges overtredelsesgebyr.

Innklagedes anførsler:

Hvorvidt avtalen er omfattet av anskaffelsesregelverket

- (50) Innklagede bestrider at avtalen pålegger innklagede motytelser som medfører at avtalen må anses som en gjensidig bebyrdende avtale. Det vises til at avtalen innebærer at Stiftelsen gir en gave til Oslo kommune, og at kontrakten derfor ikke er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Gaven gis i form at av Stiftelsen for egen regning og risiko skal opparbeide, drifte og vedlikeholde en allment tilgjengelig skulptur- og kulturminnepark på Ekeberg i 50 år innenfor en økonomisk ramme på 300 millioner kroner. Grunnen, bygninger, og immaterielle rettigheter knyttet til parkens navn og logo forblir innklagedes eiendom.
- (51) Det medfører ikke riktighet at Stiftelsen gjennom avtalen har fått særrettigheter til bruk av området. Avtalen gir ikke Stiftelsen rett til å formidle Stiftelsen i seg selv. Ved eventuell formidling av kommersiell art, skal overskudd tilfalle innklagede. Foruten ett

årlig ikke-kommersielt arrangement som ledd i formidling av parken, må Stiftelsen søke på lik linje med andre aktører dersom det skal avholdes arrangementer.

- (52) Det medfører ikke riktighet at avtalen i realiteten medfører at innklagede påtar seg ansvaret for kostnader til opparbeidelse, drift og vedlikehold av parken som overstiger 300 millioner kroner. Stiftelsen har forpliktet seg til å bruke "*minimum*" 100 millioner kroner på opparbeidelse av skulptur- og kulturminneparken, og "*minimum*" 2 millioner kroner årlig på drift og vedlikehold av parken, jf. avtalen punkt 8. Opparbeidelsen skal omfatte de punkter som fremkommer i avtalen punkt 4.1 og vedlegg B 1.1 – 1.18. Stiftelsen skal utarbeide en samlet plan for gjennomføring av tiltakene, som skal godkjennes av innklagede før tiltakene kan iverksettes, jf. Vedlegg B. De kostnadsoverslagene klager har vist til som tilsier at budsjettrammen overskrides, stammer fra en tidlig fase i forprosjektet. Når det ble klart at kostnadene ville overskride minimumsrammen på 100 millioner kroner til opparbeidelse av parken, ble tiltakene inndelt i en prioritert og en ønsket liste. Stiftelsen forpliktet seg bare til å utføre de ønskede tiltakene dersom det gjensto midler til dette etter at de prioriterte tiltakene var utført. Dersom Stiftelsen misligholder plikten til å opparbeide parken, eller misligholder sin plikt til å drifte, formidle eller vedlikeholde parken, vil innklagede kunne rette mangler for Stiftelsens regning, jf. avtalen punkt 13.
- (53) Innklagedes administrative utgifter knyttet til avtalen er meget beskjeden. Kulturetatens utgifter er anslått å være kostnader for en stilling på mellom 25-50 %. Samtidig vil innklagede ha besparelser ved at Stiftelsen bekoster driften av området. I den grad innklagede kan sies å ha forpliktet seg, vil dette i så fall tilgodese allmennheten og ikke Stiftelsen.
- (54) I henhold til avtalen, plikter Stiftelsen å formidle skulptur- og kulturminneparkens innhold til allmennheten. Dette skal skje i bygningene i Kongsveien 21 og 23. Det medfører således ikke riktighet at Stiftelsen får rett til å disponere bygningene som motytelse for opparbeidelse og drift av området. Tvert imot inngår bygningene som et element i Stiftelsens plikt til å formidle parken. Det er også Stiftelsen som må bekoste rehabilitering og vedlikehold av villaene, jf. avtalen punkt 6.2. Stiftelsen gis kun rett til å drive kommersiell virksomhet i beskjedent omfang fra bygningene, og et eventuelt overskudd tilfaller innklagede. Dersom innklagede eller Stiftelsen ikke lenger finner det hensiktsmessig at parken formidles til allmennheten fra bygningene, skal retten til å disponere bygningene, med unntak av stiftelsens kontorlokale, tilbakeføres til innklagede vederlagsfritt, jf. punkt 7.4. I avtalen punkt 7.3 fremgår det eksplisitt at Stiftelsen ikke kan drive kommersiell virksomhet i forbindelse med formidling av parken utover retten til å drive kommersiell virksomhet fra Kongsveien 21 og 23. Det er altså feil at avtalen gir Stiftelsen rett til å drive kommersiell virksomhet fra servicebygget, paviljongen og vannreservoaret.
- (55) Det er ikke riktig at Stiftelsen kan ha inntekt ved driften av publikumstolettene. Ved å gi Stiftelsen rett til å kreve avgift for toalettene, har Stiftelsen blitt gitt mulighet til å dekke utgifter knyttet til toalettene. Stiftelsen er ikke innrømmet noen form for kommersiell inntekt av toalettdriften i avtalen, noe som også fremkommer implisitt av avtalen punkt 7.3.
- (56) Avtalen innebærer en plikt for Stiftelsen til å ha kunstverk utplassert i rimelig antall i skulptur- og kulturminneparken i avtaleperioden. Gaven innebærer at kunstverk av meget høy kvalitet gjøres gratis tilgjengelig for allmennheten i avtaleperioden. Partene

har en felles ambisjon om at det skal skje en dynamisk utvikling av parkens kunstneriske uttrykk i avtaleperioden. Det er ønskelig at nye kunstverk tilkommer jevnlig. Stiftelsen er imidlertid ikke forpliktet til en slik dynamisk utvikling i og med at Stiftelsen i løpet av avtalens tre første år allerede har brukt minimum 100 millioner kroner på innkjøp og utplassering av kunstverk, jf. avtalen punkt 8. Stiftelsen kan heller ikke fjerne kunstverk eller plassere et lavere antall kunstverk enn 23 i parken uten forutgående skriftlig samtykke fra innklagede, jf. avtalen punkt 5.3. Innklagede kan fritt samtykke til utskifting av et lavere antall kunstverk enn det ambisjonen er. Dersom det ikke blir gitt samtykke, er ikke kunstverkene omsettelige for Stiftelsen. Stiftelsen kan følgelig ikke forvente salg av skulpturer i avtaleperioden. I den grad det faktisk ligger en markedsføringsverdi i at kunstverkene plasseres i parken, er den så uvesentlig at avtalen ikke mister sitt preg av å være en gave. Dersom kunstverkene verdi øker som følge av at de har vært utplassert i parken, vil Stiftelsens eventuelle overskudd som følge av salg av kunstverkene uansett ikke innebære at innklagede har gitt Stiftelsen noen motytelse fordi det ikke har skjedd noen verdioverføring fra innklagede til Stiftelsen.

- (57) Hva gjelder Stiftelsens rett til å overdra avtalen til tredjemann, kan det ikke p.t. fastslås hvorvidt dette vil medføre et fremtidig inntekstpotensial. Det er imidlertid vanskelig å se for seg at det totalt sett er mulig å hente ut verdier ved en overføring av en avtale som utelukkende innebærer forpliktelser i størrelsesordenen 200-300 millioner kroner.
- (58) Klagers påstander knyttet til næringsinteressene personen Christian Ringnes har, er ikke relevante ved vurderingen av om avtalen er en gave fra Stiftelsen. Til orientering opplyses det likevel om at Stiftelsen er en ideell stiftelse som støtter veldedige og allmennnyttige formål.
- (59) Ved vurderingen av om det foreligger en gave eller en gjensidig bebyrdende avtale, må det foretas en samlet vurdering av avtaleinnholdet. Stiftelsen får ingen form for vederlag eller motytelse som Stiftelsen kan realisere. Stiftelsen har heller ingen realistisk mulighet til å generere inntekter som vil tilfalle Stiftelsen. I den grad Stiftelsen kan anses for å motta en motytelse av økonomisk verdi, noe innklagede mener at Stiftelsen ikke mottar, vil avtalen uansett måtte betraktes som en gave da motytelsen vil være av en ubetydelig verdi.

Skyldkrav og hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (60) Innklagede anfører at skyldkravet ikke er oppfylt, og at det uansett ikke bør ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist og adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr

- (61) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a (1).
- (62) Av klagenemndsforskriften § 13a (2) følger det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b (3). I henhold til denne bestemmelsen bortfaller adgangen til å ilegge gebyr to år etter at kontrakt er inngått, og

fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Den foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev av 14. november 2011, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev av 17. november 2011. Ettersom kontrakt ble signert av partene 2. mai 2011, og ble bindende mellom disse den 24. august 2011, er klagen rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (63) I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b er en ulovlig direkte anskaffelse definert som en *"anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (64) Av forskriften § 4-1 (1) bokstav a følger det at det kun er *"gjensidig bebyrdende"* kontrakter som er omfattet av forskriften, herunder forskriftens kunngjøringsplikt. Det første spørsmålet klagenemnda må ta stilling til for å avgjøre hvorvidt det her foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, er hvorvidt avtalen mellom Stiftelsen og innklagede kan kategoriseres som en gjensidig bebyrdende kontrakt i anskaffelsesforskriftens forstand.
- (65) Forskriften § 4-1 (1) bokstav a inkorporerer direktiv 2004/18 (klassisk sektor) artikkel 1 nr. 2 a). I den engelske versjonen av artikkel 1 nr.2 a) er gjensidighetselementet i kontraktsbegrepet formulert som *"contracts for pecuniary interest"*. I henhold til klagenemndas uttalelse i sak 2010/364 premiss (87) skal gjensidighetsvilkåret i den norske forskriften forstås med det samme innhold som det som må utledes av vilkåret om *"pecuniary interest"* i direktivet.
- (66) Om vilkåret om *"pecuniary interest"* uttalte EU-domstolen følgende i sak C-451/08, som gjaldt forståelsen av kontraktsbegrepet i relasjon til definisjonen av *"bygge- og anleggskontrakt"*:

"48 The pecuniary nature of the contract means that the contracting authority which has concluded a public works contract receives a service pursuant to that contract in return for consideration. That service consists in the realisation of works from which the contracting authority intends to benefit (see Case C-399/98 Ordine degli Architetti and Others [2001] ECR I-5409, paragraph 77, and Case C-220/05 Auroux and Others [2007] ECR I-385, paragraph 45).

49 Such a service, by its nature and in view of the scheme and objectives of Directive 2004/18, must be of direct economic benefit to the contracting authority."

- (67) Essensen her er altså at den offentlige oppdragsgiveren mottar en tjeneste mot vederlag, og at denne tjenesten må utgjøre en direkte økonomisk fordel for oppdragsgiver. Rene gaver faller derfor utenfor definisjonen i forskriften og direktivet, og reguleres verken av forskriften eller regelverket for offentlige anskaffelser for øvrig, jf. blant annet Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 17. Imidlertid presiseres det i veilederen at *"Hvis avtalen derimot inneholder både et gaveelement og en form for vederlag, vil det foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt."*

- (68) I klagenemndas sak 2011/85, som gjaldt en sponsoravtale som Statnett SF hadde inngått med Norges Skøyteforbund, ble det i tilknytning til forsyningsforskriftens definisjon av kontrakt (som er identisk med forskriftens definisjon i klassisk sektor) uttalt følgende om hva som skal til for at en avtale kan anses som *"gjensidig bebyrdende"*:

"(24) I klagenemndspraksis er det lagt til grunn at ensidig støtte/tilskudd fra oppdragsgiver ikke omfattes av forskriften, da det i slike tilfeller ikke er tale om en gjensidig bebyrdende avtale, jf. også Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 17. For at det skal være tale om en gjensidig bebyrdende avtale, må tilskudd og støtteordninger ha preg av å være et kontraktsrettslig vederlag, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2008/221 premiss (29) med videre henvisninger."

- (69) I Dragsten/Lindalen, Offentlige anskaffelser, kommentarutgave punkt 3.2 *"Gjensidig bebyrdende avtale"* er det uttalt at en enhver motytelse som har økonomisk verdi er et vederlag, og at et vederlag eksempelvis kan bestå i at det gis avkall på en rettighet man ellers ville hatt.
- (70) Overstående rettskilder viser at vilkåret for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt i anskaffelsesforskriftens forstand er at det foreligger en gjensidighet mellom partenes ytelser, og at ytelsene har økonomisk verdi. Også et avkall på en rettighet kan ha økonomisk verdi. Det kan være tale om en kontrakt selv om det er misforhold mellom ytelsene. Imidlertid må motytelsen ha preg av å være et kontraktsrettslig vederlag før det er tale om en gjensidig bebyrdende avtale.
- (71) Angjeldende avtale innebærer at innklagede pådrar seg visse kostnader og avstår fra visse inntekter. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis det samme som at Stiftelsen mottar motytelser av økonomisk verdi. I den forbindelse vises det for det første til at innklagede vil bistå med administrering av avtalen, og derfor dekker utgifter til en stillingsprosent på mellom 25 og 50 prosent til dette. Klager har anslått at dette, basert på en årslønn på 350 000 kroner, vil utgjøre mellom 4,5 og 8,75 millioner kroner dersom avtalen løper i 50 år. Selv om kommunen ved dette har pådratt seg kostnader, har nemnda vanskelig for å se at dette tilgodeser Stiftelsen slik at det kan regnes som en motytelse.
- (72) For det andre har innklagede gitt avkall på inntektene for publikumstoalettene til fordel for Stiftelsen. Klager har anslått at dette vil gi Stiftelsen en inntekt på 125 millioner kroner dersom avtalen løper i 50 år. Klager synes imidlertid ikke å ha tatt i betraktning at Stiftelsen også vil ha utgifter til opprettelse, drift og vedlikehold av toalettene. Innklagede har vist til at det implisitt fremkommer av avtalen punkt 7.3 at Stiftelsen ikke er innrømmet noen kommersiell inntekt knyttet til toalettdriften, og at bakgrunnen for at Stiftelsen skulle ha inntektene knyttet til publikumstoalettene var at Stiftelsen skulle ha mulighet til å dekke utgiftene knyttet til dette. Nemnda legger dette til grunn, og finner at inntektene knyttet til publikumstoalettene ikke vil utgjøre noen økonomisk verdi for Stiftelsen.
- (73) For det tredje gir innklagede avkall på kontorlokaler for Stiftelsen, noe som i utgangspunktet kan betraktes som en motytelse av økonomisk verdi. Imidlertid skal Stiftelsen kun ha kontorlokalene for å administrere skulptur- og kulturminneparken, jf. avtalen punkt 10.1. Nemnda kan da ikke se at dette har reell økonomisk verdi for Stiftelsen som et rettssubjekt, da det er parkens, og ikke Stiftelsens forretningsforhold

som skal administreres fra lokalene. Dette bærer derfor heller ikke preg av å være et kontraktsrettslig vederlag til Stiftelsen.

- (74) For det fjerde har det unektelig en markedsføringsverdi for Stiftelsen å ha kunstverk utplassert i parken. Dette gjelder både for kunstverkene som blir stående i parken i hele avtaleperioden, og for de kunstverkene som eventuelt byttes ut. Imidlertid er Stiftelsen en ideell organisasjon, som ikke formidler kunst i kommersielt øyemed eller har profittformål, og klagenemnda legger derfor til grunn at heller ikke dette kan anses som et avgjørende kontraktsrettslig vederlag fra innklagedes side.
- (75) Klagenemnda kan heller ikke se at avtaleperioden, Stiftelsens beløpsbegrensninger til etablering, drift og vedlikehold av parken, retten til å drive kommersiell virksomhet i beskjedne grad uten rett til overskudd, retten til å avholde et årlig ikke-kommersielt arrangement, retten til å overdra forpliktelser og rettigheter etter avtalen, eller de næringsinteresser personen Christian Ringnes har i nærliggende områder medfører et kontraktsrettslig vederlag til Stiftelsen.
- (76) Nemnda finner etter dette at Stiftelsen ikke mottar slike motytelser som har karakter av å være et kontraktsrettslig vederlag at det er tale om en gjensidig bebyrdende avtale, jf. forskriften § 4-1 bokstav a. Når dette er tilfellet, får ikke forskrift om offentlige anskaffelser, og anskaffelsesregelverket for øvrig, anvendelse på avtalen om etablering, drift og vedlikehold av en skulptur- og kulturminnepark på Ekeberg. Avtalen utgjør etter dette heller ikke noen ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Oslo kommune Utviklings- og kompetanseetaten har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 20. februar 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim