



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede inngikk i juli 2020 en avtale med valgte leverandør om leie av deler av et kontorbygg som skulle oppføres på en eiendom i Brumunddal. Klager anførte at kontrakten i realiteten var en bygge- og anleggskontrakt, og at innklagede derfor hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre en konkurranse om kontrakten. Klagenemnda fant at kontrakten korrekt var klassifisert som en leieavtale, og at den dermed var unntatt både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, jf. forskriften § 2-4 bokstav a. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, førte på denne bakgrunn ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. oktober 2021 i sak 2020/917

Klager: Høyen Eiendom AS

Innklaget: Mattilsynet

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Arnt Skjefstad.

Bakgrunn:

- (1) Mattilsynet (heretter *innklagede*) annonserte 27. januar 2020 i Hamar Arbeiderblad en konkurranse for leie av lokaler til Mattilsynet, kontorsted Brumunddal. Det ble også annonsert på nemeet.com og statsbygg.no.
- (2) Leverandører ble bedt om å kontakte Statsbygg for nærmere informasjon. Leverandører som tok kontakt, ble bedt om å levere nøkkelinformasjon om sin aktuelle eiendom.
- (3) AB Invest AS beskrev sitt bygg som et prosjektert kontorbygg i limtre og massivtre på totalt cirka 3 200 kvadratmeter fordelt over fem etasjer. Arealet for første etasje var oppgitt til 136,8 kvadratmeter, mens de resterende etasjene var 766,1 kvadratmeter per etasje. Det var opplyst om at bygget ga høy fleksibilitet som ville gjøre det mulig å innrede etter leietakers ønske. Om miljøprofilen stod det at de holdt på å utrede om bygget skulle bli et plussenergibygget.
- (4) På bakgrunn av mottatte opplysninger inviterte innklagede seks leverandører til å levere tilbud. Høyen Eiendom AS mottok tilbudsinvitasjon fra innklagede 11. mars 2020.
- (5) I tilbudsinvitasjonen punkt 1 var det opplyst at det skulle gjennomføres en konkurranse med forhandlinger. Tilbudsfrist var satt til 21. april 2020. I punkt 3 («*Formål og omfang av leiebehovet*») var følgende opplyst:

«Det søkes etter kontorlokaler til 79 arbeidsplasser med en leieperiode på 10 år, eventuelt med opsjon på å kunne forlenge i ytterligere to perioder på 5 år.

Styrende prinsipper for Mattilsynets valg av nye lokaler og mer detaljert beskrivelse av fremtidige behov er å finne i Kravspesifikasjon (vedlegg 1).

Siden romprogrammet skal innplasseres i eksisterende bygningsmasse, åpner Mattilsynet for løsninger som går utover definerte minimumskrav såfremt tilbudte lokaler er fleksible og utnyttets hensiktsmessig. Eventuelle tilpasninger skal spesifiseres av utleier i eget dokument.»

- (6) Om regelverk fremgikk det av punkt 5:

«Leie og avhending av bygg ble med virkning fra 1.1.2017 unntatt både lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Allikevel legges de generelle prinsippene i lov om offentlige anskaffelser til grunn: konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.»

- (7) I punkt 6 var det opplyst at «De nye lokalene bør være tilgjengelige for innflytting senest 1. desember 2021. Det kan bli aktuelt med innflytting noe senere, mars/april 2022, men dette er ikke avklart på det nåværende tidspunkt.»

- (8) Nærmere detaljer om leietakertilpasninger og brukermedvirkning skulle iht. punkt 8 avtales løpende under prosessen i en egen avtale (inntatt som vedlegg 4 til leiekontrakten). Det var her informert om at innklagede ønsket å etablere en rutine/prosedyre for tilretteleggelsen av leieforholdet som sikret at innklagede «får nødvendig informasjon om klargjøringen/tilpasningen av lokalene, anledning til å delta på evt. byggemøter og befaring mv., rett til å levere/montere egne installasjoner etc., samt rett til å kreve mindre endringer i forhold til de spesifikasjonene som fremgår av kravspesifikasjonen og plantegningene.»

- (9) Valg av tilbud ville ifølge tilbudsinvitasjonen skje etter en vurdering av to hovedkriterier: «Egnethet» og «Totalpris». Besvarelse av kravspesifikasjonen ville danne grunnlag for evaluering av tilbudet, jf. punkt 10.2.

- (10) I kravspesifikasjonen punkt 1.3 («Bygning») fremgikk følgende:

«Virksomhetens art tilsier behov for arealer knyttet til prøvemottak, utført med våtromstandard, i tillegg til arealer for kontorarbeidsplasser og møteromfunksjoner.

Bygningen må tilfredsstillende normale krav og gjeldende forskrifter knyttet til dagslys, ventilasjon, bæring, seksjonering, rømning, lyd, akustikk etc. Møterom og flerbruksarealer kan med fordel ha dagslys. I flerbruksarealer, møterom og multirom må krav til lydisolasjon og akustikk kunne ivaretas.

Bygningens alder eller stilart kan ikke sees å være særskilt styrende, men bygningens interiør skal egne seg for moderne, aktivitetsbaserte arbeidsplassløsninger.»

- (11) Som angitt i punkt 1.4 hadde innklagede behov for lokaler med et samlet netto funksjonsareal (FUA) som var beregnet til 1247 m². Ønsket arealdisponering var angitt i vedlagt rom- og funksjonsprogram.

- (12) I kravspesifikasjonen punkt 2.3 («Beredskapsrom») sto det:

«Beredskapsrommet skal utformes og oppføres som «beskyttet område».

Forskriften krever at beskyttet område skal ha en fysisk avgrensning. Det fysiske skillet mot andre områder vil normalt bestå av gulv, tak, vegger, vinduer og dør. Da det ikke skal være mulig å ta seg inn uten at det kan oppdages skal denne avgrensningen være hel. Dette innebærer blant annet at vegger skal gå over nedsenket himling og under hevet gulv (datagulv). Der dette ikke er praktisk gjennomførbart kan vegg over himling og under gulv erstattes med gitter eller lignende. Konstruksjonen skal være slik at bygningselementer ikke enkelt kan fjernes for så å bli satt tilbake på plass uten at det settes visuelle spor. Dette kan gjøres ved at rommets vegger / plater der det er mulig monteres fra innsiden. For vinduer kan det være hensiktsmessig å benytte enveisskruer i listverket, og dersom de kan åpnes bør det monteres innvendig vinduslås.»

- (13) Under punkt 7.0 «Prosjektilpassete behov» var det oppgitt «Intet».
- (14) I rom- og funksjonsprogrammet var det gitt nærmere spesifisering av ulike romfunksjoner og antall rom, nettoareal per funksjonsrom og totalt nettoareal, samt antall personer per funksjonsrom. Ved siden av var det åpnet for at tilbyder skulle fylle ut sin arealfordeling. Under «merknader, funksjonsbeskrivelse/funksjonskrav» var det utdypet krav til enkelte roms plassering i leieobjektet.
- (15) Vedlagt fulgte utkast til leiekontrakten. I punkt 1.1. forbeholdt innklagede seg rett til å kreve «mindre endringer i forhold til avtalt leveranse i kravspesifikasjonen og plantegningene, (heretter «Endring») etter de bestemmelser som fremgår av punkt 1.2–1.4 og punkt 2. Endringene må ligge innenfor de hoveddrammene som aksepterte tilbud og plantegninger beskriver.» I punkt 2.1 sto det at frem til overtakelse «skal utleier tilrettelegge for informasjonsflyt og brukermedvirkning gjennom møter med leietaker.»
- (16) Innklagede mottok seks tilbud. Det ble gjennomført to forhandlingsrunder med tre av tilbyderne, herunder AB Invest og Høyen Eiendom AS (heretter klager).
- (17) I brev fra AB Invest AS 29. mai 2020, «Revidert tilbud om lokaler til «[innklagede] kontorsted Brumunddal»», ble det vist til oversendte planskisser fra innklagede mottatt 20 mai 2020, brev fra AB Invest AS 25.mai 2020 og tilbakemelding fra innklagede 26. mai 2020. Vedlagt var det et revidert tilbud og nye planskisser som ifølge AB Invest:
- (18) «[...] hensyntar deres innspill. Som dere vil se av planskissene har vi nå utvidet plan 1 samt økt størrelsen på plan 2 og 3 slik at [innklagedes] behov dekkes i bygget plan 1-3. Vårt forslag dersom vi blir valgt så må vi sammen avklare videre detaljer og løsninger. Tilbudet tar forbehold om kommunal godkjenning av prosjekt».
- (19) Under punkt 4.3 om miljø i innlevert kravspesifikasjon fra AB Invest AS var det kommentert:
- (20) «Vi har høye miljøambisjoner for bygget. Når det gjelder energibruken og det miljømessige fotavtrykket vil dette bygget være ledende både i forhold til materialbruk (limtre og massivtre) og energibruk (energimerke A). Om ønskelig vi utleier kunne tilby et plussenergibygget mot et tillegg i leiepris.»
- (21) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøter med klager 2. og 12. juni 2020.
- (22) I referatet fra forhandlingsmøte med AB Invest AS 3. juni 2020 stod det at formen på bygget ikke var ferdig arkitekttegnet. Det stod også at sokkelen kunne utvides, men at kjernen var låst. At sokkelen kunne utvides ble også påpekt i referatet fra

forhandlingsmøte med AB Invest AS 12. juni 2020. I samme referat stod det videre at AB Invest AS ønsket respons på konsept for bygg (energiklasse).

- (23) I e-post av 18. juni 2020 informerte innklagede at husleiekontrakt var tildelt AB Invest AS (heretter *valgte leverandør*).
- (24) I referat fra kontraktsmøte 1. juli 2020 med valgte leverandør stod det at byggeteknisk konstruksjon var under planlegging og at eventuelle søyler og diagonaler i bærekonstruksjonen ikke skulle endre layout eller være til sjenanse for leietaker. Det stod videre at kontrakten var basert på bygg i energiklasse A.
- (25) I inngått kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør fremgikk det i punktet om leietid at:
- (26) «*Dersom leietaker benytter oppsigelsesretten i leieavtalens femte eller sjette ledd ovenfor skal han kompensere utleier for restverdien av investeringene som er foretatt for å tilpasse lokalene til leietakers behov. Restverdien beregnes ved at investeringsbeløpet på kr. 20.000.000 nedskrives lineært over 10 år fra datoen for leie periodens start*».
- (27) Ansvarsfordeling av driftsoppgaver var vedlagt inngått kontrakt.
- (28) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 3. juli 2020.
- (29) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. desember 2020.
- (30) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. oktober 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (31) Leiekontrakten som er inngått mellom innklagede og valgte leverandør er i realiteten en bygge- og anleggskontrakt i henhold til forskriften § 4-1 bokstav d og bokstav e). Det innebærer at unntaket fra anskaffelsesregelverket for leiekontrakter etter forskriften § 2-4 a bokstav a) ikke kommer til anvendelse. Innklagede har derfor foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (32) Det bestrides at leiekontrakten i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt, jf. forskriften § 4-1 bokstav d, smh. bokstav e. Leiekontrakten er ikke et resultat av en bygge- og anleggsaktivitet som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en teknisk eller økonomisk funksjon. Innklagede har heller ikke hatt avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging. Det er følgelig ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (34) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

- (35) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 (2) og 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-datatase.
- (36) Konkurransen gjelder leie av kontorlokaler. Verdien av leiekontrakten, med opsjoner, er 114 702 800 kroner. Det fremstår som klart at byggearbeidet som er utført, overstiger EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter.
- (37) Spørsmålet i saken er om innklagede likevel ikke hadde plikt til å kunngjøre kontrakten, fordi den er unntatt både forskriften og anskaffelsesloven, jf. forskriften § 2-4 bokstav a. Det følger av denne bestemmelsen at loven og forskriften ikke gjelder for kontrakter om «*erverv eller leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom*». Selv om dette unntaket etter ordlyden gjelder leie av «*eksisterende bygninger*», er det forstått slik at det også omfatter leie av bygg som skal oppføres.
- (38) Det avgjørende for om innklagede i vår sak hadde plikt til å kunngjøre anskaffelsen, og dermed for spørsmålet om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, er altså om kontrakten gjelder leie av ikke-oppførte kontorlokaler – eller om det i realiteten er tale om en bygge- og anleggskontrakt.
- (39) Hvis innklagede i realiteten har inngått en bygge- og anleggskontrakt, er ikke unntaket anvendelig, selv om partene omtaler avtalen som en kontrakt om leie. Dette følger blant annet av forskriften § 2-4 bokstav a lest i sammenheng med definisjonene av ulike kontraktstyper i § 4-1 bokstav a til d.
- (40) Forskriften § 4-1 bokstav d definerer hva som utgjør en bygge- og anleggskontrakt. Bestemmelsen er forstått slik at det siste alternativet gjelder situasjoner der det bygges hos andre: «*utførelsen på en hvilken som helst måte av et bygge- og anleggsarbeid som oppfyller kravene som er satt av en oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*».
- (41) Det må altså for det første være tale om et «*bygge- og anleggsarbeid*». For det andre må oppdragsgiver ha hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*». Vilkårene er kumulative.
- (42) Klagenemnda tar derfor først stilling til om avtalen om leie av kontorlokaler som er inngått mellom innklagede og valgte leverandør, i realiteten gjelder utførelsen av et bygge- og anleggsarbeid.
- (43) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav e at et bygge- og anleggsarbeid skal forstås som «*resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon*». Ved leie av et frittstående bygg vil vilkåret være fullt ut oppfylt. Ved leie av en begrenset del av et bygg som er avhengig av øvrige delen av bygget vil det gå en grense hvor vilkåret ikke lenger er oppfylt. I denne saken skal innklagede leie de tre nederste av fem etasjer, og det er ikke nødvendig å ta stilling til hvor grensen går da det er klart at leieobjektet oppfyller en økonomisk og teknisk funksjon.
- (44) Spørsmålet er videre om innklagede har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*», jf. § 4-1 bokstav d. Et sentralt moment i denne vurderingen er om

innklagede kun har stilt krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille, eller om man har gått ut over dette ved å spesifisere tilpasninger til egne behov, og i så fall om disse ekskluderer andre leietakere. Dette momentet er senest trukket frem av EU-domstolen i sak C-537/19 *Wiener Wohnen*, avsnitt 51 følgende. I avsnitt 53 er det presisert at:

«Hvad angår den påtænkte bygning kan der identificeres en afgørende indflydelse på dens udformning, hvis det kan påvises, at denne indflydelse udøves på denne bygnings arkitektoniske struktur, såsom dens størrelse, dens ydermure og dens bærende vægge. Krav vedrørende de indvendige indretninger kan kun anses for at påvise en afgørende indflydelse, hvis de udmærker sig på grund af deres særpræg eller omfang.»

Rom- og funksjonsprogrammet

- (45) Klager viser til at rom- og funksjonsprogrammet oppstiller omfattende funksjonskrav til en rekke rom i leieobjektet.
- (46) Klagenemnda har tidligere kommet til at leieunntaket kommer til anvendelse, selv om oppdragsgiver hadde stilt relativt omfattende og detaljerte krav til det aktuelle lokalet, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sakene 2007/112 (premiss 28 og 29), 2009/16 (premiss 90), 2015/77 (premiss 32 og 33) og 2016/80 (premiss 28 og 29).
- (47) Overordnet sett fremstår kravene og spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget som tilsvarende det som er normalt for kontorlokaler av normal moderne standard. Slik klagenemnda ser det, er de ulike kravene ikke mer omfattende enn det som er normalt for tilsvarende avtaler om leie av kontorlokaler. Slik nemnda leser konkurransegrunnlaget, gir det leverandørene stor frihet i hvordan de vil oppfylle forespørselen.
- (48) Klager har spesielt påpekt noen krav til lokalet, som klager mener gir uttrykk for innklagedes spesifikke og særegne behov.
- (49) For det første var det stilt krav om et beredskapsrom med beredskapslager. Ønsket størrelse på beredskapsrommet var seks kvadratmeter, mens beredskapslageret var 30 kvadratmeter. Beredskapsrommet fremstår som et ordinært rom, men med spesifikke krav for å oppfylle visse sikkerhetskrav. Beredskapslageret fremstår som et ordinært lagerrom, men der 10 kvadratmeter av rommet skulle være adskilt i eget rom med egen dør og lås.
- (50) Det var også stilt krav om et prøvemottak (grovkjøkken) på 24 kvadratmeter. Det var opplyst i kravspesifikasjonen at *«Grovkjøkken, utstyrsvask, eventuelt vaskerom og dusjrom skal utføres som våtrom»*. I grovinngangen, anslått til ti kvadratmeter, skulle det være mulighet til vask av støvler og ulikt utstyr som har vært i bruk ute i felt. Det skulle også være løsning med større slukrist og spyleslange, samt dyp vaskeikum.
- (51) Videre var det stilt krav om grovgarderober/smittesluser. Disse fremstår for klagenemnda som ordinære garderober.
- (52) Det var også stilt krav om at IKT brukerstøtte- og tjenestesenter skulle plasseres i et eget adskilt rom med plass til syv personer og flere store overvåkningsskjermer. Dette rommet fremstår også som ordinært rom som ikke krever særlig med tilpasninger.
- (53) Felles for disse rommene, er at de utgjør få kvadratmeter av det totale arealet som skal leies. Selv om kravene til disse rommene er spesifikt knyttet opp mot innklagedes behov, er klagenemnda av den oppfatning at de nødvendige tilpasningene ikke er av en slik art

at «*de udmærker sig på grund af deres særpræg eller omfang*», jf. C-537/19 *Wiener Wohnen*.

Betydningen av kompensasjon ved oppsigelse

- (54) Etter leieavtalen har valgte leverandør rett på å få refundert 20 millioner kroner ved førtidig oppsigelse.
- (55) Innklaget har vist til at beløpet skal sikre både eventuelle utgifter i forbindelse med tilpasning av lokalene, og eventuelt tap av leieinntekter for en periode, samt mulig tapt fortjeneste. Videre har innklagede vist til at klager i sitt tilbud hadde fastsatt dette beløpet til 40 millioner kroner. Det var også en tredje tilbyder som ikke godtok førtidig oppsigelse og derfor satt kompensasjonen til null.
- (56) Klagenemnda er av den oppfatning at dette fremstår som en ordinær kontraktsbruddsanksjon. Det er ikke uvanlig at utleier har store utgifter til leietakertilpasninger.

Tradisjonelle byggherreoppgaver

- (57) Det stod i tilbudsinvitasjonen at innklagede ønsket å etablere en rutine/prosedyre for tilretteleggelsen av leieforholdet, som sikret at innklaget fikk nødvendig informasjon om klargjøringen/tilpasningen av lokalene, anledning til å delta på eventuelle byggemøter og befaringer, rett til å levere/montere egne installasjoner, samt rett til å kreve mindre endringer i forhold til de spesifikasjonene som fremgikk av kravspesifikasjonen og plantegningene.
- (58) I utkastet til leiekontrakten fremgikk det at innklagede hadde rett til å kreve mindre endringer i forhold til avtalt leveranse i kravspesifikasjonen og plantegningene. Videre stod det at innklagede hadde rett til etter forhåndsavtale å avholde befaringer i leieobjektet for ansatte hos innklagede. Klagenemnda forstår dette som at retten til å delta på byggemøter og befaringer er en forsikring om at innredningsarbeidet og planløsningen skal bli som ønsket. Innklagede har vist til at det er planlagt at det er en veterinær som skal delta for dem i eventuelle byggemøter. På den bakgrunn fremstår det som innklagede ikke har forbeholdt seg en rett til å komme med innvendinger til selve entreprisen. At en representant fra innklagede deltar i byggemøter innebærer derfor ikke at de automatisk utøver rollen som byggherre.
- (59) Det stod også i kravspesifikasjonen at «*[n]ødvendige arealer for drift og renhold, tekniske rom og lignende forutsettes ivaretatt av utleieren og spesifiseres ikke*». Videre fremgår det av utkast til leieavtale at drift og vedlikehold av ordinære drifts- og vedlikeholdsoppgaver er utleiers/valgte leverandørs ansvar. Innklagede har ansvar for noen oppgaver knyttet til innvendige forhold.
- (60) Klagenemnda kan derfor ikke se at dette i seg selv innebærer at innklagede i realiteten har opptrådt som byggherre i prosjektet.

Energiklasse

- (61) I valgte leverandørs reviderte tilbud, ble det presentert tre ulike løsninger for byggets energiklasse:

Alternativ A: TEK 17 og energiklasse C

Alternativ B: Bygg ref tilbud 19. april

Alternativ C: Plussenergibygg

- (62) I kontraktsmøtereferat fra 1. juli 2020 fremgikk det at kontrakt var basert på bygg i energiklasse A. Videre stod det at valgte leverandør ønsket at innklagede «*vurderer å gå for Plussenergi-bygg*». Valgte leverandør skulle derfor fremskaffe grundige beregninger på kostnader og innsparinger for å legge frem for innklagede så de kunne vurdere om dette var interessant. Det var innklagede som skulle gjøre den endelige vurderingen med hensyn til å endre fra energiklasse A som forutsatt i kontrakten. Forutsetninger for å gjøre dette ville blant annet være:
- «*At energiregnskap og kjølebehov for etasjene og i særdeleshet IKT avdelingen må tilfredsstilles.*
 - *At samlede kostnader for leieperioden i henhold til kontrakten ikke overstiges*».
- (63) Alternativ B, som var bygg som ble tilbudt 19. april 2020, var energiklasse A. Slik saken er opplyst, er alternativene ensidig presentert til innklagede. Det fremstår som at byggets energiklassifisering er noe valgte leverandør har introdusert, uten at det har vært foranlediget av innspill fra innklagede. Ifølge møtereferatet ville eventuelle merkostnader ved å bytte til en bedre energiklasse, ikke medføre tilleggskostnader for innklagede. Innklagede har vist til at de heller ikke har tatt et valg av disse tre, men at det var opp til valgte leverandør å bestemme dette.
- (64) Klagenemnda legger på denne bakgrunn til grunn at disse alternativene ikke ble fastsatt for å tilgodese et behov som innklagede hadde presisert. Den omstendighet at innklagede eventuelt hadde benyttet seg av denne valgmuligheten, er ikke tilstrekkelig til å påvise at innklagede har utøvd en avgjørende innflytelse på arbeidets art og planlegging.

Utformingen av bygget

- (65) Før de aktuelle tilbyderne fikk tilsendt kravspesifikasjonen, opplyste valgte leverandør at de hadde prosjektert et kontorbygg i limtre og massivtre på totalt cirka 3 200 kvadratmeter fordelt over fem etasjer. Arealet for første etasje var oppgitt til 136,8 kvadratmeter, mens de resterende etasjene var 766,1 kvadratmeter per etasje.
- (66) I valgte leverandørs reviderte tilbud stod det:
- «Viser til oversendte planskisser fra Mattilsynet mottatt 20 mai, brev fra oss 25.mai og tilbakemelding fra dere 26. mai. Vedlagt finner dere revidert tilbud og nye planskisser som hensyntar deres innspill. Som dere vil se av planskissene har vi nå utvidet plan 1 samt økt størrelsen på plan 2 og 3 slik at Mattilsynets behov dekkes i bygget plan 1-3. Vårt forslag dersom vi blir valgt så må vi sammen avklare videre detaljer og løsninger. Tilbudet tar forbehold om kommunal godkjenning av prosjekt»*
- (67) Valgte leverandør hadde allerede planer om å oppføre et kontorbygg på tomten. Innklagede har i prosessen vært opptatt av størrelsen og plasseringen av rom i forhold til hverandre. Videre har innklagede ønsket at deres lokaler ble begrenset til tre etasjer. Innklagede la ingen føringer for hvordan disse ønskene skulle oppfylles. Ønskene har

ført til at valgte leverandør har økt størrelsen på etasjene noe. Klagenemnda kan ikke se at de mindre endringene av etasjestørrelsene har påvirket materialvalg, design, arkitektonisk struktur eller andre forhold som medfører at innklagede har hatt «avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging».

- (68) Kontrakten er etter dette ikke en bygge- og anleggskontrakt, jf. forskriften § 4-1 bokstav d, men skal etter forskriften §§ 2-4 og 4-1 bokstav c anses som en leiekontrakt. Anskaffelsesloven og forskriften kommer dermed ikke til anvendelse.
- (69) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Mattilsynet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk