



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager anførte at innklagede hadde foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med utbygging av en ishall. Klagenemnda fant at kontraktene innklagede hadde inngått ikke kunne karakteriseres som en bygge- og anleggsanskaffelse som var omfattet av lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Klagers anførsel førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2011 i sak 2011/6

Klager: Trond Forberg

Innklaget: Halden kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Ishallen Grimsrudhallen AS ble åpnet for bruk den 17. november 1987. Oppføring og drift av hallen var et samarbeidsprosjekt mellom Halden kommune (heretter kalt innklagede) og private parter. Innklagede overtok etter hvert eierskap og driftsansvar for hallen alene. Driften ble organisert gjennom aksjeselskapet Halden Ishall AS, som var heleid av kommunen.
- (2) Halden Ishall ble blant annet benyttet av Ishockeyklubben Comet Halden (heretter kalt Comet) og Halden Curlingclub. Comet rykket etter hvert opp i eliteserien i ishockey. Dette medførte at klubben fikk behov for å bygge ut ishallen for å møte krav fra Norges Ishockeyforbund. På bakgrunn av dette fattet innklagede i budsjettet for 2007 følgende vedtak angående Halden Ishall:

"Halden Ishall skilles ut som en egen juridisk enhet (eiendom og hall) hvor Comet får driftsansvaret for hallen gjennom et eget aksjeselskap. Når det er fremlagt et eget kostnadsoverslag for utbygging av hallen vil Formannskapet bevilge ytterligere overføringer for å sikre forsvarlig drift av hallen. Formannskapet får fullmakt til å inngå en slik langsiktig avtale med Comet. Formannskapet står videre fritt i på hvilken måte nødvendige økonomiske midler frigjøres innenfor vedtatte budsjetttrammer. Organiseringen av et nytt selskap skal ikke [være] til hinder for at utbyggingen av ishallen skjer i tråd med den fastsatte tidsplanen."

- (3) Den 8. juni 2007 signerte innklagede en avtale med selskapet Halden Ishall Eiendom AS vedrørende *"eiendomsoverdragelse, utbygging, finansiering og salg av aksjer i Halden ishall AS"*. Her fremgikk blant annet følgende:

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

”2. Halden ishall med tomt som beskrevet under pkt. 1 overdras vederlagsfritt til Halden ishall eiendom AS org.nr.: 990 800 588 (eies med 62,5 % av Ik Comet Halden og 37,5 % Halden Curling Club – selskapet kan i vedtekter ikke selge aksjer til andre uten Halden kommunes godkjenning). Halden kommune fortsetter som selvassurandør for bygningsmassen også etter ferdig utbygd anlegg.

3. I salgskontrakten og tinglyst skjøte nedfelles følgende:

a. Eiendommen kan ikke overdras til andre enn Halden kommune.

b. Offentlige forpliktelser som hallen i dag ivaretar, videreføres uendret og innenfor dagens økonomiske rammer, herunder driftssamarbeidet med kommunen vedr. Gimles skoles gymsal, skolenes, andre idrettslag og allmennhetens bruk. Brudd på disse vilkårene utløser at kommunen gjennom innløsningsrett får ishallen tilbakeført uten kompensasjon for utførte investeringer.

4. Det utstedes umiddelbart en byggelånsgaranti fra Halden kommune som sammen med påløpne finanskostnader på byggelånet i 2007 konverteres til langsiktig lån etter avlagt revidert byggeregnskap i 2008.

5. Når revidert byggeregnskap foreligger, tinglyses en 1. prioritets panteobligasjon i eiendommen Halden ishall, tilsvarende de totale byggekostnadene inklusive påløpne finanskostnader på byggelånet i byggeperioden. Et langsiktig lån tilsvarende 1. prioritets panteobligasjon tas opp i bank eller annen finansinstitusjon av Halden ishall eiendom AS med 1. prioritets panteobligasjon i eiendommen som garanti.”

- (4) Innklagede signerte 15. august 2007 en simpel kausjon på 19 800 000 kroner for Halden Ishall Eiendom AS' byggelån i Handelsbanken. Sikkerhetsstillelsen var godkjent av Fylkesmannen i Østfold ved brev 21. juni 2007.
- (5) I møte 18. desember 2008 fattet innklagede vedtak som ga formannskapet hjemmel til å utvide garantien for Halden Ishall Eiendom AS' byggelån opp til 23 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift.
- (6) ISS, som utførte arbeidet med utbygging av Halden Ishall, sendte 30. april 2009 følgende e-post til innklagede vedrørende prosjektet med utbygging av ishallen:

”Hei

Velkommen tilbake på jobb, beklager å måtte bekymre deg med dette men har dessverre ikke noe valg da tiden er ferd med å gå ifra oss.

Har pr. i dag en del inkasso varsler på underleverandører på ishallen. Det er begrenset hvor lenge jeg kan holde de på avstand.

Klubbene er bekymret om fremtiden da de syntes at dette tar tid.

Status i dag.

Hallen er pr i dag ikke ferdigstilt da det gjenstår arbeid med brannsikring, som sprinkling og brannvarslingsanlegg. Dette er nødvendig for å få hallen ferdigstilt for bruk fra august av.

Dette er arbeid som tar ca 1 til 1,5 mnd og slutføre og med juli som ferie mnd så haster det og får avklart fremtiden til hallen.

Vi må ha en avklaring innen neste uke hvis vi skal kunne garantere at hallen blir ferdig til 1. aug.

Vi mener at slik saken står i dag så må comet og curlingen basere seg på og leie ishall i en annen by enn Halden, da Halden ishall ikke vil bli ferdig og is lagt til normal tid.

Dette ser vi på som meget beklagelig da vi vet at dette medfører økonomisk og sportslig tap for Comet og curling klubben.

Vi beklager stort at klubbene kommer i denne situasjon men ser oss ikke i stand til å utføre mer arbeid på hallen før det er en løsning på det økonomiske rundt dette.

Det er derfor viktig at vi får til et møte neste uke hvor vi kan komme til en avklaring. Ber om snarlig tilbakemelding.”

- (7) Innklagede besvarte henvendelsen 7. mai 2009. Det ble bedt om at ISS utarbeidet et forslag til løsning, og informert om at ISS deretter kunne få et møte med politisk nivå i kommunen.
- (8) Ved brev 18. mai 2009 varslet Handelsbanken innklagede om at banken hadde sagt opp Halden Ishall Eiendom AS' byggelån. Vedlagt var kopi av oppsigelsesbrevet til Halden Ishall Eiendom AS. Her fremgikk at bakgrunnen for oppsigelsen var selskapets økonomiske situasjon, som banken anså som et forutsetningsbrudd og antasipert mislighold av det totale engasjement. Det ble informert om at dersom Halden Ishall Eiendom AS' gjeld til banken ikke ble innfridd innen fjorten dager, ville banken begjære fullbyrdelse av kravet.
- (9) 4. juni 2009 sendte ISS følgende brev til innklagede:

”Halden Ishall Eiendom AS (HIE) er formell utbygger av Halden kommunes ishall. ISS Facility Services AS har hatt oppgave som byggeleder i prosjektet og har i den forbindelse tatt ansvar for betalingen av de entreprenører som er benyttet på prosjektet. ISS er i dag HIE's største kreditor sammen med Halden kommune.

Utbyggingen har vært midlertidig finansiert gjennom Handelsbanken mot kommunal sikkerhet forankret i Halden kommunestyres vedtak av 16. juli 2007 og 18. desember 2008.

Vi er kjent med at HIE i lengre tid har arbeidet med å få på plass en langsiktig finansiering av ishallen. Det er vår oppfatning at det haster å få dette på plass.

Som største kreditor ved siden av Halden kommune og under henvisning til at kommunen har vesentlige interesser i ishallen, ber vi om et møte for å avklare den faktiske situasjonen og finne frem til løsninger for videre finansiering av ishallen på en måte som er akseptabel for kommunen og ISS som kreditorer.

Vi vil umiddelbart ta kontakt for å avtale møtetidspunkt.”

- (10) Innklagede, ISS, Halden Ishall Eiendom AS, Comet og Halden Curlingclub kom 23. juni 2009 til følgende enighet vedrørende ferdigstilling av Halden Ishall:

”Halden kommune (HK) og ISS har inngått følgende avtale:

- 1. HK utvider garantien fra 19,8 MNOK til 23 MNOK og sørger for langsiktig finansiering av Halden Ishall.*
- 2. ISS sørger for og bekoster ferdigstillingen av Halden Ishall utvendig og innvendig.*

3. *ISS har ansvaret for at alle offentlige tillatelser og pålegg vedr Halden Ishall er foreliggende og/eller er oppfylt.*
 4. *ISS følger opp reklamasjoner og garantiansvaret ovenfor underleverandører og administrerer oppfølgingen av disse.*
 5. *ISS sørger for å stille vederlagsfritt et årsverk vaktmester fra august 2009 og ut kalenderåret 2011. HK må stille et årsverk til som vaktmester iflg ISS (basert på erfaring).*
 6. *ISS yter vederlagsfritt ledelse av vaktmesteren i samme periode 2009-2011, jf pkt 5 (ISS har dette for f.eks. Fornebu Arena).*
 7. *HK betaler omgående sin utestående gjeld på 1,2 MNO eks mva vedr påkostninger vedr. Gimle skole.*
 8. *HK betaler omgående krav fra ISS på 386 TNOK eks mva for vaktmestertjenester fra august 2008 og til dd.*
 9. *ISS konverterer deler av sin utestående fordring til et langsiktig lån på 3,4 MNOK til Halden Ishall Eiendom AS. Renten på lånet er 3 % p.a. og lånet er avdragsfritt i 3 år fra etablering. Lånet forfaller i sin helhet til betaling etter 3 år.*
 10. *ISS avskriver sine fordringer på Halden Ishall Eiendom AS utover 26,4 MNOK som tilsvarer summen av lånefinansieringen/garantien på 23,0 MNOK fra HK, jf. pkt 1 ovenfor og ISS lån på 3,4 MNOK, jf. pkt 9 ovenfor.*
 11. *All framtidig refusjon av mva til Halden Ishall Eiendom AS vedr. utbyggingsprosjektet tilfaller ISS.*
 12. *Aksjene i Halden Ishall Eiendom AS overdras til HK for NOK 1."*
- (11) Videre ut over i 2009 og 2010 var det en del korrespondanse mellom innklagede og ISS om forståelsen av avtalen signert 23. juni 2009. Den 3. november 2010 ble det avholdt møte mellom innklagede og ISS, der partene kom frem til en enighet om tolkningen av avtalen. Fra møtoreferatet hitsettes:

"Tema før møtet var uenigheten mellom ISS på den ene siden, og Halden kommune og Halden Ishall Eiendom AS på den annen side, angående tolkning av avtalen mellom partene inngått 23.06.09 i forhold til ansvaret for slutføringsarbeider i hht. Offenbergs befaringsrapport 22.06.10.

[...]

Omførent løsningsforslag ble da:

- *HIE/HK betaler ca. kr. 2,0 mill. til ISS så snart det lar seg gjøre.*
- *100.000 betales av ISS som part i ekstrajobb asfaltering (i tillegg til at de betaler alene allerede inngått asfalteringsavtale) og rømningsvei. HIE tar ansvar for at arbeidet utføres og øvrig økonomisk risiko ved dette.*
- *HIE utfører dugnadsarbeider til en sum av kr. 200.000 – punktene er nevnt foran i referatet over og relaterer seg til arbeid som maling, listing, fugging og rydding.*
- *HIE/HK betaler 100.000 til ISS.*
- *HIE/HK betaler 150.000 til ISS mot at de på eget økonomisk ansvar utfører innkledning av brannisolasjon som omtalt foran, og jobben varmerør til gulv i curlingen føres fram til varmekilde.*

- *ISS tar ansvaret for slutføring av resten av arbeidene i mangelslisten, herunder reklamasjonsarbeider og risikoen mht. om noe av dette er tidligere dugnadsjobber, og forutsatt en fortsatt positiv dialog angående merverdiavgiftssaken. Unntatt fra dette er dog mangler som er fra det gamle bygget og ikke har noe med dette ombyggingsprosjektet å gjøre.*
- *Partene er enige om at dette er siste mangelsliste som blir presentert for ISS angående ishallprosjektet.*
- *FDV dokumentasjon for hallen oversender ISS når HIE/HK har betalt det utestående og alle arbeider innen alle fag er ferdige.*
- *ISS erkjenner behovet hos kommunen og HIE for å få fremlagt et revisorgodkjent byggeregnskap, og vil i den grad det er mulig forsøke å fremskaffe det.*
- *ISS følger opp saken med Firesafe og om utkjøp av vaktmesterforpliktelse.*
- *Partene er enige om at dette møtereferatet samt vedlagte mangelsliste med påførte kommentarer utgjør slutføringsavtalen mellom partene.*
- *Alt økonomisk utestående mellom partene (eksklusive mva. refusjon på ikke sendt faktura vedrørende ferdigstilling) skal være oppgjort før arbeidene igangsettes jf. dog her nærmere avtale pr. e-poster – se nedenfor.*
- *Ett vedlegg: Etterfølgende e-postkommunikasjon til og med e-post fra SST/HK dato 12.11.10 kl. 09.37 som da også blir en del av denne avtalen, herunder med endelig omforent mangelsliste pr. e-post fra ISS 09.11.10 hvis punkter evt. går foran ovenstående referat ved motstrid jf. Offenbergs liste med påførte kommentarer underskrevet av partene.”*

(12) Trond Forberg (heretter kalt klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post 7. januar 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(13) Innklagede har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med utbyggingen av Halden Ishall. Innklagede har hele tiden vært eier av ishallen. Kommunen har også vært regelmessig orientert om prosessen, og involvert i denne store deler av tiden. Etter klagers mening kan det da ikke hevdes at innklagede i 2009 ikke hadde andre muligheter enn å inngå kontrakt med ISS. Det vises også til at det høsten 2010 ble foretatt en total gjennomgang av resterende arbeider ved utbyggingen av ishallen. Innklagede kunne ha foretatt en slik gjennomgang på et tidligere tidspunkt, og latt de resterende arbeidene være gjenstand for en anbudsrunde. Etter klagers mening er det merkelig at innklagede ikke foretok den aktuelle gjennomgangen i juni/juli 2009 i stedet for i oktober 2010. Videre var byggelederen på prosjektet, som også hadde tegnet hele hallprosjektet for ISS, sagt opp fra sin stilling før avtaleinngåelsen mellom innklagede og ISS i 2009. Også ISS måtte derfor starte på nytt med å bygge ut ishallen. Kommunen ville dermed sannsynligvis tjent mest på å kunngjøre en anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om de resterende arbeidene. Det hadde heller ikke vært noe problem for innklagede å la Halden Ishall Eiendom AS bli slått konkurs, ettersom det i avtalen datert 8. juni 2007 fremgår at innklagede kunne kjøpe ishallen tilbake for én krone, og at Halden Ishall Eiendom AS ikke kunne selge eiendommen til noen andre enn innklagede.

Innklagedes anførsler:

- (14) Innklagede har ikke foretatt ulovlige direkte anskaffelser av byggearbeider på Halden Ishall.
- (15) Det ble først inngått avtale om utbygging av ishallen i 2007. Denne avtalen ble inngått mellom Halden Ishall Eiendom AS og ISS. Ettersom innklagede ikke er part i denne avtalen, er innklagede ikke rette innklagede når det gjelder spørsmålet om avtalen om byggearbeidene var en ulovlig direkte anskaffelse. I denne sammenheng vises også til at Halden Ishall Eiendom AS ikke kan anses å ha vært et "stråselskap" for innklagedes vilje. Selskapet var fullt ut privateid, og var ikke hovedsakelig finansiert gjennom innklagedes budsjetter. Garantien innklagede ga for Halden Ishall Eiendom AS' byggelån kan heller ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, da en garantiavtale ikke anses som en gjensidig bebyrdende avtale i henhold til anskaffelsesregelverket, jf. Kofasak 2008/221 premiss (29).
- (16) Når det gjelder utbyggingsavtalen inngått i 2007 anføres at kontrakten ble inngått for så lenge siden at det ikke lenger er adgang til å ilegge gebyr. Innklagede oppfyller heller ikke skyldkravet i loven § 7 b.
- (17) Når det gjelder avtalene inngått mellom innklagede, ISS, Halden Ishall Eiendom AS, Comet og Halden Curlingclub i 2009 og 2010, vises til at avtalene ikke kan anses som en tildeling av en offentlig kontrakt om varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, og således ikke er omfattet av regelverket, jf. forskriften § 1-3. Formålet med disse avtalene er ikke å foreta en anskaffelse, men å løse en økonomisk krisesituasjon gjennom en gjeldsforhandling. Innklagede må da også kunne forhandle om å få noe materielt som motytelse for sin økonomiske bistand. Slik situasjonen var, kunne innklagede ikke fritt velge en annen leverandør til å ferdigstille ishallen, da ISS allerede var dypt involvert i prosjektet, både teknisk og økonomisk. Da avtalen i 2009 ble inngått, hadde Halden Ishall Eiendom AS en gjeld til ISS på mellom 12 og 15 millioner kroner. Prosjektet med utbygging av ishallen var stanset opp, og sto halvferdig. Ingen andre enn ISS hadde kjennskap til hva som var bygget og hvilken tilstand det var i. Videre var det viktig å finne en løsning med ISS for å unngå et større rettslig etterspill med dertil hørende prosesskostnader. Alternativet til å inngå avtalen i 2009 var for ISS å begjære Halden Ishall Eiendom AS konkurs, og for øvrig forfølge kommunen rettslig.
- (18) Subsidiært anfører innklagede at midlene som er overført til ISS etter 2009-avtalen, til sammen 6,6 millioner fra kommunen og 1,6 millioner i inngående mva-refusjon fra Halden Ishall Eiendom AS, er betaling for tidligere arbeid, og har ikke gått til nye anleggskontraktskjøp etter juni 2009. Når det gjelder utbetalinger etter 2010-avtalen, gjelder disse anskaffelser under 500 000 kroner, og som derfor ikke er kunngjøringspliktige.
- (19) Ferdigstillelseskravet i 2009-avtalen innebar at ISS skulle sørge for dette enten ved egenregi eller gjennom tjenestekjøp. ISS hadde den økonomiske risikoen for merkostnadene ved ferdigstillelsen, jf. avtalen inngått i 2010. Dersom ISS har kjøpt bygge- og anleggsarbeider for egne midler som følge av sin forpliktelse overfor kommunen, er dette noe som faller utenfor denne sakens ramme.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder spørsmål om innklagede, Halden kommune, har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider for utbygging av Halden Ishall. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som omhandler spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. Klager, som etter det klagenemnda kjenner til ikke er involvert i saken, har dermed adgang til å bringe den inn for klagenemnda til behandling.
- (21) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b gitt hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr dersom en offentlig oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er i samme paragraf definert som *”en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven”*.
- (22) Etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 9-1 og 18-1, jf. § 2-1, skal oppdragsgiver som utgangspunkt kunngjøre alle anskaffelser hvis anslåtte verdi overstiger 500 000 kroner eksklusive merverdiavgift.
- (23) Utbyggingen av Halden Ishall ble påbegynt i 2007. Innklagede inngikk da en avtale med Halden Ishall Eiendom AS om at Halden Ishall skulle overdras vederlagsfritt til dette selskapet. Klagenemnda finner i denne forbindelse grunn til å nevne at ishallen ikke er overskjøtet til Halden Ishall Eiendom AS, og klager hevder at innklagede fortsatt er eier av ishallen. Slik saken er opplyst er dette imidlertid av underordnet betydning.
- (24) Halden Ishall Eiendom AS var eid av Comet og Halden Curlingclub, og formålet med overdragelsen var å gi selskapet mulighet til å bygge ut ishallen slik at den oppfylte Comets behov. Innklagede signerte også en erklæring om simpel kausjon for Halden Ishall Eiendom AS' lån i Handelsbanken til utbygging av ishallen. Etter loven § 7b 3. ledd, bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr to år etter at kontrakt er inngått. Klagenemnda har således ikke hjemmel til å ilegge gebyr for eventuelle anskaffelser foretatt i 2007, og klagenemnda tar derfor ikke stilling til hvorvidt innklagede foretok en ulovlig direkte anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider til utbygging av Halden Ishall i 2007.
- (25) Den 23. juni 2009 inngikk innklagede en avtale med ISS om ferdigstillelse av utbyggingsarbeidene på ishallen. Denne avtalen ble senere presisert gjennom en tolkningsavtale inngått i møte mellom innklagede og ISS 3. november 2010. Innklagede har anført at denne avtalen med senere presisering ikke er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, fordi formålet med avtaleinngåelsen ikke var å foreta en anskaffelse.
- (26) Det følger av forskriften § 1-3 at *”[d]enne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider”*.
- (27) Forskriften § 4-1 inneholder følgende definisjoner av begrepene *”kontrakt”* og *”bygge- og anleggskontrakt”*:

”a. kontrakt: gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører,

[...]

c. bygge- og anleggskontrakt: Kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon.”

- (28) Innklagedes ytelser etter avtalen med ISS i 2009 og presiseringen av denne i 2010 besto i hovedsak av garanti for byggelånet som finansierte utbyggingen av ishallen. Denne skulle utvides fra 19,8 til 23,0 millioner kroner. Innklagede skulle også betale enkelte mindre beløp til ISS, og forpliktet seg til å overta aksjene i selskapet Halden Ishall Eiendom AS. Innklagede har under henvisning til klagenemndas sak 2008/221 anført at en garantiavtale ikke kan anses som en gjensidig bebyrdende avtale, og dermed ikke er omfattet av regelverket.
- (29) I klagenemndas sak 2008/221 uttales i premiss (29) følgende om økonomisk støtte fra offentlige oppdragsgivere:

”(29) I klagenemndas praksis er det lagt til grunn at ensidig støtte/tilskudd fra oppdragsgiver ikke omfattes av forskriften, da det i slike tilfeller ikke er tale om gjensidig bebyrdende avtaler. 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 saker 2003/228 og 2005/180 premiss (23).”

- (30) Videre har EU-domstolen har i sak C-451/08, premissene 46 til 53 uttalt følgende om gjensidig bebyrdende avtaler:

“46 The concept of a contract is essential for the purpose of defining the scope of Directive 2004/18. As stated in recital 2 in the preamble to that directive, its purpose is to apply the rules of European Union law to the award of contracts concluded on behalf of the State, regional or local authorities and other bodies governed by public law entities. The directive does not refer to other types of activities for which public authorities are responsible.

47 In addition, only a contract concluded for pecuniary interest may constitute a public contract coming within the scope of Directive 2004/18.

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.

50 *That economic benefit is clearly established where it is provided that the public authority is to become owner of the works or work which is the subject of the contract.*

51 *Such an economic benefit may also be held to exist where it is provided that the contracting authority is to hold a legal right over the use of the works which are the subject of the contract, in order that they can be made available to the public (see, to that effect, Ordine degli Architetti and Others, paragraphs 67, 71 and 77).*

52 *The economic benefit may also lie in the economic advantages which the contracting authority may derive from the future use or transfer of the work, in the fact that it contributed financially to the realisation of the work, or in the assumption of the risks were the work to be an economic failure (see, to that effect, Auroux and Others, paragraphs 13, 17, 18 and 45).*

53 *The Court has already held that an agreement by which a first contracting authority entrusts a second contracting authority with the execution of a work may constitute a public works contract, regardless of whether or not it is anticipated that the first contracting authority is, or will become, the owner of all or part of that work (Auroux and Others, paragraph 47)."*

- (31) Praksis viser således at en garanti etter omstendighetene kan anses som et relevant økonomisk vederlag fra en offentlig oppdragsgivers side.
- (32) Etter klagenemndas mening er det flere forhold som taler for den avtalte økningen av innklagedes kausjonserklæring for byggelånet til Halden Ishall Eiendom AS kan anses som et vederlag for de bygge- og anleggsaktiviteter som skulle utføres av ISS. Det vises i denne sammenheng til at innklagede både var hjemmelshaver til, og bruker av eiendommen, og at økningen av kausjonserklæringen ga ISS sikkerhet for at selskapet ville få betalt for arbeidene med utbyggingen av ishallen. Klagenemnda finner det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet, da det ikke vil være avgjørende for saken.
- (33) For at regelverket skal få anvendelse er det også et vilkår at kontrakten gjelder *"levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*, jf. forskriften § 1-3.
- (34) Foreliggende avtale innebærer at ISS skulle ferdigstille arbeidene på ishallen, men inneholdt også andre elementer. Når det gjelder slike kontrakter, har EU-domstolen tilnærmet seg dette som et spørsmål om klassifisering av avtalen, men slik at det i tillegg vil være en plikt til å kunngjøre de deler av avtalen som er omfattet av direktivet dersom disse kan skilles fra resten av avtalen.
- (35) I sak C-412/04 uttalte EU-domstolen at spørsmålet om direktivet fikk anvendelse måtte vurderes ut fra hva som var hovedformålet med avtalen, basert på en objektiv undersøkelse av hele den transaksjonen kontrakten relaterer seg til. Når det gjaldt den konkrete vurderingen uttalte domstolen at *"[t]he assessment must be made in the light of the essential obligations which predominate and which, as such, characterise the transaction, as opposed to those which are only ancillary og supplementary in nature and are required by the very purpose of the contract"*.

- (36) Det fremgår av kontrakten inngått mellom innklagede og ISS 23. juni 2009 at "ISS sørger for og bekoster ferdigstillingen av Halden Ishall både innvendig og utvendig". Det går dermed tydelig frem at avtalen innebærer at det skal utføres bygge- og anleggsarbeid.
- (37) Avtalen innebærer imidlertid ikke at ISS skal utføre et bygge- og anleggsarbeid direkte for innklagede, men at selskapet skal fullføre en allerede inngått kontrakt med en tredjepart, Halden Ishall Eiendom AS. Den tidligere inngåtte kontrakten mellom ISS og Halden Ishall Eiendom AS omhandlet ombygging av hallen for å tilfredsstille de krav Comet hadde til sin hjemmearena som deltaker i eliteserien i ishockey. Avtalen skiller seg således vesentlig fra alminnelige kontrakter om utførelse av bygge- og anleggsarbeid for en offentlig oppdragsgiver.
- (38) Situasjonen rundt kontraktinngåelsen må videre anses som spesiell. ISS hadde på tidspunktet for avtaleinngåelsen stanset arbeidet med utbygging av ishallen. Det fremgår av avtalen mellom innklagede og Halden Ishall Eiendom AS punkt 3 b at innklagede hadde omfattende rettigheter til bruk av hallen. Innklagede hadde da en naturlig interesse i at arbeidene ble ferdigstilt, slik at ishallen igjen kunne tas i bruk. Videre hadde innklagede kausjonert for Halden Ishall Eiendom AS' byggelån i Handelsbanken. Ettersom Handelsbanken hadde sagt opp lånet til Halden Ishall Eiendom AS, sto innklagede i en reell fare for å måtte innfri selskapets lån overfor banken.
- (39) Som følge av Halden Ishall Eiendom AS' mislighold, risikerte innklagede å måtte betale for et uferdig bygge- og anleggsarbeid, som også medførte at eiendommen ikke kunne benyttes. Slik situasjonen hadde utviklet seg, var det naturlig at innklagede forsøkte å komme frem til en avtale mellom partene, og tilrettelegge for at kontrakten mellom Halden Ishall Eiendom AS og ISS kunne gjennomføres.
- (40) Klagenemnda mener etter dette at kontrakten mellom innklagede og ISS ikke kan anses som en bygge- og anleggskontrakt slik dette er definert i forskriften § 4-1 bokstav c. Klagenemnda finner derfor at innklagede ikke har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider til utbygging av Halden Ishall.

Konklusjon:

Halden kommune har ikke foretatt ulovlige direkte anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider til utbygging av Halden Ishall.

Bergen, 20. juni 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim