



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en konkurranse om leie av kontorlokaler. Klagenemnda kom til at kontrakten var en tjenestekontrakt om husleie, og ikke en bygge- og anleggskontrakt. Nemnda slo videre fast at loven etter tidligere nemndspraksis gjelder selv om forskriften ikke gjør det. Nemnda kom til at lovens krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet alt i alt ikke var brutt i dette tilfelle. Man kunne ikke stille de samme krav som etter forskriften her hvor det gjaldt et arealbehov som måtte tilpasses markedssituasjonen og tilgjengelighet i det aktuelle område.*

### Klagenemndas avgjørelse 3. desember 2007 i sak 2007/112

Klager: Sem Holding AS

Innklaget: NAV i Nordland

**Klagenemndas medlemmer:** Magni Elsheim, Kai Krüger og Andreas Wahl.

**Saken gjelder:** Klassifikasjon av kontrakten. Forskriftens § 1-3 (2) b. Etterprøvbarehet og gjennomsiktighet.

### Bakgrunn:

- (1) NAV i Nordland (heretter kalt innklagede) inviterte gjennom annonse i Bladet Vesterålen interesserte tilbydere til å inngi tilbud på leie av kontorlokaler for NAV-kontor i Sortland. Fra invitasjonen hitsettes følgende:

*”Den nye statsetaten og sosialtjenesten i Sortland kommune skal etablere et felles NAV kontor samt en egen spesialenhet med 15 arbeidstakere. I den forbindelse ønsker vi prospekt/tilbud på kontorlokaler. Totalt arealbehov vil være ca 2000 m<sup>2</sup>.*

*Vi ønsker sentralt beliggende lokaler med godt inn klima, god sikkerhet, samt best mulig arealøkonomi. Gode parkeringsforhold og enkel tilgang for funksjonshemmede er også et krav.*

*Ønsket innflytting innen årsskiftet 2007/2008.*

*Tilbudsfrist 25. mai 2007.”*

- (2) Etter dette ble interesserte tilbydere tilsendt et tilbudsgrunnlag. Fra dette hitsettes følgende:

*”I forbindelse med etablering av NAV-kontor i Sortland kommune ønsker vi prospekt/tilbud på kontorlokaler.*

Totalt arealbehov vil være ca 2000m<sup>2</sup>.

Lokalene må inneholde:

- Ca 57 kontorer.
- Felles resepsjon/kundemottak/jobbsenter (størrelse ca 2000 m<sup>2</sup>.)
- 3 stk mottakskontor/samtalerom med rømningsdør for den ansatte.
- Møteromsavdeling med flere større og mindre møterom som kan deles med skillevegger.
- Opplæringsrom med 12 arbeidsstasjoner (ca 35 m<sup>2</sup>).
- Spiserom for 55 personer, kan kombineres med det største møterommet slik at disse rommene kan brukes i ett ved større interne møter og sosiale sammenkomster.
- Nærarkiv (ca 80 m<sup>2</sup>).
- Fjernarkiv (ca 80 m<sup>2</sup>).
- Tekniske rom til data, skrivere, kopiering etc, rimelig fordelt i forhold til kontorplassering.
- Rekvizita/lagerrom (ca 10 m<sup>2</sup>).
- Personalgarderobes og WC/HCWC/dusj.
- Publikumsstolett (HCWC) tilknyttet resepsjonsområde.
- Makuleringsrom (ca 4 m<sup>2</sup>).
- Renhold/bøttekott (ca 4 m<sup>2</sup>).

Vi ønsker sentralt beliggende lokaler med godt inn klima, god sikkerhet samt best mulig arealøkonomi. Gode parkeringsforhold og enkel tilgang for funksjonshemmede er også et krav. Alle kontorer og rom skal være tilgjengelige for rullestolbrukere.

Tilgjengelighetskrav: (Det henvises til eget dokument)

Standard kravspesifikasjon: (Det henvises til eget dokument)

Tilbudsfrist: 25. mai 2007.

Ønsket innflytting innen årsskiftet 2007/2008. (Alternativt ca. februar 2008, avklares senere).”

- (3) I konkurransegrunnlagets kapittel B var kontrakten som skulle inngås mellom innklagede og den leverandør som ble tildelt kontrakten inntatt. Kontrakten var benevnt ”Standard husleiekontrakt – Innleie av lokaler for NAV Sortland”.
- (4) I konkurransegrunnlagets kapittel C, ”Standard kravspesifikasjon, innleie av lokaler for ...”, fremgikk det følgende i punkt 3:

### **”3. GENERELLE KRAV**

#### **3.1 Forskrifter, standarder og retningslinjer**

Utleier er ansvarlig for at lokalet med installasjoner prosjekteres og utføres i henhold til de enhver tid gjeldende lover, statlige og kommunale forskrifter, regler, standarder, veiledninger og retningslinjer. I det ferdige lokalet er utleier ansvarlig for at aktuelle myndighets- og forskriftskrav er overholdt.

*Alle nødvendige søknader, meldinger, godkjenninger og avklaringer til offentlige myndigheter som ordinært er utleiers ansvar skal ivaretas og avklares av utleier.*

*Foruten byggeforskrift (TEK) med veiledning (REN), gjøres det spesielt oppmerksom på arbeidsmiljølovens forskrifter og veiledninger bla veiledning nr. 444 "Klima og luftkvalitet på arbeidsplassen". Etatens lokaler skal planlegges og bygges slik at de er med på å sikre tilgjengelighet for alle brukergrupper og det skal spesielt tas høyde for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Prinsippene om universell utforming skal ligge til grunn for planleggingen og gjennomføringen. Der kravene i regjeringens handlingsplan for universell utforming, temaveileder "bygg for alle" 110-3/2004 og NOU 2001: 22 Fra bruker til borger, ikke kan dekkes skal det legges inn tiltak for å sikre tilstrekkelig tilgjengelighet ved andre tiltak.*

*Norske standarder skal benyttes i størst mulig grad, både når det gjelder prosjektering samt utførelse. Relevante NBI-blad samt annen aktuell faglitteratur skal også benyttes.*

*NS 3420/21 gjelder for anleggenes utførelse og montasje. Standardenes tekniske bestemmelser angir hvilke krav som stilles til ferdig delprodukt. Dersom ikke annet er angitt skal toleranseklasse 2 følges."*

- (5) For øvrig inneholdt kapittel C en rekke krav til lokalene, herunder krav til blant annet bygget og tomten, tekniske krav til byggeteknikk, innemiljø og anlegget for elektroteknikk, tele og automatisering, universell utforming, grønn stat og sikkerhetsmål, herunder blant annet om låsesystem og alarmanlegg.
- (6) Innen tilbudsfristens utløp, 25. mai 2007, mottok innklagede 8 tilbud. Med utgangspunkt i kravspesifikasjonen ble 5 av tilbudene ansett mindre aktuelle. Innklagede valgte da å gå videre med de resterende 3, herunder tilbudet fra SEM Holding AS (heretter kalt klager) og Alf B. Steiro & Sønn (heretter kalt valgte leverandør). Det ble så gjennomført forhandlingsmøter med hver av de tre tilbyderne, hvoretter disse fikk lov til å inngi reviderte tilbud.
- (7) Etter dette ble de endelige tilbudene evaluert av en prosjektgruppe. I gruppens rapport av 20. juni 2007 fremgår det hvilke kriterier innklagede evaluerte tilbudene på basis av, samt hvilke vurderinger som ble gjort av de tre tilbyderne. Fra rapporten hitsettes følgende:

*"Tilbudene ble gjennomgått i prosjektgruppas møte 4. juni 2007. Det ble tatt utgangspunkt i kravspesifikasjonen hvor det foruten krav til arealer med spesifisering av antall kontorer og andre rom vises til følgende forhold som vektlegges:*

- Sentral beliggenhet.*
- Godt inneklima.*
- God sikkerhet.*
- Best mulig arealøkonomi.*
- Gode parkeringsforhold.*
- Enkelt tilgang for funksjonshemmede.*
- Alle kontorer og rom skal være tilgjengelige for rullestolbrukere.*

- Innflytting årsskiftet 2007/2008, alternativt februar 2008.

[...]

*I valget mellom tilbyderne skal følgende kriterier legges til grunn: Det totalt sett mest økonomisk fordelaktige tilbud skal velges, basert på ovenfor nevnte kravspesifikasjoner.*

*Alle tilbudene finnes i utgangspunktet akseptable og fyller kravspesifikasjonene. Ingen er helt ideelle gitt at det er eksisterende bygningsmasse som må tilpasses i alle tre tilfellene.*

*Vurdering av tilbudene:*

#### 1. Tilbudet fra Alv B. Steiro & Sønn:

- Sentralt beliggende.
- Meget god tilgjengelighet for brukerne:
  - Enkel tilgang for funksjonshemmede.
  - Godt med parkeringsplasser tett opp til bygget, brukere trenger ikke krysse gater for å komme fra parkering til kontorene. Ligger rett ved buss- og drosjestasjon.
- Alle kontorer på to plan.
- Hensiktsmessig utformete kontorer, heri meget gode fasiliteter for mottak.
- God tilpasning av forvaltningsenheten og arbeidslivssenterets kontorer til primærkontoret muliggjøres gjennom tilbygget, likeså kan forhold i primærbygget som ikke er helt ideelle kompenseres for.
- Meget gode forhold for bortsetningsarkiv i romslig kjeller som også kan dekke andre formål (sykkelparkering, personalrom mv).
- Leiepris vil i snitt ligge omtrent på nivå med de andre tilbyderne på tross av tilbygg.
- Kontorene for sosial, arbeid og trygd kan være klare iht NAVs tidsplan, men ikke lokalene for forvaltningsenhet og arbeidslivssenteret, som vil ligge i tilbygg.
- Etablering i to etapper krever en midlertidig løsning for forvaltningsenheten og arbeidslivssenteret i nåværende NAV trygds lokaler (tilstrekkelig areal finnes der) mens tilbygg oppføres.
- Etablering i to etapper krever ekstra kostnader.

#### 2. Tilbudet fra Sem Holding:

- Sentral beliggenhet.
- God tilgjengelighet for brukerne:
  - Gode parkeringsmuligheter, men brukerne må krysse gate for å komme til lokalene.
  - Ligger rett ved buss- og drosjestasjon
- Løsning i 3 plan.
- Samlet løsning for alle enhetene samtidig innenfor tidsfristene NAV har satt.
- Den beste pris.
- Mindre god arealutnyttelse med:
  - Unødvendig store kontorer (hotellrom) som fører til:

- *Utstrakt bruk av kontorlandskap (tilsm 16 arbeidsplasser).*

[...]

*Prosjektgruppas tilrådning er som følger:*

1. *Alv B. Steiro & Sønn.*
2. *Sem Holding*
3. *Galleriet*

*Det er prosjektgruppas oppfatning at tilbudet fra Alv B. Steiro & Sønn gir den totalt sett beste løsningen i forhold til beliggenhet og tilgjengelighet. Løsning i to plan er en fordel framfor de andre prosjektene. Kontorløsningene er totalt sett de beste. Argumenter som trekker i motsatt retning er at totalløsningen, som også innbefatter forvaltningsenhet og arbeidslivssenterenhet, vil kreve et tilbygg og løsninger i midlertidige lokaler, hvor NAV Sortland trygd nå er etablert. Samtidig gir dette muligheter for meget god totalløsning med oppretting av eventuelle forhold som ikke er helt gunstige i utgangspunktet i primærbygget. Prosjektgruppa er av den oppfatning at det er bedre å få den beste løsningen enn en mer kortsiktig løsning som ikke er like god. Prosjektgruppas vedtak er enstemmig.”*

- (8) I brev av 5. juli 2007 ble klager meddelt at kontrakten var tildelt ”en annen tilbyder”. I brevet var det videre opplyst at det i evalueringen av tilbudene var lagt vekt på følgende kriterier:

”• *Sentral beliggenhet.*

• *Godt inneklima.*

• *God sikkerhet.*

• *Best mulig arealøkonomi.*

• *Gode parkeringsforhold.*

• *Enkelt tilgang for funksjonshemmede.*

• *Alle kontorer og rom skal være tilgjengelige for rullestolbrukere.*

• *Innflytting årsskiftet 2007/2008, alternativt februar 2008.”*

- (9) I brev av 16. juli 2007 påklagde Sem Holding AS tildelingsbeslutningen. Klagen ble avslått i innklagedes brev av 14. august 2007. Brevet inneholdt i det vesentlige de samme vurderingene som de som følger av vurderingsgruppens rapport av 20. juni 2007, gjengitt ovenfor. I brev av 21. august 2007 fastholdt Sem Holding AS klagen.

- (10) Etter dette ble saken brakt inn for klagenemnda i brev av 28. august 2007. Innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør ble inngått samme dag.

- (11) Som vedlegg til innklagedes tilsvaer ble det innsendt kopi av vurderingsgruppens rapport og kopi av kontrakten innklagede hadde inngått med valgte leverandør. I kontrakten fremgår det blant annet hvilke priser valgte leverandør har tilbudt.

#### **Anførsler:**

*Klagers anførsler:*

- (12) Prinsipielt anføres det at konkurransen ikke bare gjelder en husleieavtale, men at innklagede også er byggherre i et entrepriseforhold. Dette innebærer at både lov og

forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Det vises til kravspesifikasjonens side 5, hvor det fremgår at både byggeforskriften (TEK) med veiledning (REN), og norske standarder vedrørende prosjektering og utførelse, (i størst mulig grad) skal benyttes. Videre gjelder NS 3420/21 for anleggets utførelse og montasje.

- (13) Subsidiært anføres det at leie av fast eiendom er en tjeneste som faller inn under lov om offentlige anskaffelser.
- (14) Av tilbudsgrunnlaget fremgår det at tilbudte arealer skulle være innflyttingsklare senest i februar 2008, og at arealet skulle være på 2000m<sup>2</sup>. At det også fremgår at innflyttingstidspunktet skulle "avklares senere", henspeiler kun på om tidspunktet skulle være i årsskiftet 2007/2008 eller i februar 2008, og åpner således ikke for at dette kunne skje på et senere tidspunkt. Arealet valgte leverandør har tilbudt innen innflyttingsdatoen er kun på 1000m<sup>2</sup>. Det øvrige arealet vil tidligst være innflyttingsklart i 2009. Ved dette har innklagede brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder i særdeleshet kravet til forutberegnelighet.
- (15) Av innklagedes redegjørelse for kontraktstildelingen i brev av 14. august 2007 fremgår det at klager hadde et betydelig gunstigere pristilbud (ca kr 500/m<sup>2</sup>). Klager kan ikke se at denne prisfordelen er utlignet av de øvrige forhold i valgte leverandørs tilbud. Innklagede har også bygd på feil faktum når det er lagt til grunn at klager "har gode parkeringsmuligheter, men brukeren må krysse gate for å komme til lokalene", jf formuleringen i innklagedes brev av 14. august 2007 hvor vurderingen av klagers tilbud er inntatt. Det er ikke riktig at tilbudte parkeringsplasser medfører at brukeren må krysse gaten for å komme til tilbudte lokaler. Innklagede har dermed brutt lovens § 5, ved at valget av tilbud ikke har skjedd på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. For øvrig er det ikke mulig å etterprøve hvordan innklagede har kommet frem til at klagers tilbud var nest best. Innklagede har heller ikke dokumentert prisene i valgte leverandørs tilbud.
- (16) Det bestrides på det sterkeste at klager ble gitt klar beskjed om at det var stor usikkerhet mht hvor stort areal innklagede ville ha behov for. Hvis dette hadde blitt tilkjennegitt, ville klagers tilbud åpenbart ha tatt hensyn til dette. Det er ikke tilfellet. For klager har kravet til 2000m<sup>2</sup> leieareal og oppgitt innflyttingsdato hele tiden fremstått som ufravikelige forutsetninger.
- (17) Dersom innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser, bes nemnda om å uttale seg om vilkårene for erstatning til klager er oppfylt.

*Innklagedes anførsler:*

- (18) Anskaffelsen er ikke en bygge- og anleggskontrakt. At innklagede i kravspesifikasjonens side 5 punkt 3.1 (1) og (3) stiller krav om at utleier må følge de alminnelige regler mv for prosjektering og utførelse forandrer ikke på dette. Slike vilkår er ikke uvanlige ved forberedelse og tilpasning av lokaler i større leieavtaler. Det er utleiers ansvar at aktuelle myndighets- og forskriftskrav er overholdt for det ferdige lokalet.
- (19) Kontrakten som er inngått er en reell leiekontrakt, også for tilbyggets del. Innklagede er ikke i realiteten blitt stilt som en byggherre i et entrepriseforhold. Leiekontrakten

gir ikke innklagede rett til å bli eier. Det foreligger ingen opsjon på kjøp eller forkjøpsrett ved et eventuelt salg av leielokalene. Leieprisen er i samsvar med markedsprisen for leie av denne type lokaler, og er ikke ment å dekke utleiers byggekostnader ved tilbygget. Leieprisen på tilbygget er 15 % høyere enn prisen for leie av det eksisterende bygg, da markedsleien for nybygg er høyere enn prisen for leie av eksisterende bygg.

- (20) Det bestrides ikke at leie av kontorlokaler er en tjeneste som faller inn under lov om offentlige anskaffelser, jf klagenemndas sak 2007/20. Derimot følger det av forskriftens § 1-3 (2) bokstav b at leie av eksisterende bygg faller utenfor forskriften. Videre vil innklagede hevde at intensjonen bak bestemmelsen også tilsier at leie av bygg som eksisterer på overtakelsestidspunktet omfattes av unntaket. Til støtte for dette vises det til klagenemndas avgjørelse i sak 2007/20. Videre vises det til Sue Arrowsmith *"The law of public and utilities procurement"* (1996) side 157, hvor det fremgår at: *"..the concept of "existing" buildings should be construed to cover those which exist at the time of transfer, not just at the time of contract..."*.
- (21) Slik innklagede forstår klagers neste klagepunkt, anføres det her at kravet til forutberegnelighet er brutt ved at innklagede har tildelt kontrakten til en tilbyder som ikke har tilbudt å dekke innklagedes samlede arealbehov innen det tidspunkt som var oppgitt for ønsket innflytting. Innklagede kan ikke se at regelverket er brutt ved at det er akseptert at lokalene i tilbygget først blir tilgjengelige i årsskiftet 2008/2009. NAV er for tiden under stor omstilling. Det skal etableres nye NAV kontorer lokalt, og mange av funksjonene som tidligere er utført av Aetat og Trygdekontoret skal i fremtiden utføres av spesialenheter. Lokalene som foreløpig er tilgjengelige vil dekke arealbehovet for NAV Sortland. Ytterligere areal skal benyttes av NAV Nordland forvaltning, som er en ny spesialenhet som skal opprettes. Det er foreløpig ikke avklart hvor mange personer som skal inngå i enheten. Innklagede har derfor kommet til at det ikke er behov for samtlige 2000m<sup>2</sup> leielokale allerede fra årsskiftet 2007/2008. Manglende areal til spesialenheten vil i en overgangsfase løses ved midlertidig forlengelse av eksisterende leieavtale. Dette er samlet sett den økonomisk mest fordelaktige løsningen for innklagede. Videre pekes det på at innflyttingstidspunktet som var oppgitt i konkurransegrunnlaget kun var et *"ønsket"* tidspunkt, og at det dessuten fremgikk at det endelig tidspunkt for innflytting måtte *"avklares senere"*. Dette må da forstås som senere i anskaffelsesprosessen. For øvrig kan nevnes at det lokalet som er tilbudt fra årsskiftet er på 1200m<sup>2</sup>, og ikke på 1000m<sup>2</sup>, slik klager har anført. Dette innebærer at tilbygget som skal oppføres kun er på 800m<sup>2</sup>, det vil si ca 40 % av det totale leieareal. Det er også mulig at dette arealet blir noe redusert. I forhandlingene ble det også gitt klar beskjed om at det var stor usikkerhet mht hvor stort areal innklagede hadde behov for. Det er lite sannsynlig at klagers leiepris ville blitt endret, selv om innklagede ikke ville ha behov for hele leiearealet fra årsskiftet 2007/2008. Det må kunne legges til grunn at klager i sitt tilbud la til grunn en antatt markedspris for de lokalene som ble tilbudt, og at eventuell nedjustering i det areal som innklagede skulle disponere fra nyåret ikke ville påvirke disse prisene.
- (22) Prisforskjellen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud er betydelig mindre enn det klager har anført. Klagers leiepris er på kr 1490/m<sup>2</sup>, mens valgte leverandørs gjennomsnittlige leiepris, etter innklagedes beregninger ut fra antatt fordeling av arealbruk mellom eksisterende bygg og nytt bygg, er på kr 1640/m<sup>2</sup>. Dette utgjør en

prisdifferanse på kr 150/m<sup>2</sup>, og ikke kr 500/m<sup>2</sup>, slik klager har anført. Innklagedes beregninger av valgte leverandørs tilbud baserte seg på følgende fordeling av arealbruken med tilhørende leiepris: eksisterende lokaler 1100 m<sup>2</sup> à kr 1600/ m<sup>2</sup>, nybygg 800 m<sup>2</sup> à kr 1850/ m<sup>2</sup>, og kjeller 100 m<sup>2</sup> à kr 400/ m<sup>2</sup>. I beregningen ble det ikke tatt hensyn til at kostnadene ved leie av nybygget først vil begynne å løpe fra tilbygget tas i bruk.

- (23) Innklagede kan ikke se at det er lagt til grunn feil faktum når det gjelder klagers tilbudte parkeringsløsninger.
- (24) Innklagede har vurdert tilbudene ut fra en samlet vurdering av kravspesifikasjonen. Dette tilfredsstiller kravet om tildeling av kontrakt på objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Hvilke kriterier som ble brukt fremgår av evalueringsgruppens rapport av 20. juni 2007. Kriteriene ble opplyst klager i tildelingsmeddelelsen av 5. juli 2007, og vurderingene som ble gjort av klager og valgte leverandør ble opplyst klager i brevet av 14. august 2007. Dermed er også kravet til etterprøvbarehet av innklagedes rangering ivaretatt.

**Klagenemndas vurdering:**

- (25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

*Hvorvidt forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse*

- (26) I forskriftens § 1-3 (1) er det fastslått at forskriften får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester og utførelse av bygge- og anleggsarbeid, med mindre det finnes et særskilt unntak fra dette. I bestemmelsens andre ledd er det så angitt noen nærmere spesifiserte kontrakter som ikke skal være omfattet av forskriften. I (2) bokstav b fremgår det at forskriften ikke får anvendelse på kontrakter om leie av "eksisterende" bygninger.
- (27) I denne saken må det først tas stilling til om forskriften kommer til anvendelse. Det beror på om kontrakten er en bygge- og anleggskontrakt eller en leieavtale som faller utenom forskriften etter unntaksregelen i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b.
- (28) Av tilbudsgrunnlaget fremgår det at utleier skal stille til disposisjon et kontorlokale som totalt er på ca 2000m<sup>2</sup>. Lokalene skal være innredet etter innklagedes nærmere spesifikasjoner. Oppdragsgiver skal ikke bli eier av arealene. I valgte leverandørs tilbud fremgår det at 1200m<sup>2</sup> tilbys i et lokale som allerede eksisterer på kontraktstidspunktet. Lokalet må likevel innredes etter oppdragsgivers spesifikasjoner. Når det gjelder de resterende 800m<sup>2</sup>, tilbys disse i et tilbygg til det eksisterende lokalet. Det er utleier som skal oppføre og innrede nybygget. Etter kontrakten som er tildelt skal lokalene i nybygget være ferdigstilt innen 15. desember 2008 med sikte på ibrukttagelse fra 2009. Nybygget utgjør 40 % av det totale leieareal. Det er visstnok mulig at nybyggets areal blir redusert noe.
- (29) De plikter utleier er pålagt i forbindelse med innredningen av lokalene er etter nemndas oppfatning i samsvar med det som er vanlig i denne type kontrakter. Det bemerkes her at det i større private eller offentlige leiekontrakter ikke er uvanlig at utleier pålegges å utforme leielokalene i samsvar med innklagedes spesifikasjoner. Videre er det ut fra innsendt dokumentasjon klart at oppdragsgiver ikke vil ha noen

større innflytelse på det ombyggingsarbeidet som skal gjøres enn det som en leietaker vanligvis vil ha. Selv om det ferdige produkt skal være i samsvar med de spesifikasjoner innklagede har oppgitt, er det ingenting som tyder på at innklagede for eksempel vil ha noen innflytelse på valg av entreprenør, rådgivende ingeniør osv. Videre er det tilbyder som vil ha den økonomiske risikoen for de ut- og ombyggingsarbeider som må gjøres, og det er ingenting som tyder på at leien er fastsatt slik at denne i realiteten skal dekke disse kostnadene. Etter det opplyste er leien fastsatt i samsvar med det som er vanlig markedsleie for denne type lokaler. Når det gjelder leietiden er denne oppgitt til å være 10 år pluss opsjon på 5 + 5. Heller ikke det kan synes uvanlig lenge i denne type kontrakt. Videre har innklagede ingen rett til å bli eier av bygget. Det foreligger verken kjøpsopsjon eller forkjøpsrett ved et eventuelt salg. Når det gjelder partenes rettigheter og plikter i leieperioden synes også disse å være helt i samsvar med det som er vanlig i et leieforhold. Arealet med tilliggende tomt tilhører i hele kontraktsperioden tilbyder

- (30) Nemnda antar etter dette at unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b fortsatt vil gjelde selv om kontrakten som faktisk kommer til utførelse endrer karakter i og med at utleier etter tildeling skal ferdigstille deler av leiearealet med sikte på senere utleie i 2009. Det er fortsatt tale om en leieavtale som skal oppfylles i to etapper og etter klargjøring og ferdigstilling av utleier for oppdragsgivers behov. Klagenemnda legger da til grunn at kontrakten er utlyst og tildelt som en leieavtale og at den dermed faller utenom forskriften etter unntaksbestemmelsen i § 1-3 (2) bokstav b.
- (31) Når forskriftens § 1-3 (1) omfatter bygge- og anleggsarbeider, må dette forstås som oppføring av bygg eller anlegg for en byggherre som skal overta bygget som eier. I det foreliggende tilfelle er leieformålet det sentrale og tilsier at forskriften ikke kommer til anvendelse.
- (32) Selv om forskriften ikke kommer til anvendelse, vil loven gjelde for anskaffelsen. Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider uten de begrensninger i virkeområdet som gjelder for forskriften etter § 1-3 (2) bokstav b. I klagenemndas sak 2007/20 behandlet nemnda en sak som omhandler dette. Det aktuelle utleieobjekt bestod av et eksisterende bygg og et nybygg (påbygg på eksisterende bygning), hvor nybygget utgjorde ca 20 % av det totale leiearealet. Her la nemnda til grunn at en kontrakt hvor det var benyttet standard husleieavtale, vanlige vilkår for utleiers plikt til å innrede utleieobjektet og hvor innklagede ikke hadde rett til å bli eier, måtte anses som en tjenestekontrakt om leie av fast eiendom. Nemnda anså den inngåtte avtalen som en reell leieavtale, også for nybyggets del, og kunne ikke se at oppdragsgiver ved inngåelsen av husleieavtalen i realiteten var stilt som en byggherre i et entrepriseforhold. Nemnda viser til den prinsipielle drøftelse som ble gjort i premissene (28) til (32) med enkelte modifikasjoner som ikke får betydning i vår sak. Nemnda konkluderte her med at loven kommer til anvendelse selv om ikke gjør det. Klagers øvrige anførsler i denne saken vil derfor bli vurdert ut fra lovens bestemmelser.

#### *Overtakelsestidspunktet for leielokalene*

- (33) Klager har anført at det fremgikk av tilbudsgrunnlaget at tilbudte leiearealer på totalt 2000m<sup>2</sup> skulle være innflyttingsklare senest i februar 2008, og at det dermed er i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5, særlig kravet til forutberegnelighet, å

akseptere et tilbud hvor deler av lokalene først vil være klar til bruk ved årsskiftet 2008/2009.

- (34) Av kravet til forutberegnelighet følger det at oppdragsgiver må forholde seg til den informasjon som er gitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget når han senere skal vurdere de innkomne tilbud.
- (35) I tilbudsgrunnlaget side 1 var det konkret uttalt følgende: ”Ønsket innflytting innen årsskiftet 2007/2008. (Alternativt ca februar 2008, avklares senere).” Spørsmålet her blir derfor hvordan dette nærmere må forstås.
- (36) For nemnda er det avgjørende her at det allerede i uttalelsens ordlyd fremgår at de oppgitte innflyttingstidspunkt er ”ønsket”. Det vil si at dette ikke er noe absolutt minstekrav. Etter nemndas vurdering blir det riktige da å vurdere tilbudenes tilbudte innflyttingstidspunkt ut fra hvor nært opp til årsskiftet 2007/2008 eller februar 2008 innflytting tilbys. Av innklagedes evalueringsrapport fremgår at det er nettopp dette innklagede har gjort både når det gjelder evalueringen av de tilbud som det ble valgt å gå videre med – og ved den endelig tildeling. I det som gjelder etterspørsel etter aktuelle lokaler til leiebruk for en offentlig etat som innklagede, må det etter nemndas oppfatning godtas en viss frihet til å vurdere hensiktsmessighet ut fra hva som kan oppnås i markedet på det aktuelle tidspunkt. Ut fra hva som er tilgjengelig må det etter nemndas oppfatning godtas at oppdragsgiver avfinder seg med at en løsning som ikke er den optimale forskyves til en oppdeling mellom innflyttingsklare lokaler på kort sikt og utvidelse ved nybygg som først kan stilles til disposisjon på et noe senere tidspunkt. Nemnda kan være enig i at konkurransegrunnlaget kunne vært utformet mer presist og med større spillerom i valg mulighetene, men mener allikevel at potensielle utleiery i markedet må ha forstått at det kunne bli tale om modifikasjoner og tilpasninger over noen tid som her ved tilbudte innflytting først ved årsskiftet 2008/2009. Nemnda kan derfor alt i alt ikke se at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet på dette punkt.

#### *Leiearealets størrelse*

- (37) Klager har anført at det ikke er gitt opplysning om at leiearealets størrelse var usikkert, og at dersom dette var blitt opplyst, ville dette påvirket klagers tilbudte leiepris. Innklagede har anført at det under forhandlingene ble gitt klar beskjed om at det var stor usikkerhet mht hvor stort leieareal innklagede hadde behov for, og at det er lite sannsynlig at klagers leiepris var avhengig av om innklagede har behov for hele leiearealet fra årsskiftet 2007/2008.
- (38) Kunngjøringen og konkurransegrunnlaget omhandler lokaler med arealangivelse ”ca 2000 m<sup>2</sup>”. Det var dette tilbyderne i saken først og fremst skulle forholde seg til. Det er omstridt hvorvidt den totale arealangivelse ble fraveket eller justert under forhandlingene. En tildeling som bare reguleres av lovens bestemmelser må skje under iakttagelse av likhetsprinsippet og prinsippet om forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Nemnda har imidlertid ikke grunnlag for å anta at utleier har brutt slike krav i denne saken og har ikke holdepunkt for å anta at det valg som ble gjort fikk de prismessige konsekvenser som klager har anført. Nemnda må ut fra det opplyste videre anta at løsningen med oppdeling mellom umiddelbar leie av 1200 m<sup>2</sup> med utbygging av supplerende arealer 800 m<sup>2</sup> til 2009 må ha fremstilt seg som et akseptabelt alternativ uten ulemper eller merkostnader som veies opp av klagers

kvaliteter i dennes tilbud. Heller ikke en slik vurdering ut fra markedssituasjonen kan ses som uventet eller atypisk etter lovens § 5. Nemnda peker her på at forhandlinger om leie av lokaler i et eksisterende marked rimeligvis må anses på en annen måte enn kjøp av varer, tjenester eller bygg som skal innfri mer spesifikke krav fra oppdragsgivers side. Det handler kort sagt å gjøre et valg der det ideelt sett ønskelige må holdes opp mot hva markedet kan tilby basert på eksisterende bygg eller bygg som kan ferdigstilles innen en akseptabel tidshorisont.

*Hvorvidt innklagedes tilbudsevaluering har skjedd på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier*

- (39) Under dette punkt har klager uttalt at han ikke kan se at prisfordelen i klagers tilbud er utlignet av fordelene i valgte leverandørs tilbud. Klager angriper med dette den vurdering innklagede har gjort. Nemnda kan bare prøve om det skjønne innklagede har utøvd må anses uforsvarlig, usaklig eller bygd på feil faktum.
- (40) Så vidt klagenemnda kan se, er prisforskjellen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud kr 150/m<sup>2</sup> og ikke kr 500/m<sup>2</sup>, slik klager har hevdet. I innklagedes evalueringsrapport angis det for øvrig konkret hvilke forhold innklagede anser som bedre i valgte leverandørs tilbud, sammenlignet med klager. Det nevnes her for eksempel bedre tilgjengelighet for brukerne, bedre parkeringsmuligheter, kontorer på 2 plan istedenfor 3 og bedre arealutnyttelse. Ut fra dette kan nemnda ikke se at det var uforsvarlig av innklagede å legge til grunn at disse forhold kunne utligne klagers prisfordel.
- (41) Klager har videre anført at innklagede har bygd på feil faktum når det i tilknytning til klagers tilbudte parkeringsløsning er lagt til grunn at "*brukeren må krysse gate for å komme til lokalene*". Innklagede på sin side har bestridt at dette er feil. Uten nærmere dokumentasjon i form av tegninger e l kan klagenemnda ikke ta stilling til dette.
- (42) Av kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 følger det at innklagede må kunne dokumentere hvordan de ulike tilbydernes tilbud er vurdert under de enkelte tildelingskriterier.
- (43) I innklagedes brev av 14. august 2007 ble klager meddelt hvilke vurderinger innklagede hadde gjort av hhv klagers og valgte leverandørs tilbud. Her fremgår det hvordan innklagede vurderte tilbyderne under følgende tildelingskriterier: \* sentral beliggenhet, \* best mulig arealøkonomi, \* gode parkeringsforhold, \* enkel tilgang for funksjonshemmede og \* innflytting årsskiftet 2007/2007, alternativt februar 2008. Hvordan tilbyderne ble vurdert under kriteriene: \* godt innklima og \* god sikkerhet, fremgår ikke. Videre er nemnda usikker på hvorvidt det som fremgår om tilgang for funksjonshemmede også må forstås slik at dette inkluderer en vurdering av kriteriet: \* alle kontorer og rom skal være tilgjengelige for rullestolbrukere. Disse forhold er ikke eksplisitt omtalt i innklagedes evaluering.
- (44) I innklagedes tilsvaer var det vedlagt en kopi av evalueringsrapporten av 20. juni 2007. Denne inneholder i det vesentligste de samme vurderingene som de innklagede ga uttrykk for i brevet av 14. august 2007. Det vil si at heller ikke denne angir hvordan innklagede vurderte kriteriene: \* godt innklima, \* god sikkerhet og \* alle kontorer og rom skal være tilgjengelige for rullestolbrukere.

- (45) Det kan reises spørsmål om innklagede burde kommentert alle kunngjorte tildelingskriterier, særlig siden formalia i saken er lagt nokså nær det som ville gjeldt ved en ordinær tildeling etter forskriften, der det etter nemndas praksis kan være dekning for å kreve at samtlige kriterier skal vurderes etter forskriftens § 11-14 (4) og § 20-16 (4). Nemndas er imidlertid kommet til at innklagede ved sin begrunnede beslutning om at Steiros tilbud om leie i etapper med de kvaliteter som der ble tilbudt alt i alt var et bedre tilbud enn klagerens var tilstrekkelig til å oppfylle kravene i anskaffelsesloven § 5.

**Konklusjon:**

NAV i Nordland har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser på de punkter klager har anført.

For klagenemnda,

3. desember 2007

  
Kai Krüger