



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt om leie av nye omsorgsboliger gjennom et OPS-prosjekt i Nesodden kommune. Klager anførte at det utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse at kontrakten ble endret fra en finansiell leieavtale til en entreprisekontrakt hvor bygget ble betalt ved overtagelse, og leverandøren deretter hadde ansvar for forvaltning, drift, vedlikehold og service av eiendomsmassen. Klagenemnda kom til at avtalen var vesentlig endret og at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas 27. mars 2017 i sak 2016/104

Klager: Nesodden Rødt

Innklaget: Nesodden kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Nesodden kommune (heretter innklagede) kunngjorde 15. september 2014 en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt om leie av nye omsorgsboliger gjennom et OPS-prosjekt i Nesodden kommune. Tilbudsfristen var 15. oktober 2014.
- (2) Målet med anskaffelsen var ifølge konkurransegrunnlagets punkt 1.2.1 å inngå en "langvarig leiekontrakt (30 år)" for 40 omsorgsboliger for eldre med omfattende hjelpebehov, samt en opsjon på aktivitetssenter for 25 personer. Anskaffelsen skulle omfatte tomt, regulering, design, prosjektering, utbygging og forvaltning, drift, vedlikehold og service (vaktmestertjenester) av leieobjektet i leieperioden.
- (3) Innklagede gjennomførte først en prekvalifisering der det blant annet ble oppstilt kvalifikasjonskrav. Ett av kravene var angitt under punkt 2.3: "Det kreves god økonomisk soliditet og finansieringsevne/finansieringsforståelse." Som en del av dokumentasjonskravet skulle det dokumenteres "[e]rfaring med finansiering av lignende prosjekter."
- (4) Innen fristen fikk innklagede inn tilbud fra Norsk Helsehus AS (heretter valgte leverandør) og Backe Prosjekt AS. Begge leverandørene ble ansett som kvalifiserte og mottok konkurransegrunnlaget 24. oktober 2014.
- (5) Overordnet OPS-avtale, avtale om rettigheter og forpliktelser i forprosjekt- og byggefasen, leieavtale og driftsavtale inngikk som en del av konkurransegrunnlaget.
- (6) I leieavtalen var det satt opp to alternativer for overtagelse av leieobjektet etter utløpet av leieperioden. Det ene var at leietaker skulle overta leieobjektet vederlagsfritt (finansiell leie), og det andre var at leietaker kunne kjøpe leieobjektet til markedspris (operasjonell

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

leie). I konkurransegrunnlagets del I ble leverandørene bedt om å prise de to alternativene. Av konkurransegrunnlaget punkt 3.4 fremgikk følgende: *"Ved valg av leiemodell (operasjonell eller finansiell leie) brukes diskonteringsfaktor på 4 % som følger av kommunens budsjettforutsetning for egne investeringer i kommende planperiode."*

- (7) Begge de kvalifiserte tilbyderne leverte tilbud innen utløpet av tilbudsfristen. Kontrakt ble tildelt valgte leverandør, og evalueringsprotokoll og meddelelsen om dette ble sendt ut 24. april 2015. Innklagede valgte løsningen med en finansiell leieavtale. I henhold til godkjenningssdokument fra rådmannen i Nesodden kommune datert 2. november 2015, var bakgrunnen for valget av finansiell leie forventninger om at eiendommens verdi ville stige, samt at prisforskjellen mellom operasjonell og finansiell leie var begrenset.
- (8) Innklagede bestemte seg for å utsette kontraktsinngåelse til det var innhentet en bindende forhåndsuttalelse fra Skatteetaten vedrørende OPS-selskapets mulighet for frivillig registrering i merverdiavgiftsregisteret. Skatteetaten anså den finansielle leieavtalen som en avtale om salg på avbetaling, og ikke en avtale om utleie. Dermed var ikke vilkårene for frivillig registrering etter merverdiavgiftsloven § 2-3 (1) bokstav b tilfredsstilt.
- (9) Innklagede henvendte seg så til Skatteetaten med spørsmål om oppføringen av det aktuelle bygget ville gi valgte leverandør rett til merverdiavgiftskompensasjon ettersom det skulle oppføres særskilt tilrettelagte lovpålagte omsorgsboliger for videresalg til kommunen. Skatteetaten, avga en veiledende uttalelse der det fremgikk at valgte leverandør ikke var omfattet av de aktuelle reglene, og dermed heller ikke var kompensasjonsberettiget.
- (10) Merverdiavgiftsutgiftene for valgte leverandør ville bli mellom 4 000 000 og 5 000 000 kroner. Innklagede og valgte leverandør endret derfor avtalen til en entreprisekontrakt der innklagede var byggherre og valgte leverandør var totalentreprenør. Dette ble regulert slik at de aktuelle boligene og fellesarealene skulle betales i sin helhet ved overtagelse.
- (11) Før kontrakt ble inngått, 2. juni 2016, publiserte innklagede en intensjonskunngjøring der det fremgikk at innklagede vurderte å endre OPS-avtaleverket slik at innklagede ville stå som eier av og formell byggherre for omsorgsboligene med fellesarealer, men slik at OPS-leverandøren var totalleverandør med ansvar for forvaltning, drift og vedlikehold. En nærmere begrunnelse for endringen og en angivelse av hjemmel for endringen fulgte. Innklagede mottok ingen innsigelser eller kommentarer til kunngjøringen.
- (12) Av den nye OPS-avtalen, punkt 2, fremgikk følgende:
"Prosjektet er strukturert slik at OPS-leverandøren skal stå for den fullstendige utviklingen av OPS-prosjektet med forpliktelse til bygging, med forvaltning, drift, vedlikehold og service (FDVU) av "OPS-Prosjektet". Kommunen skal på sin side være byggherre og eier av sine leiligheter, aktivitetssenter og andel av fellesarealer. OPS-leverandøren skal være byggherre for, og selger av Salgsboligene til kvalifiserte kjøpere og tar full risiko for byggekost og salgspriis."
- (13) Innklagede inngikk kontraktene med valgte leverandør 23. juni 2016. Nesodden Rødt (heretter klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 27. juni 2016.

(14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. mars 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Avtalen med valgte leverandør er vesentlig endret. I utgangspunktet skulle leverandøren eie boligene i 30 år, noe som innebærer stor risiko for uforutsette omstendigheter og krever at leverandøren er finansielt sterk. Når dette endres til at innklagede betaler for bygget ved overtagelse, kunne langt flere leverandører tenkes å inngi tilbud fordi finansieringsopplegget og risikoen ved prosjektet er vesentlig endret. Det som gjenstår som leverandørens ansvar er byggeprosjektet og en vedlikeholdsavtale, noe som er langt mindre krevende og risikofyllt. Den økonomiske balansen er derfor endret til fordel for leverandøren.
- (16) Klausulen som gjelder overdragelse av avtalen hjemler ikke den aktuelle endringen. Det foreligger heller ikke uforutsette omstendigheter. Innklagede var klar over risikoen for at merverdiavgift kunne påløpe.
- (17) Innklagedes intensjonskunngjøring knyttet til endringen av kontrakt kan ikke få betydning all den tid kommunen ikke kan ha vært i aktsom god tro vedrørende spørsmålet om dette var en ulovlig direkte anskaffelse.
- (18) Saken er ikke uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Klagen må avvises fordi den klart ikke fører frem, og fordi den er uhensiktsmessig for behandling.
- (20) Det er ikke tale om en vesentlig endring i kontrakten. Det er kun tale om bortfall av selve kredittavtalen, og det gjøres ingen endringer i ansvars- og oppgavefordelingen. Valgte leverandør er fortsatt ansvarlig for gjennomføring av prosjektet gjennom fremskaffelse av tomt, regulering av denne, design og prosjektering av bygget, finansiering frem til ferdigstillelse, utbygging, samt forvaltning, drift, vedlikehold og service (vaktmestertjeneste) av bygningsmassen gjennom en periode på 30 år. Det eneste som endres er at leverandøren mottar kjøpesummen på et tidligere tidspunkt.
- (21) Det er også inntatt en endringsklausul i kontrakten som hjemler endringen. Det følger av leieavtalen punkt 22: *"Utleier kan ikke overdra sine rettigheter og forpliktelser etter denne avtale uten etter samtykke fra Leietaker. Slikt samtykke kan ikke nektes uten etter saklig grunn."* Kredittkjøpsavtalen kan dermed overdras. Under enhver omstendighet er endringen forutberegnelig. Slike endringer som leverandørene ut fra konkurransegrunnlaget kan forvente, må aksepteres. Det er svært vanlig i bransjen at kredittkjøpsavtalen i et OPS-prosjekt overdras etter at bygget er ferdigstilt.
- (22) Når det gjelder hvordan innløsningssummen ble fastsatt, kom partene frem til innløsningsverdien (kjøpesum) ved å beregne nåverdien av avtalt årlig kapitalleie (låneavdragene) over 30 år basert på en diskonteringsfaktor på 4 %. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at denne diskonteringsfaktoren skulle benyttes ved valg av leiemodell. Den delen av avdragene som bestod av finansieringsrenter ble ikke fullt ut lagt inn i nåverdiberegningen, mens den delen av avdragene som bestod av risikopåslag

for å ha totalansvaret for prosjektet ble inntatt i beregningsgrunnlaget. På denne bakgrunn ble årlige avdrag og renter justert ned fra kroner 4 146 000 til kroner 3 700 000. Beregnet nåverdi av dette utgjør kroner 88 000 000.

- (23) På grunnlag av det ovennevnte hadde også leverandørene grunn til å forvente at kredittkjøpsavtalen kunne overdras til en finansiell aktør, slik at det er forutberegnelig at leverandørene ikke behøver å bære den finansielle byrden gjennom hele avtaleperioden. Så lenge det helhetlige ansvaret for bygg og teknisk anlegg, tjenester og energi består, ville det ikke ha vært andre interesserte leverandører som kunne ha deltatt i konkurransen. Resultatet av forhandlingene med leverandørene ville heller ikke fått et annet resultat.
- (24) Endringen er uansett omfattet av unntaket i nytt direktiv artikkel 72 (1) bokstav c. Direktivet er en kodifisering av gjeldende rett. Endringen er foranlediget av omstendigheter som en påpasselig tilbyder ikke kunne forutse: Det var ikke mulig å forutse at skattemyndighetene ville endre en 20 år gammel praksis. Avtalens overordnede karakter endres ikke.
- (25) Ved å gjennomføre en intensjonskunngjøring er hensynet til leverandørene ivaretatt ved at de kunne klage og iverksette tiltak for å stanse kontraktsinngåelsen.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a at det ikke gjelder noe krav om saklig interesse i slike saker. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi overstiger etter det opplyste den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III.
- (27) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at kontrakten er endret fra å være en finansiell leieavtale til en entreprisekontrakt der innklagede betaler kjøpesummen i sin helhet ved overtagelse. Dette utgjør ifølge klager en vesentlig endring.
- (28) Innklagede bestrider at det er tale om en vesentlig endring og anfører at klagen er uhensiktsmessig for behandling, ettersom endringen er kunngjort ved intensjonskunngjøring og dermed ikke kan sanksjoneres. Hensynet til leverandørene er også ivaretatt på denne måten, fremholder innklagede. Klagenemnda har imidlertid ved flere anledninger vurdert om det foreligger brudd på regelverket i saker der innklagede har publisert en intensjonskunngjøring uten å motta innvendinger, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2016/123. Klagenemnda finner heller ikke grunn til å avvise denne saken som uhensiktsmessig for behandling i nemnda.
- (29) Klagenemnda vil følgelig vurdere hvorvidt endringen av kontrakten utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. I sak C-454/06 (pressetext) tok EU-domstolen stilling til om endringer i avtalen mellom partene måtte anses som så vesentlige at en i realiteten stod overfor en ny kontrakt. De i denne sammenheng sentrale delene av avgjørelsen, premissene 34 til 37, lyder slik:

"34 Med henblik på at sikre gennemsiktighet i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser,

at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).

35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

[...]

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser”.

- (30) EU-domstolens avgjørelse gjelder endringer gjort i kontraktsperioden. Vår sak gjelder en endring foretatt etter tilbudsfristen, men før kontraktsinngåelse. Dette er uten betydning her. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at det i utgangspunktet gjelder en tilsvarende norm som oppstilt i den ovennevnte avgjørelsen for endringer som er gjennomført etter tilbudsfristen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2014/111 med videre henvisninger.
- (31) Når partene gikk fra en avtale om finansiell leie til en entreprisekontrakt, innebærer det at kjøpesummen skulle betales ved ferdigstilling av omsorgsboligene og fellesarealene som innklagede skulle overta, i stedet for at innklagede skulle betale årlig leie i 30 år. Valgte leverandør skulle dermed ikke lenger stå for den langsiktige finansieringen. Utover dette foranlediget endringen visse andre tilpasninger i kontraktsdokumentene. Valgte leverandørs ansvar for forvaltning, drift og vedlikehold, fremskaffelse av tomt, regulering av tomt, design og prosjektering av bygget, finansiering av selve byggeprosjektet, selve utbyggingen og service/vaktmestertjenester, var i behold. Herunder var ansvaret for at bygget skulle holde en definert kvalitetsstandard ved utløpet av de 30 årene avtalen skulle løpe, i behold.
- (32) Et første vurderingstema er om det hadde vært mulig for andre enn de som deltok i den opprinnelige konkurransen om oppdraget å delta dersom avtalene slik de nå foreligger hadde inngått i konkurransegrunnlaget. Besvares dette bekreftende, følger det av EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext) at det dreier seg om en vesentlig endring.
- (33) Blant kvalifikasjonskravene i prekvalifiseringen var "god økonomisk soliditet og finansieringsevne/finansieringsforståelse", og "[e]rfaring med finansiering av lignende prosjekter" skulle dokumenteres. Disse vurderingstemaene og dokumentasjonskravene får et annet innhold når avtalene endres, og endringen ville dermed gjort det mulig for også andre enn de som deltok i konkurransen å delta.
- (34) Et neste vurderingstema er om endringen fra finansiell leie til en entreprisekontrakt der innklagede betaler kjøpesummen i sin helhet og overtar omsorgsboligene og fellesarealer ved ferdigstilling, er en endring som hadde gjort det mulig å anta et annet bud enn valgte leverandørs. Besvares dette bekreftende, følger det av EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext) at det dreier seg om en vesentlig endring, jf. ovenfor i premiss (29).

- (35) Når kontrakten endres fra en langsiktig leieavtale til en entreprise der kjøpesummen betales ved ferdigstillelse og innklagede fra samme tidspunkt overtar eiendomsretten, innebærer dette at innklagede overtar risikoen for bygningsmassen 30 år tidligere enn forutsatt i konkurransegrunnlaget. Valgte leverandørs risiko for bygningsmassen reduseres tilsvarende, samtidig som også den finansielle risikoen reduseres betraktelig. Dette gjelder selv om det, som innklagede har anført, er mulig å overdra leieavtalen til en tredjepart og på den måten realisere verdien av den.
- (36) Etter endringen er det således ikke lenger leverandøren som står for finansieringen av de aktuelle delene av bygget etter ferdigstillelse. Et vesentlig element i den opprinnelige avtalen var imidlertid nettopp den omstendighet at leverandøren skulle yte kreditt. Kvalifikasjonskravene understreker dette.
- (37) Klagenemnda holder det for sannsynlig at endringen (fra finansiell leasing til entreprisekontrakt) ikke bare ville gjort det mulig for andre leverandører å delta i konkurransen, men også påvirket deres vurdering av om de skulle delta eller ikke. Enkelte leverandører kan ha avstått fra å delta i konkurransen på grunn av forutsetningen om at leverandøren skulle binde opp kapital ved å stå som formell eier og utleier av bygget i 30 år. At det var mulig å overdra leieavtalen til en tredjepart, kan heller ikke her være avgjørende. Det er en reell forskjell mellom det å ha mulighet til å realisere verdien av leieavtalen, og det å ha sikkerhet for at betalingen skjer ved ferdigstillelse.
- (38) Klagenemnda ser det slik at de endringer som er foretatt i kontraktsdokumentene ville gjort det mulig å anta et annet bud enn valgte leverandørs, og endringene må derfor karakteriseres som vesentlige.
- (39) Klagenemnda finner etter dette at de endringer som er foretatt i avtaleforholdet mellom innklagede og valgte leverandør er så omfattende at man i realiteten står tilbake med en ny og vesentlig annerledes kontrakt.
- (40) Innklagede har gjort gjeldende at endringene var foranlediget av omstendigheter innklagede ikke kunne forutse. Innklagede viser i denne forbindelse til direktiv 2014/24/EU artikkel 72 nr. 1 bokstav c. Da endringene i foreliggende sak ble foretatt, var ikke direktivet innlemmet i EØS-avtalen. Innklagede hevder imidlertid at bestemmelsen gir uttrykk for rettstilstanden også forut for direktivet.
- (41) Klagenemnda legger til grunn at leverandørene som deltok i konkurransen, samt innklagede, regnet med at selskapet som oppførte bygget ville oppnå frivillig merverdiavgiftsregistrering, uavhengig av om det ble valgt operasjonell eller finansiell leie. Slik registrering ville gi leverandøren fradrag for inngående merverdiavgift. Som det fremgår av premiss (8) til (10) ovenfor, slo imidlertid ikke denne forutsetningen til, og Skatteetaten fant heller ikke valgte leverandør berettiget til momskompensasjon. Ved å inngå en entrepriseavtale som innebar at de aktuelle boligene og fellesarealene skulle overdras ved ferdigstillelse, oppnådde imidlertid partene at valgte leverandør fikk full fradragsrett for inngående merverdiavgift, slik konkurransen la opp til. Innklagede fikk på sin side kompensasjon for merverdiavgiften.
- (42) Slik klagenemnda ser det, medfører endringen fra en avtale om finansiell leasing til en entreprisekontrakt ikke bare en vesentlig endring, men også en endring i avtaleforholdets overordnede karakter. Slike endringer åpner ikke direktiv 2014/24/EU artikkel 72 nr. 1 bokstav c for. Det er ikke grunnlag for å anta at direktiv 2014/24/EU snevrer inn adgangen

til å foreta endringer på dette punktet. Det er derfor unødvendig å ta stilling til spørsmålet om bestemmelsen kodifiserer rettstilstanden eller ikke.

- (43) Innklagede har også anført at endringene har hjemmel i leieavtalen punkt 22, som lyder: *"Utleier kan ikke overdra sine rettigheter og forpliktelser etter denne avtale uten etter samtykke fra Leietaker. Slikt samtykke kan ikke nektes uten etter saklig grunn."* Klagenemnda kan ikke se at denne klausulen hjemler en omklassifisering av avtaleforholdet fra leie til entreprise, og anførselen kan ikke føre frem.
- (44) Innklagedes anførsel om at intensjonskunngjøringen fritar innklagede for ansvar, slik at det heller ikke er foretatt noen direkte anskaffelse, kan heller ikke føre frem. Klagenemnda har funnet at regelverket er brutt. Intensjonskunngjøringen vil bare ha betydning for hvilke sanksjoner som kan ilegges av domstolene.

Konklusjon:

Nesodden kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i avtalen etter tildeling av kontrakt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk