



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Klagenemnda ila Vinje kommune et gebyr på 2 200 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider ved kjøp av parkeringskjeller. Klagenemnda fant at unntakene fra kunngjøringsplikt ikke kom til anvendelse, og at innklagede hadde utvist grov uaktsomhet ved å tildele kontrakt direkte.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 21. april 2010 i sak 2009/53**

**Klager:**        **Haukeli og Edland Næringslag c/o Haukeli hytter og Hus AS**

**Innklaget:**    **Vinje kommune**

**Klagenemndas medlemmer:** Per Christiansen, Siri Teigum, Jakob Wahl.

**Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider ved kjøp av parkeringskjeller og illeggelse av overtredelsesgebyr.

### **Innledning:**

- (1) Det vises til klage fra Haukeli og Edland Næringslag c/o Haukeli Hytter og Hus AS 19. mai 2009. Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at Vinje kommune (heretter kalt innklagede) ilegges et gebyr på 2 200 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (2) Innklagede inngikk 9. november 2007 en samarbeidsavtale med Fristad Eiendom AS om å utvikle Åmothaugen som et handelssentrum. Fristad Eiendom AS eide da allerede et kjøpesenter på Åmothaugen (Fristad I bygget). Dette kjøpesenteret skulle utvides, og samarbeidsavtalen mellom Fristad Eiendom AS og innklagede fastsatte at innklagede gjennom grunnkjøp skulle sikre det arealet som Fristad Eiendom AS trengte til den nye delen av kjøpesenteret (Fristad II bygget). Samarbeidsavtalen inneholder også en bestemmelse om at innklagede skulle bygge en parkeringskjeller, og denne skulle ligge under den nye delen av kjøpesenteret. Fra samarbeidsavtalen hitsettes:

*”Avtale om Åmothaugen*

*Mellom*

*Vinje kommune (som tilretteleggjar)*

*Og*

*Fristad Eiendom AS (som utviklar)*

*Er det slutta slik avtale:*

#### *1. Avtala*

*Denne avtala gjeld samarbeid om utvikling av Åmothaugen som eit handelssentrum.*

*Fristad Eiendom AS pliktar seg til å utvikle handelsverksemd på det arealet som blir stilt til rådevelde.*

#### *2. Reguleringsplanen frå 06.09.2007*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00

Faks: +47 55 59 75 99

E-post:

postmottak@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

*Det skal leggjast fram ei sak til fyste kommunestyremøte, der rådmannen rår til at ein startar opp arbeid med på endre den nyleg vedtekne reguleringsplanen for Åmothaugen i tråd med plan- og bygningslovas § 28-1, jf. vedtak i formannskapet av 27.09.07 i sak 07/80.*

*Denne avtala fell bort dersom kommunestyre ikkje fattar endringsvedtak som nemnt ovafor.*

### *3. Tilkomst til varelevering*

*Tilkomstveg for varelevering mellom Bankbygget og Coop skal sikrast i ny reguleringsplan.*

*Tilkomstveg for varelevering mellom Bankbygget og Fristadsenteret skal sikrast i ny reguleringsplan.*

### *4. Overtaking av areal*

*Vinje kommune sikrar gjennom grunnkjøp det byggje- og parkeringsarealet som Fristad Eiendom AS treng til Fristad II- prosjektet.*

*Fristad Eiendom AS er kjøper av dette arealet.*

### *5. Prosjekteringskostnader og parkeringskjellar*

*Vinje kommune dekkjer prosjekteringskostnader for offentleg parkeringskjellar, eventuelle omsorgsbustader i Fristad II- bygget og Fristad II bygget elles med kr. 400. 000,-.*

*Vinje kommune bygger ein offentleg parkeringskjellar under Fristad II bygget.*

*Parkeringskjellaren skal eigast av Vinje kommune og storleiken skal fastsetjast av Vinje kommune. Dimensjonering blir i høve til storleik, talet på etasjar og type bygg Fristad Eiendom AS vel å sette opp. Framføring av vatn, avlaup og elektrisk inn til respektive koplingsentral i Fristad II bygget og tilkoplingsavgift for vatn/avlaup blir ikkje belasta (jf. pkt. 6). Vinje kommune skal og koste planering av kollen og asfaltering av tomte så langt det er naturleg flatt.*

### *6. Erstatning og oppgjer*

*Fristad Eiendom AS meiner å ha eit økonomisk tap som fylgje av at vedtaket frå Formannskapet ikkje blei fylgt opp i 2005. Tapet er i hovudsak knytt til differansen på oppføring av Fristad II-bygget frå fremforhandla kjøp av bygg i 2005 til nytt bygg no i 2007/2008. Tapet er og knytt til driftstap med 2 års forsinka drift av Fristad II-bygget. I tillegg kjem driftstap knytt til "nedleggingsreklame" som fylgje av sakshandsaminga i Vinje kommune.*

*Som ledd i oppfylginga av denne avtala, fråfell Fristad Eiendom AS krav mot Vinje kommune for tap nemnt i dette punktet.*

### *7. Føremål, intensjonar og plikter*

*Fristad Eiendom AS har som føremål å skape handelsverksemd og parkeringstorg på arealet dei får gjennom denne avtala. Parkeringstorget skal kunne nyttast både av kundar til Fristadbygget, Bankbygget, Coop, kommunen og til ny verksemd på Åmothaugen. Kommunen har ansvar for sumar- og vedlikehald av alt felles uteareal.*

*Dersom Vinje kommune ynskjer det, pliktar Fristad Eiendom AS seg til å byggje eit tal omsorgsbustader i ein eigen etasje i Fristad II- bygget utforma etter kommunens ønske.*

*Dersom Vinje kommune ønskjer det, pliktar Fristad Eiendom AS seg til på stutt tid å ferdigstille naudsynte lokale til eit eventuelt Landbruks- og Næringsssenter i 2.etasje i Fristad I bygget. Det er lyse og trivelege lokale som er optimale for kontor/kontorlandskap, og som oppfyller alle offentlege krav og forskrifter. Ein legg same avtaleverk til grunn som ein har benytta på Bankbygget.*

#### *8. Gjennomføring*

*Arbeidet med den nye reguleringsplanen for Åmothaugen skal vere ferdig innan 01.08. 2008.”*

- (3) Innklagede innhentet en juridisk vurdering om forholdet til regelverket for offentlige anskaffelser i forbindelse med utbyggingen av parkeringskjelleren. Av det juridiske notatet fra Advokatfirmaet Rhode Garder, datert 26. mars 2008 fulgte:

*”Jeg legger følgende faktum til grunn for min vurdering og ber om tilbakemelding hvis dette ikke er korrekt. Vinje kommune ønsker å etablere en parkeringskjeller under Fristad II bygget. Parkeringskjelleren skal eies, driftes og finansieres av kommunen. Det er antatt at det vil koste ca. 6 mill å bygge ut parkeringskjelleren. Fristad II bygget, som står over parkeringskjelleren, har ikke kommunalt eierskap og er eid av Fristad Eiendom AS. Over parkeringskjelleren skal det bygges et forretningsbygg/utvide eksisterende bygg. Dette skal i utgangspunktet gjøres og finansieres av Fristad Eiendom AS.*

*Problemstillingen i saken er hvorvidt Fristad Eiendom AS også kan prosjektere og foreta utbyggingen av parkeringskjelleren selv om denne skal eies og driftes av kommunen, eller om dette arbeidet må konkurransenutsettes etter regelverket om offentlige anskaffelser.*

*[...]*

*Det er min oppfatning at det ikke har kommet frem faktiske forhold som gjør det forsvarlig å konkludere med at byggingen av parkeringskjelleren faller utenfor regelverket om offentlige anskaffelser. Vinje kommune bør således ta kontakt med Fristad Eiendom AS for å finne en best mulig løsning på hvordan planleggingen og utbyggingen kan gjennomføres.[...]”*

- (4) Den 3. november 2008 ble kontrollutvalget i Vinje kommune innkalt til møte i forbindelse med arbeidet rundt utviklingen av Åmothaugen som handelssentrum. Av internt notat 25. september 2008 fremgår det at utvalgets sekretariat oppfordret kontrollutvalget til å belyse nærmere hvorvidt arbeidet rundt videreutviklingen av Åmothaugen var i samsvar med lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Av notatet fremgår at kontrollutvalget fattet følgende vedtak i 16. september 2008:

*”Kontrollutvalet ber Telemark Kommunerevisjon IKS gjennomføre eit forvaltningsrevisjonsprosjekt som ser på om arbeidet rundt videreutvikling av Åmothaugen er gjennomført i samsvar med gjeldande lovar og forskrifter og med avtale om Åmothaugen mellom Vinje Kommune og Fristad Eiendom AS. Kontrollutvalet ynsker at arbeidet vert følgd frå oppstart til slutt, og ynskjer å få delrapportar undervegs. Dette prosjektet vert prioritert.”*

- (5) Av brev til Vinje kommunestyre fra kontrollutvalget, sendt 3. november 2008 fremgår videre:

*”Vinje Kontrollutval har handsama spørsmål om arbeida på Åmothaugen. Kontrollutvalet har bestilt eit forvaltningsrevisjonsprosjekt frå Telemark Kommunerevisjon IKS for å få belyst alle sider ved denne saka, og vil gje attendemelding til kommunestyret om resultatet av dette prosjektet.*

*Kontrollutvalet er kritisk til at Vinje kommune i denne saka har brote lov om offentlege innkaup. Dette er svært beklageleg, og kontrollutvalet ber kommunestyret om å sørgje for at Vinje kommune held seg til gjeldande lovar og reglar, se også lov om offentleg innkaup.”*

- (6) Rådmannen i Vinje kommune kom med følgende uttalelse i anledning avtalen mellom Fristad Eiendom AS og innklagede av 9. november 2007 (forut for kommunestyrets møte 29. januar 2009):

*”Slik [utbyggingen av parkeringskjeller] er lagt opp syner det seg vanskeleg for Vinje kommune å stå for bygging av ein parkeringskjellar under eit bygg som skal byggjast og eigast av andre om ein samstundes skal taka omsyn til reglane om offentleg innkjøp. [...]*

*I tråd med som tidligare er varsla gjer rådmannen nå framlegg om at avtala endrast. Rådmannen meiner dette kan gjerast ved at 1.setning i 2. avsnitt i punkt 5 som lyder slik:*

*Vinje kommune bygger ein offentleg parkeringskjellar under Fristad II bygget, endrast til Vinje kommune kjøper ein offentleg parkeringskjellar under Fristad II bygget.*

*Framlegget er drøfta med revisjonen som meiner at ei slik endring vil endre premissene for forvaltningsrevisjonen vesentleg. Ein vil unngå dei problemstillingane som er knytt til at kommunen må sette slik arbeid ut på offentleg anbod. Reint kjøp av eigedom som her er ikkje omfatta av dei same reglane.*

*[...]*

*Talet på parkeringsplassar i kjellaren (125) har vore kjend av kommunen og låg til grunn for den reguleringsplanen som blei handsama av kommunestyret 4. september 2009.*

*[...]Rådmannen vil rå til at kommunestyret aksepterer den endringa og presiseringa av avtala som ein her legg opp til. Det ryddar opp i problema knytt til reglane om offentlege innkjøp, det gjer kommunen garanti for kva som skal betalast, risikoen for kostnadsoverskridingar ligg på utbygger og det sikrar at det nye forretningsbygget vil stå ferdig som planlagt i våren 2010.*

*Dei budsjettmessige konsekvensane av avtala vil rådmannen ta opp i fyste budsjettrevisjon.*

*Blir endringa ikkje vedteken er det stor fare for at utbygginga vil bli lagt på is og at Fristad Eigedom og avviklar eksisterande forretningsverksemd i Åmot. Det ville vera ei utenkeleg utvikling. I tillegg vil kommunen og kunne bli møtt med eit erstatningskrav .*

*Rådmannen vil minne om at det var eit varsel om nedlegging og erstatningkrav på 20 millionar kroner som låg til grunn for den avtala som blei framforhandla i 2007. Nå er det ikkje rådmannens oppgåve å svartmale situasjonen, men det der rett å gjera merksam på dei signala som er kome frå utbygger så i løpet av prosessen.*

*Rådmannens framlegg til vedtak:*

*I avtala mellom Fristad Eiendom AS og Vinje kommune vedteken i kommunestyret 18.10.07 skal 1. setning i 2. avsnitt i punkt 5 endrast frå "Vinje kommune bygger ein offentlig parkeringskjellar under Fristad II bygget" til "Vinje kommune kjøper ein offentlig parkeringskjellar under Fristad II bygget for kr. 27.400.000,-"*

- (7) Den 23. januar 2009 vedtok formannskapet følgende innstilling:

*"1. I avtala mellom Fristad Eiendom AS og Vinje kommune vedteken i kommunestyret 18.10.07 skal 1.setning i 2. avsnitt i punkt 5 endrast frå "Vinje kommune bygger ein offentlig parkeringskjellar under Fristad II bygget" til "Vinje kommune kjøper ein offentlig parkeringskjellar med 125 plassar under fristad II bygget for kr. 27. 400.000,-"  
2. Det blir utarbeidd ei spesifisert kjøpsavtale for kjellaren i samsvar med framlagte prosjektdokument, dagsatt 17.12.08 og 20.01.09, frå 3D Arkitekter og Sweco.  
3. Vinje kommune får innsyn i prosjektet og fylgjer byggeprosessen tett framover.  
4. Rådmannen tek dei budsjettmessige konsekvensane av avtala opp i fyste budsjettrevisjon."*

- (8) I forbindelse med innstillingen sendte Advokatfirmaet Tenden 28. januar 2009 et brev til rådmannen per e-post. Fra notatet hitsettes:

*"[...]Det synes etter min oppfatning åpenbart at eventuell inngåelse av avtale i samsvar med formannskapets innstilling vil være ulovlig og ugyldig.*

*Det påpekes i denne forbindelse at de nærmeste kosmetiske endringer som er foretatt ved å endre beskrivelsen av kommunens anskaffelse fra å bygge til å kjøpe en offentlig parkeringskjeller; selvfølgelig ikke medfører at tiltaket faller utenfor lov om offentlige anskaffelser. [...]"*

- (9) Formannskapets innstilling vedrørende endring av avtalen datert 9. november 2007 ble vedtatt i kommunestyret 29. januar 2009. Fristad Eiendom AS og innklagede inngikk 10. mars 2009 følgende tilleggsavtale til avtalen datert 9. november 2007:

*"I avtala mellom Fristad Eignedom AS og Vinje kommune vedteken i kommunestyret 18.10.07 skal 1. setning i 2. avsnitt i punkt 5 endrast frå "Vinje kommune bygger ein offentlig parkeringskjellar under Fristad II bygget" til "Vinje kommune kjøper ein offentlig parkeringskjellar med 125 plassar under Fristad II bygget for kr. 27. 400.000,"*

- (10) Innklagede inngikk 11. mai 2009 endelig avtale om kjøp av parkeringskjeller med Fristad Eiendom AS. Avtalen bygget på den opprinnelige avtalen fra 9. november 2007 og tilleggsavtalen fra 10. mars 2009. Kjøpesummen var i avtalen opplyst å være 27 400 000 NOK.

- (11) Haukeli og Edland Næringslag c/o Haukeli Hytter og Hus AS (heretter kalt klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 19. mai 2009.
- (12) Klagenemnda sendte 9. desember 2009 forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 2 200 000 kroner, som utgjør ca 8 prosent av kontraktens verdi. Klagenemnda mottok ytterligere anførsler fra innklagede som det er redegjort nærmere for under innklagedes anførsler. Klagenemnda mottok også utfyllende dokumentasjon fra innklagede. På bakgrunn av innklagedes kommentarer til forhåndsvarselet sendte klagenemnda 16. mars 2010 et nytt forhåndsvarsel til innklagede hvor gebyret ble opprettholdt.
- (13) Når det gjelder spørsmålet om i hvilken grad innklagede har vært involvert i byggeprosessen har innklagede fremlagt en uttalelse fra 3D arkitekter AS datert 23. desember 2009 ved Øystein Nordskog. Av denne fremgår det at Nordskog ikke oppfattet det slik at innklagede hadde noen preferanser om utbyggingen av parkeringskjelleren, og at det eneste innspillet fra innklagede var at man anså parkeringsbehovet som skulle dekkes til et sted mellom 110 og 150 biler. Nordskog har videre uttalt at innklagede ikke var involvert i prosjekteringsfasen, bortsett fra at innklagede var klar over at det pågikk prosjektering. I uttalelsen fra Nordskog fremgår det videre at det skyldtes en misforståelse når det i notatet av 20. januar 2009 fremgikk at innklagede skulle hatt en prosjektleder for anskaffelsen. I notatet fra Nordskog er det videre forklart at arbeidene ble konkurranseutsatt gjennom en privat anbudskonkurranse. Anbudsgrunnlaget ble sendt alle de fire store entreprenørene som opererer i midt- og vest- Telemark, og det var stor interesse blant entreprenørene om dette anbudet.
- (14) Innklagede har også fremlagt møtereferat fra byggemøter hvor det fremgår at innklagede ikke har vært representert på byggemøtene, og at innklagede heller ikke hadde fått kopi av byggemøtereferatene. Innklagede har også fremlagt bekreftelser fra involverte parter i prosjektet om at de kun har forholdt seg til selger og ikke til Vinje kommune.
- (15) Ordfører Arne Vinje har også skrevet et notat datert 1. februar 2010 hvor det er redegjort for bakgrunnen for kjøpet av parkeringskjelleren. Bakgrunnen for at spørsmålet om parkeringskjeller kom opp var arealsituasjonen i området, men det er uklart hvem som lanserte muligheten for å bygge parkeringskjelleren. Videre fremgår det i notatet at det ikke var meningen med formuleringen i avtalen 9. november 2007 at innklagede skulle bygge parkeringskjelleren. Poenget var at parkeringskjelleren, i motsetning til selve forretningscenteret, var et offentlig ansvar og skulle ha kommunalt eierskap.
- (16) Innklagede har også fremlagt en redegjørelse fra Jan Myrekrok datert 28. januar 2010 som er plan- og økonomisjef hos innklagede. Av redegjørelsen fremgår det følgende:

*"I samband med handsaminga av ei endra avtale i formannskap og kommunestyre, tok administrasjonen som utgangspunkt at dei endra formuleringar i avtaleteksten, ville ivater omsynet til innkjøpslovgjevinga på ein god måte.*

*Dagen før kommunestyremøtet mottok kommunen brav frå advokatfirma Tenden, som mellom anna inneholdt påstand om at ei endring av avtala ville vere i strid med innkjøpslovgjevinga. Vinje kommune tok då kontakt med advokat Esther Rohde Garder med forespurnad om hennar vurdering av tilhøvet til lovverket når det gjaldt avtala om*

*Åmothaugen. Underteikna fekk tilbakemelding per telefon same dag som kommunestyret skulle handsame saka.*

*Rohde Garder peika innleiingsvis i samtala på utfordringane kring den korte tida ho hadde på å vurdere saka, og demed den avgrensa saksinformasjonen ho kunne setje seg inn i. Ho slo fast at det er stor skilnad på kjøp, og bygging i eigenregi. Under vilkår av at kommunen ikkje blanda seg inn i detaljert utforming av parkeringskjellar og forretningssenter, og det var eit reelt kjøp, ville dette trekke sterkt i retning av at det ikkje ville vere i strid med innkjøpslovgjevinga. Ho understreka vidare at den økonomiske risikoen måtte liggje på privat utbyggjar si hand. Rohde Garder tok samstundes atterhald på det faktum at parkeringskjellaren ikkje var bygd, og det dette momentet bidrog i negativ lei. Hennar hovedkonklusjon var likevel at kommunen kunne endra avtala utan å kome i konflikt med lov om offentlege innkjøp.*

*I kommunestyret si handsaming av saka vart både brevet frå Tenden og Rohde Garder sin hovedkonklusjon lagt frem, men det vart ikkje fokusert på dei atterhald og vurderingar som Rohde Garder hadde med omsyn til at parkeringskjellaren ikkje var bygd. Dette fordi det var hovudkonklusjonen som var viktig for kommunestyret. Underteikna var blant dei som understreka Rohde Gardersin tunge kompetanse innan innkjøpslovgjevinga, og heilt konkret var det vist til at kommunens advokat var ein av forfatarane av kommentarutgåva til lov om offentlege innkjøp.”*

- (17) Advokat Esther Rohde Garder har også skriftlig forklart seg på tilsvarende måte som Jan Myrekrok om telefonsamtalen mellom dem.

### **Anførsler:**

#### *Klagers anførsler:*

#### *Ulovlig direkte anskaffelse*

- (18) Avtalen mellom innklagede og Fristad Eiendom AS om oppføring av parkeringskjeller under Fristad II bygget er en ulovlig direkte anskaffelse, jf. anskaffelsesloven § 7 b (1).
- (19) Endringen av avtalen 9. november 2007 fra ”*Vinje kommune bygger*” til endringsavtale 10. mars 2009 og ”*Vinje kommune kjøper*”, endrer ikke det forhold at kontrakten i realiteten må anses som en bygge- og anleggskontrakt. Kontrakten skulle således vært kunngjort og konkurranseutsatt i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser.
- (20) Parkeringskjelleren er ikke ferdigstilt på overleveringstidspunktet, og faller således ikke inn under forskriftens unntak for kontrakter om kjøp av fast eiendom. Ettersom parkeringskjelleren ikke er ferdigstilt på overtakelsestidspunktet, er det ikke tvil om at det er bygge- og anleggsarbeidet som er Fristad Eiendoms hovedytelse etter kontrakten.
- (21) Ettersom kommunen skal bli eier av parkeringskjelleren, kan det ikke være tvilsomt at det dreier seg om en bygge- og anleggskontrakt. I tillegg kommer at kontraktens vederlag ble fastsatt utelukkende på bakgrunn av de budsjetterte byggekostnadene.
- (22) At parkeringskjelleren skal innlemmes i et større privat prosjekt, endrer ikke det forhold at kontrakten må anses som en bygge- og anleggskontrakt som skulle vært kunngjort etter lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

- (23) Unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav b kommer ikke til anvendelse. At byggingen av parkeringskjelleren skjer som ledd i den private utbyggingen av forretningsbygget for øvrig, innebærer ikke at kontrakten av den grunn ikke skulle vært konkurranseutsatt.
- (24) Forskriftens unntak for direkte anskaffelse i § 2-1 (2) bokstav a om at anskaffelsen bare kan foretas hos én leverandør får heller ikke anvendelse i saken. Parkeringskjelleren under kjøpesenteret til Fristad II bygget, kan etter klagers syn ikke være den eneste løsningen for å dekke underskuddet på offentlige parkeringsplasser i området. Uansett er det flere mulige leverandører av de bygge- og anleggsarbeidene som skal utføres for ferdigstilling av bygget.

#### *Overtredelsesgebyr*

- (25) Da kjøpet av parkeringskjelleren i realiteten må anses som en bygge- og anleggskontrakt som ikke er kunngjort etter forskriften, må innklagede ilegges et overtredelsesgebyr, jf. loven § 7 b. I denne saken må overtredelsen i beste fall anses grovt uaktsom. At kjøpet av parkeringskjelleren i realiteten må anses som en bygge- og anleggskontrakt er ikke tvilsomt, særlig med tanke på at vederlaget for kjøpet ble fastsatt utelukkende på bakgrunn av de budsjetterte byggekostnader. Videre ble kommunen ved advokat Steinar Arnesens brev 28. januar 2009 gjort oppmerksom på at omgjøringen av kontrakten like fullt vil innebære en ulovlig direkte anskaffelse. Dette var riktignok skrevet som et partsinnlegg fra en næringsdrivende som mente at utbyggingen av parkeringskjelleren ville virke konkurransevridende, men den ga likevel innklagede en god foranledning til selv å vurdere dette spørsmålet grundig.

#### *Innklagedes anførsler:*

##### *Ulovlig direkte anskaffelse*

- (26) Kjøpet av parkeringskjelleren under Fristad II bygget innebærer ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen må anses som erverv av fast eiendom etter forskriften § 3-1 (2) bokstav b, og er således unntatt forskriftens krav til kunngjøring mv. Endringen fra ”*Vinje kommune bygger en parkeringskjeller*” til ”*Vinje kommune kjøper en parkeringskjeller*” er ikke en proforma endring, men en realitetsendring av avtalen.
- (27) Når det gjelder prosjekteringen og byggingen av parkeringskjelleren hadde innklagede svært liten – om noen – innflytelse. Innklagede viser i denne forbindelse til avtalen mellom innklagede og Fristad Eiendom AS datert 9. november 2007 hvor det fremgår at ”*Dimensjonering blir i høve til storleik, talet på etasjar og type bygg Fristad Eiendom AS vel å sette opp.*” Dette viser at dimensjoneringen av kjelleren var avhengig av de valg Fristad Eiendom AS gjør når det gjelder bygget som skal være over kjelleren.
- (28) Innklagede har videre vist til uttalelsen fra 3D arkitekter AS ved Øystein Nordskog datert 23. desember 2009. Som det fremgår av uttalelsen var ikke innklagede involvert i prosjekteringsfasen. Det var heller ikke intensjonen at innklagede skulle ha en prosjektleder for parkeringskjelleren. Innklagede har heller ikke hatt en prosjektleder eller for øvrig vært involvert i byggeprosessen. Dette bekreftes av de fremlagte møtereferater fra byggemøter, samt bekreftelsen fra byggeleder og underleverandørene om at de kun har forholdt seg til Fristad Eiendom AS og ikke til innklagede i forbindelse med byggeprosessen.

- (29) Innklagede viser videre til at "utomhusarbeid", som planering og finavretting, asfaltering og lignende i tilknytning til parkeringskjelleren skal utføres av innklagede, men at dette arbeidet ikke har noe med parkeringskjelleren å gjøre. At innklagede senere skal utføre "utomhusarbeid" kan derfor ikke tilsi at innklagedes kjøp av parkeringskjeller kan anses som et bygge- og anleggsarbeid.
- (30) Det kan heller ikke legges til grunn at det var innklagede som tok initiativ til å bygge parkeringskjelleren. Det vises i denne forbindelse til notat fra ordfører Arne Vinje datert 1. februar 2010 hvor det fremgår at bakgrunnen for at spørsmålet om parkeringskjeller kom opp var arealsituasjonen i området, men at det er uklart hvem som lanserte muligheten for å bygge parkeringskjelleren. Det kan for øvrig uansett ikke være avgjørende hvem av partene som tar initiativet til utbyggingen. Det avgjørende for karakteristikken av avtalen må være realiteten i prosjektet, og innklagedes påvirkning og deltakelse i denne sammenheng.
- (31) Når det gjelder klassifiseringen av avtalen tiltrer innklagede standpunktet i Kofa sak 2009/1 hvor det fremgår at unntaket for erverv av eksisterende eiendom må forstås på tilsvarende måte som unntaket for leie. Dette innebærer at unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b ikke er begrenset til bygninger som eksisterer på avtaletidspunktet. Ettersom unntaket for erverv av eiendom må forstås på tilsvarende måte som unntaket for leie av eiendom innebærer dette at avgjørelser vedrørende grensen mellom leiekontrakter og bygge- og anleggsarbeid vil være relevant for avgjørelsen i foreliggende sak. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas sak 2009/16. I denne saken var det klart at utformingen av bygget var basert på detaljerte krav fra innklagede. Likevel fant klagenemnda at det ikke forelå en bygge- og anleggskontrakt. Klagenemnda la stor vekt på at avtalen ikke fremstod som uvanlig i forhold til andre langvarige leieavtaler. I foreliggende sak har innklagede foretatt et reelt kjøp og forholdt seg slik det er normalt å gjøre når man kjøper en ferdig spesifisert eiendom og der man ikke har innflytelse på utformingen av bygget. Innklagede har videre vist til EU-domstolens sak C-536-07 hvor problemstillingen i forhold til leie av eksisterende bygg er behandlet. I premiss 58 heter det:

*"58 Det skal desuden fastslås, at de pågældende bygge- og anlægsarbejder blev udført i overensstemmelse med de meget detaljerede krav, som byen Köln har fastsat i hovedkontrakten. Det fremgår af denne kontrakt og bilagene hertil, at disse krav, som vedrører en præcis beskrivelse af de bygninger, der skulle opføres, deres kvalitet og deres udstyr, langt overstiger de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en nybygget ejendom af en vis størrelse."*

- (32) I saken for EU-domstolen ble det konkludert med at kontrakten var å anse som en bygge- og anleggskontrakt. Det ble lagt vekt på at oppdragsgiver hadde innflytelse på utformingen av bygget som langt oversteg det som var vanlig i slike forhold.
- (33) Innklagede viser videre til klagenemndas avgjørelse i sak 2007/20 hvor klagenemnda i premiss 26 fremhevet at innklagede i denne saken ikke "ved inngåelsen av husleieavtalene i realiteten ble stilt som en byggherre i et entrepriseforhold." I foreliggende sak hadde ikke innklagede innflytelse på utformingen og var ikke delaktig i byggeprosessen. Dette taler sterkt for at det ikke var bygge- og anleggsarbeidene som var det sentrale i kontrakten, men det å få løst parkeringsproblemene i området ved å kjøpe en ferdig parkeringskjeller.

- (34) Innklagede har videre vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/1 hvor det i premiss 61 fremgår følgende:

*”Denne delen av definisjonen av en ”bygge- og anleggskontrakt” tar altså sikte på å omfatte avtaler hvor den offentlige oppdragsgiver overlater til medkontrahenten å utføre et bygge- og anleggsarbeid, basert på oppdragsgivers spesifikasjoner. Dette var ikke situasjonen for innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148, hvor innklagede kjøpte et ferdig prosjekt, utarbeidet av valgte leverandør. Etter klagenemndas oppfatning er en slik avtale mer nærliggende å karakterisere som en avtale om erverv av fast eiendom, enn som en ”bygge- og anleggskontrakt”.*”

- (35) Overstående uttalelse viser at det ikke er klarlagt i praksis hvor omfattende oppdragsgivers spesifikasjoner kan være uten at avtalen må kategoriseres som en bygge- og anleggskontrakt. I sak 2009/1 ble kontrakten kategorisert som erverv av fast eiendom selv om det ble gjort mindre tilpassinger til innklagedes behov. Dette innebærer altså at oppdragsgivere kan fastsette enkelte spesifikasjoner. I foreliggende sak har ikke innklagede gitt selgeren noen spesifikasjoner ut over at man ønsker å kjøpe parkeringskjelleren. Når det fra innklagedes side ble vist til at parkeringsbehovet skulle dekke et sted mellom 110 og 150 biler, var dette ikke en bestilling av et bestemt antall plasser, men en utregning av hva det faktisk kunne bli plass til innen det arealet som skulle bygges ut. Innklagede godtok fullt ut det forslag som ble presentert av selgeren. Etter innklagedes oppfatning må dette klart innebære at ervervet av parkeringskjelleren ikke kan anses som en bygge- og anleggskontrakt.
- (36) Dersom klagenemnda kommer til at anskaffelsen, tross endringen fra *”Vinje kommune bygger”* til *”Vinje kommune kjøper”*, er å anse som en bygge- og anleggskontrakt, anføres prinsipielt at klagen er for sent fremsatt. Begrunnelsen er at tilleggsavtalen 10. mars 2009, hvor den nevnte endring ble formalisert, i så fall ikke innebar noen avgjørende endring av den allerede avtalte ytelsen og at klagen om ulovlig direkte anskaffelse således må anses å gjelde kontrakten inngått 9. november 2007. Klagefristen er på 6 måneder etter kontraktsinngåelse, hvilket innebærer at klagen på dette punkt ikke er fremsatt rettidig
- (37) Subsidiært, dersom kjøpet av parkeringskjelleren ikke er omfattet av unntaket for erverv av eksisterende bygg i forskriften § 1-3 (2) b, fastholder innklagede at forskriften § 2-1 (2) gir grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikt. Fristad Eiendom AS motsatte seg at innklagede lot andre entreprenører utføre arbeidet. Det var altså ikke andre leverandører. Innklagede var ikke i en rettslig posisjon til å kunngjøre disse byggearbeidene uten en aksept av Fristad Eiendom AS som eier av tomten. Arealsituasjonen i området åpnet heller ikke for noen annen løsning i forhold til å få dekket innklagedes behov for parkeringsplasser. Det er ikke påvist noen alternativ plassering for parkeringskjelleren.
- (38) Innklagede har uansett ikke opptrådt grovt uaktsomt. Brevet fra advokatfirmaet Tenden ble sendt innklagede på oppdrag fra Bratland Forretning AS. Innklagede vurderte dette som et innspill fra en advokat som representerte økonomiske interesser som ikke ønsket den aktuelle utbyggingen. Innholdet i brevet var også upresist ettersom det ble henvist til lov om offentlige anskaffelser, mens det er forskriften som inneholder bestemmelser om kunngjøring. Innklagede tok også kontakt med advokat Esther Rohde Garder etter at brevet ble mottatt. Dette for å vurdere om innklagede burde stanse behandlingen i kommunestyret basert på de opplysninger som fremkom i brevet. Konklusjonen til advokat Esther Rohde Garder var at dersom dette var et reelt kjøp der innklagede ikke

hadde innflytelse på utformingen så falt dette utenfor regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede har altså foretatt en forsvarlig vurdering, innhentet uttalelser fra eksperter på området, og handlet etter det man mente, og fortsatt mener – er innenfor regelverket om offentlige anskaffelser. Dette kan ikke betegnes som et forsøk på omgåelse av regelverket.

- (39) Uansett er gebyret fastsatt for høyt. Det er lite treffende når det i forhåndsvarselet konkluderes med at innklagede tok en bevisst risiko ved å inngå kontrakt med Fristad Eiendom AS. Det vises i denne forbindelse til at innklagede innhentet uttalelse fra en ekspert på området, og revisjonen, og hvor konklusjonen var at kjøpet av parkeringskjelleren var forenlig med regelverket om offentlige anskaffelser. For øvrig er det uriktig når det i forhåndsvarselet legges til grunn at det ikke har vært konkurranse om anskaffelsen. Det er ikke Fristad Eiendom AS som har foretatt utbyggingen, det ble utarbeidet en privat anbudskonkurranse hvor anbudsgrunnlaget ble sendt alle de fire store entreprenørene som opererer i midt- og vest- Telemark.

#### ***Klagenemndas vurdering:***

- (40) Etter klagenemndeforskriften § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Av klagenemndeforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b (3). I loven § 7b (3) fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 19. mai 2009. Dette innebærer at klagenemnda kan ilegge gebyr for kontrakt(er) om ulovlig(e) direkteanskaffelse(r) som er inngått fra og med 19. mai 2007. Klagen er således rettidig fremsatt, uavhengig om man tar utgangspunkt i innklagedes avtale med Fristad Eiendom AS fra 9. november 2007, endringsavtalen fra 10. mars 2009 eller oppfølgingsavtalen fra 11. mai 2009. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

#### *Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (41) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. loven § 7b og forskriften §§ 9-1/18-1. I følge forskriften § 1-3(2) bokstav b, er ”kontrakter om erverv eller leie [...] av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom”, unntatt forskriften. Spørsmålet er om kontrakten vedrørende erverv av parkeringskjeller er en anskaffelse som er omfattet av unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b, ”erverv” av ”eksisterende bygning”, eller om avtalen må anses som en bygge og anleggskontrakt som skal kunngjøres i samsvar med forskriftens bestemmelser om dette. Såfremt det dreier seg om en bygge- og anleggskontrakt som ikke er blitt kunngjort i samsvar med forskriften, foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse som kan møtes med overtredelsesgebyr, jf. loven § 7b og forskriften § 9-1.
- (42) Ut fra ordlyden i forskriften § 1-3 (2) bokstav b kan det se ut som om unntaket fra forskriften kun gjelder erverv eller leie av bygninger som eksisterer på tilbuds- eller kontraktsinngåelsestidspunktet. I klagenemndas saker 2007/112 og 2007/124 slo nemnda

imidlertid fast at det for leie av bygninger ikke var nødvendig at bygningen eksisterte på kontraktsinngåelsestidspunktet. Når det gjelder det tilsvarende spørsmålet for erverv av bygninger hitsettes fra sak 2009/1 (premiss 57):

*”Forskriften oppstiller en hovedregel om kunngjøringsplikt for alle anskaffelser som overstiger kr 500 000, jf forskriftens § 9-1 og 2-1. Etter forskriftens § 1-3 (1) fremgår det at forskriften får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider. Det følger imidlertid av forskriftens § 1-3 (2) bokstav b, at forskriften likevel ikke får anvendelse ved erverv av ”eksisterende bygninger”. Avtaler om erverv av bygninger som ikke er oppført, omfattes således ikke direkte av ordlyden i bestemmelsen, og klagenemnda har heller ikke tidligere tatt stilling til hvorvidt unntaket er anvendelig i et slikt tilfelle. I forhold til leieavtaler har imidlertid klagenemnda i tidligere saker lagt til grunn at unntaket ikke er begrenset til leieavtaler som gjelder lokaliteter som eksisterer på avtaletiden, jf klagenemndas avgjørelser i sak i sak 2007/124, 2007/20 og 2007/112. Etter klagenemndas vurdering må unntaket for erverv forstås på tilsvarende måte som unntaket for leie. Dette innebærer at unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b ikke prinsipielt er begrenset til erverv av bygninger som eksisterer på avtaletidspunktet.”*

- (43) Det har ingen betydning at innklagede selv har klassifisert kontrakten som erverv av parkeringskjeller i avtale 11. mai 2009, da det er kontraktens realitet som avgjørende for hvorvidt man står ovenfor en bygge- og anleggskontrakt eller erverv av bygning, sml. klagenemndas synspunkt i sak 2007/124 (premiss 36) og sak 2008/39 (premiss 71).
- (44) Innklagede har under henvisning til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/1 premiss 57 anført at ettersom unntaket for erverv av eiendom må forstås på tilsvarende måte som unntaket for leie av eiendom, innebærer dette at avgjørelser vedrørende grensen mellom leiekontrakter og bygge- og anleggsarbeid vil være relevant for avgjørelsen i foreliggende sak. Til dette bemerkes at klagenemnda i sak 2009/1 premiss 57 konkluderte med at verken unntaket for erverv eller leie av fast eiendom i prinsippet er begrenset til bygninger som eksisterer på avtaletidspunktet. Dette innebærer likevel ikke at vurderingen av hvorvidt unntaket er anvendelig vil være fullt ut sammenfallende. Dette er to ulike avtale typer med ulike særtrekk.
- (45) I forhåndsvarselet om ileggelse av gebyr la klagenemnda til grunn at innklagede hadde hatt en betydelig påvirkning og innflytelse på byggeprosjektet fra planleggingsfasen av. I innklagedes kommentarer til forhåndsvarselet er dette søkt tilbakevist. Slik saken er opplyst for klagenemnda må det imidlertid legges til grunn at innklagede har spesifisert som anskaffelsesbehov en parkeringskjeller på Åmothaugen. Av uttalelsen fra 3D arkitekter AS datert 23. desember 2009 ved Øystein Nordskog fremgår det at innklagede anså parkeringsbehovet som skulle dekkes til et sted mellom 110 og 150 biler. Det var videre klart at en slik parkeringskjeller ikke eksisterte når anskaffelsesprosessen ble initiert. I avtalen mellom innklagede og Fristad Eiendom AS fremgikk det også at innklagede gjennom grunnkjøp skulle sikre det området som Fristad Eiendom AS trengte til oppføring av Fristad-II bygget – og at innklagede skulle bygge en parkeringskjeller under dette bygget. På bakgrunn av disse opplysninger vil klagenemnda vurdere om hvorvidt anskaffelsen av parkeringskjelleren utgjør en ulovlig direkteanskaffelse.
- (46) Innklagede har fremholdt at innklagede i foreliggende sak ikke har gitt selgeren noen spesifikasjoner ut over at man ønsker å kjøpe parkeringskjelleren, og har under henvisning

til dette anført at det ikke foreligger en bygge- og anleggskontrakt. Innklagede har i denne forbindelse vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/1 hvor kontrakten ble kategorisert som erverv av fast eiendom selv om det ble gjort mindre tilpassinger til innklagedes behov, og at dette innebærer at oppdragsgivere kan fastsette enkelte spesifikasjoner uten at det foreligger en "bygge- og anleggskontrakt".

- (47) Hvorvidt det har betydning at oppdragsgiver ikke har fastsatt detaljerte spesifikasjoner for det som skal anskaffes, er ikke klarlagt i praksis. I klagenemndas sak 2009/1 (premiss 58) uttalte klagenemnda at ved avtaler om erverv av bygninger som ikke eksisterer på kontraktsinngåelsestidspunktet vil avtalen likevel lett måtte kategoriseres som en bygge- og anleggskontrakt. I forskriften § 4-1 bokstav a, defineres en bygge- og anleggskontrakt på følgende måte:

*"bygge- og anleggskontrakt: kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er 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 bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon."*

- (48) § 4-1 bokstav a tilsvarer direktiv 2004/18 EF artikkel 1 som referer til "the realisation, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority." Ordlyden gir ikke noen klar anvisning på løsningen av spørsmålet. I klagenemndas sak 2009/1 kom nemnda etter en nærmere gjennomgang av juridisk teori til at formuleringen tilsa at forskriften ikke fikk anvendelse for den ene av de påklagde avtaler. For denne avtalen var spesifikasjonene fastsatt av oppdragsgivers medkontrahent, og deretter presentert for oppdragsgiver. Nemnda uttalte i premiss 61 i saken at:

*"Denne delen av definisjonen av en "bygge- og anleggskontrakt" tar altså sikte på å omfatte avtaler hvor den offentlige oppdragsgiver overlater til medkontrahenten å utføre et bygge- og anleggsarbeid, basert på oppdragsgivers spesifikasjoner. Dette var ikke situasjonen for innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148, hvor innklagede kjøpte et ferdig prosjekt utarbeidet av valgte leverandør."*

- (49) Klagenemnda aksepterte også at innklagede bestilte endringsarbeider, av den grunn at disse ble ansett som ordinære endringsbestillinger i forhold til den typen kontrakt som var inngått.
- (50) Klagenemndas avgjørelse i sak 2009/1 gjaldt også erverv av en annen bygning, hvor klagenemnda konkluderte med at avtalen var omfattet av forskriften som en "bygge- og anleggskontrakt". I sakens premiss 66 fremgår følgende:

*"Ved forhåndsvarselet la klagenemnda til grunn at utformingen av bygget var utviklet i samarbeid mellom partene, basert på innklagedes spesifikasjoner. Innklagede har bestridt at dette gir en dekkende beskrivelse av de faktiske forhold. Det er imidlertid på det rene at endringen av prosjektet til først å omfatte basestasjon, og deretter til å omfatte 12 i stedet for 10 leiligheter var basert på et ønske fra innklagedes side. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt endringen var et resultat av et krav som Husbanken stilte. Som nevnt tidligere fremgår det av kommisjonens veileder at den delen av definisjonen av "bygge- og*

*anleggskontrakt” i § 4-1 bokstav a som referer til ”utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver” tar sikte på å omfatte avtaler hvor den offentlige oppdragsgiver overlater til medkontrahenten å utføre et bygge- og anleggsarbeid, basert på oppdragsgivers spesifikasjoner. At innklagede overlot detaljplanleggingen til valgte leverandør endrer ikke avtalens karakter av å være en bygge- og anleggskontrakt. Avtalen mellom innklagede og valgte leverandør vedrørende ervervet av gnr 9 bnr 295 omfattes på denne bakgrunn av forskriften som en ”bygge- og anleggskontrakt”.”*

- (51) Ettersom det var gjort endringer i prosjektet til først å omfatte basestasjon, og deretter til å omfatte 12 i stedet for 10 leiligheter, foranlediget ikke saken at klagenemnda tok stilling til problemstillingen. Det fremgår likevel av avgjørelsen at avtalens karakter av å være en bygge- og anleggskontrakt ikke ble endret av at innklagede overlot detaljplanleggingen til valgte leverandør.
- (52) EU-domstolen har i en avgjørelse av 29. oktober 2009, sak C-536/07, behandlet en sak som gjaldt leie av messehaller som ikke var bygget på avtaletidspunktet. Av avgjørelsen fremgår det følgende:

*”55 Endvidere skal det fremhæves, at definitionen af begrebet ”offentlig bygge- og anlægskontrakt” i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 omfatter alle transaktioner, hvor gensidig bebyrdende kontrakt, uanset hvorledes den formelt kvalificeres, bliver indgået mellem en ordregivende myndighed og en entreprenør, og som har til formål, at entreprenøren udfører et bygge- og anlægsarbejde i henhold til dette direktivs artikel 1, litra c). Det afgørende kriterium er i den forbindelse, at dette bygge- og anlægsarbejde bliver udført i overensstemmelse med de af den ordregivende myndighed fastlagte behov, mens de midler, der anvendes med henblik på udførelsen, er uden betydning.*

*56 For så vidt angår transaktionens formål skal det bemærkes, at hovedkontrakten, indgået den 6. august 2004 mellem byen Köln og GKM-GbR, formelt er angivet som ”lejekontrakt” og reelt indeholder elementer, der er hører til i en lejekontrakt. Ikke desto mindre må det konstateres, at på denne dato var udførelsen af de pågældende bygge- og anlægsarbejder end ikke påbegyndt. Denne kontrakt kunne derfor ikke have udlejning af ejendomme til umiddelbart formål, når opførelsen af disse endnu ikke var påbegyndt. Hovedformålet med denne kontrakt kan således kun logisk være udførelse af disse bygge- og anlægsarbejder, som senere skulle stilles til rådighed for byen Köln ved en kontrakt betegnet ”lejekontrakt”.*

*57 Det fremgår af Domstolens retspraksis, at når en kontrakt både indeholder dele, der angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, og dele, der angår andre offentlige kontrakter, er det kontraktens hovedformål, der afgør, hvilke fællesskabsbestemmelser der finder anvendelse.*

*58 Det skal desuden fastslås, at de pågældende bygge- og anlægsarbejder blev udført i overensstemmelse med de meget detaljerede krav, som byen Köln har fastsat i hovedkontrakten. Det fremgår af denne kontrakt og bilagene hertil, at disse krav, som vedrører en præcis beskrivelse af de bygninger, der skulle opføres, deres kvalitet og deres udstyr, langt overstiger de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en nybygget ejendom af en vis størrelse.*

59 Det må derfor konkluderes, at hovedkontraktens hovedformål var opførelse af de pågældende messehaller udført i overensstemmelse med de af byen Köln fastlagte behov. Desuden udgør disse messehaller et "bygge- og anlægsarbejde" i henhold til artikel 1, litra c), i direktiv 93/37, i det omfang de er bestemt til at udfylde en økonomisk funktion, og deres værdi er højere end den beløbsgrænse, som er fastsat i samme direktivs artikel 6. Endvidere er kontrakten gensidigt bebyrdende, da GKM-GbR i det foreliggende tilfælde har handlet i egenskab af entreprenør, uafhængig af de omstændigheder, under hvilke det har udført dette bygge- og anlægsarbejde som underleverandør (jf. i denne retning dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 90), og byen Köln er den ordregivende myndighed. Denne kontrakt skal derfor kvalificeres som en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37."

(53) Uttalelsen fra EU-domstolen i premiss 55 viser at det avgjørende for hvorvidt det foreligger en bygge- og anleggskontrakt er om arbeidene blir utført i overensstemmelse med oppdragsgivers spesifiserte behov. EU-domstolen synes imidlertid ikke å stille krav mht graden av oppdragsgivers spesifikasjoner. Det nevnes for øvrig at EU-domstolens uttalelser i premiss 58 om at bygge- og anleggsarbeidene ble utført i overensstemmelse med de detaljerte krav oppdragsgiver hadde fastsatt gjelder en annen problemstilling, nemlig hva hovedformålet med anskaffelsen var, jf premiss 57. Spørsmålet var hvorvidt avtalen skulle kategoriseres som en leieavtale, eller som en bygge- og anleggskontrakt. I denne forbindelse var graden av spesifikasjon et relevant moment.

(54) I "The Law of Public and Utilities Procurement" (2.utgave 2005), side 305, uttaler Sue Arrowsmith følgende om problemstillingen:

*"Another, distinct, question concerns the level of detail that needs to be specified under this provision. For example, what is the provision if the authority requires the construction of a new hospital on the authority's land but only a few detailed requirements are set out? Or if it is made clear that a new prison with a certain capacity is required, but the detailed requirements for the building are not laid down? This is not clear, but presumably the test is one of degree."*

(55) Sue Arrowsmith antar altså at det vil kunne være et gradsspørsmål om hvor omfattende oppdragsgivers spesifikasjoner må være for at anskaffelsen omfattes av regelverket. I kommisjonens veileder til direktiv 93/37 EF, "Guide to the community rules on public works contracts" kapittel II punkt 1.4 fremgår det følgende:

*"As far as the subject of the contract is concerned, the Directive states that it consists not only in the execution, or both the execution and design, of works, but also in "the execution by whatever means of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority".*

*By these new definitions of the subject of the contract, and particularly the latter one, the Community legislature has made it clear that all contracts relating to the execution of building and/or civil engineering works, whether or not accompanied by other tasks, are public works contracts. All the new forms of contract in which the contracting authority chooses to entrust to the contractor a fairly large number of tasks – for example arranging finance, purchasing land and devising projects – thus alleviating the workload involved in the authority's traditional role in the public works sector, are covered by the Directive.*

*Economic statistics show that contracting authorities very frequently choose to rely on a general contractor who designs the works according to their requirements and coordinates execution of the entire project, or else prefer to conclude a project development or management contract whereby the work is financed and executed entirely by the contractor, whom they then of course reimburse.*

*The scope of the Directive is thus as wide as possible in order to take in the whole gamut of contractual relationships that could be contemplated by contracting authorities to meet their specific needs.*

*It is worth noting that the Directive does not cover the mere purchase of existing property, unless of course the property was built to the requirements of the contracting authority, which had previously given an undertaking to purchase it after completion." Such an agreement would constitute a property development contract and would be subject to the Directive."*

- (56) Den delen av definisjonen av bygge- og anleggskontrakt som gjelder "utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver" ble altså valgt fordi offentlige myndigheter ofte overlot større deler av utformingen til medkontrahenten. Dette tilsier at det ikke kan tillegges avgjørende betydning at oppdragsgiver ikke har fastlagt detaljerte spesifikasjoner for utformingen av bygget. EU-domstolen har også fremhevet at definisjonen av en bygge- og anleggskontrakt må fortolkes på en slik måte at den sikrer anskaffelsesregelverkets effektive virkning, jf premiss 52 i sak C- 399/08 (Scala), hvilket støtter overnevnte betraktning. Når det gjelder anskaffelsen i foreliggende sak har innklagede spesifisert som anskaffelsesbehov en parkeringskjeller på Åmothaugen med mellom 110 og 150 parkeringsplasser. På tidspunktet hvor anskaffelsesprosessen ble initiert var det også klart at anskaffelsesbehovet ville måtte dekkes ved oppføring av parkeringskjelleren. Etter klagenemndas vurdering må dette for foreliggende avtale anses tilstrekkelig for at anskaffelsen må anses som en bygge- og anleggskontrakt. Avtalen om byggingen og ervervet av parkeringskjelleren må på denne bakgrunn anses som en bygge- og anleggskontrakt.
- (57) Innklagede har anført at anskaffelsen i realiteten bare kunne foretas hos Fristad Eiendom AS slik at forskriften § 2-1 bokstav a kommer til anvendelse. Innklagede begrunner dette med Fristad Eiendom AS motsatte seg at innklagede lot andre entreprenører utføre arbeidet, og at det derfor ikke var andre leverandører. Innklagede har videre fremhevet at arealsituasjonen i området ikke åpnet for noen annen løsning i forhold til å få dekket innklagedes behov for parkeringsplasser, og det ikke påvist noen alternativ plassering for parkeringskjelleren.
- (58) Forskriften § 2-1 bokstav a gjør unntak fra kunngjøringsplikten hvor anskaffelsen kun kan "foretas av én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett."
- (59) Klagenemnda har i tidligere saker slått fast at unntaksbestemmelser skal tolkes snevert, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for unntaket er oppfylt, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/56 (premiss 23).

- (60) Når det gjelder spørsmålet om Fristad Eiendom AS var eneste leverandør viser klagenemnda til at avtalen mellom innklagede og Fristad Eiendom AS datert 9. november 2007 i punkt 4 fastsatte at innklagede gjennom grunnkjøp skulle sikre det bygge- og parkeringsarealet som Fristad Eiendom AS trengte, og at Fristad Eiendom AS deretter skulle kjøpe dette arealet. Innklagede eide altså eiendommen som hevdes å være eneste aktuelle plassering for parkeringskjelleren, og solgte den til Fristad Eiendom AS. Avtalen fastsatte også i avtalens punkt 5 at innklagede skulle bygge en parkeringskjeller under Fristad II bygget. I denne forbindelse viser klagenemnda til klagenemndas sak 2005/297 (premiss 17) hvor nemnda uttalte for en tilsvarende problemstilling (uttalelsen gjaldt den dagjeldende forskriften § 11-2(1) bokstav b):

*”Dersom det skulle reise praktiske problemstillinger i forhold til innklagedes samarbeidspartner(e), ser klagenemnda det slik at innklagede selv, gjennom aktiv deltakelse i prosjektet fra startfasen, har vært med på å etablere denne situasjonen og derfor vanskelig kan påberope seg unntaksbestemmelsen.”*

- (61) Tilsvarende betraktninger må gjelde i foreliggende sak.
- (62) Nemnda er dermed kommet til at innklagedes anskaffelse av parkeringskjeller under Fristad II bygget skulle vært kunngjort etter forskriften. Innklagedes avtale med Fristad Eiendom AS vedrørende kjøp av parkeringskjeller utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse som kan møtes med overtredelsesgebyr, jf. loven § 7b.

*Skyldkravet – loven § 7b første ledd*

- (63) Skyldkravet ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b første ledd forsett eller grov uaktsomhet. Skyldkravet er kommentert på følgende måte i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006), på side 26:

*”Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsomt. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og – innsikt.”*

- (64) I klagenemndas sak 2009/1 (premiss 74) uttalte nemnda følgende under vurderingen av om skyldkravet var oppfylt:

*”Selv om rekkevidden av unntaket i forskriftens § 1-3(2) bokstav b er relativt rettslig komplisert å kartlegge, finner klagenemnda at dette likevel ikke kan unnskyldes innklagede, da ordlyden i § 1-3 (2) bokstav b gir unntak for ”eksisterende bygg”. Innklagede burde derfor som et utgangspunkt lagt til grunn at anskaffelsesprosessen var regulert av forskriften om offentlige anskaffelser.[...] Innklagede burde forstått at ervervet av gnr 9 bnr 295 var tvilsomt i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser. Det var heller ikke noen rettslig uklarhet om at den kontrakten innklagede faktisk inngikk med valgte leverandør ville måtte klassifiseres som en ”bygge- og anleggskontrakt”. Dette taler for at skyldkravet er oppfylt, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2008/5 premiss (65) og klagenemndas avgjørelse i sak 2008/63 premiss (59). Det vises i denne forbindelse også*

*til [Ot.prp. nr. 62 (2005-2006)] om at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god kunnskap om regelverket.*”

- (65) Tilsvarende gjør seg gjeldende i foreliggende sak. Før kommunestyrets beslutning om å endre avtalen fra ”bygger”- til ”kjøper” var også rådmannen kjent med brev datert 28. januar 2009 hvor advokatfirmaet Tenden presiserte at endringen fra ”bygger” til ”kjøper” kun ville innebære ”kosmetiske endringer”, og ikke endre avtalens karakter av en bygge- og anleggskontrakt. I juridisk notat fra advokatfirmaet Rhode Garder 26. mars 2008, ble innklagede gjort oppmerksom på at en oppføring av parkeringskjelleren basert på avtalen fra 9. november 2007 ville være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser, jf. uttalelsen ”*Det er min oppfatning at det ikke har kommet frem faktiske forhold som gjør det forsvarlig å konkludere med at byggingen av parkeringskjelleren faller utenfor regelverket om offentlige anskaffelser.*” Både brevet fra advokatfirmaet Tenden og notatet fra advokatfirmaet Rhode Garder gav innklagede en klar oppfordring om å gjennomgå avtalen med Fristad Eiendom AS nærmere for å sikre etterlevelse av anskaffelsesregelverket
- (66) Innklagede har fremlagt en redegjørelse fra Jan Myrekrok datert 28. januar 2010 hvor det fremgår at innklagede tok kontakt på telefon med advokat Esther Rohde Garder for å vurdere forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser. Selv om Rohde Garders hovedkonklusjon var at avtalen kunne endres fra ”bygger” til ”kjøper” viser uttalelsen fra Myrekrok at han ble gjort oppmerksom på at det forelå en risiko for at avtalen om erverv av parkeringskjelleren ikke ville være forenlig med regelverket. Rohde Garder fremhevet også at parkeringskjelleren ikke var bygget, og at dette talte imot at unntaket var anvendelig og tok også forbehold når det gjaldt den korte tiden hun hadde tilgjengelig og den avgrensede saksinformasjonen hun kunne sette seg inn i.
- (67) Det ble altså påpekt en rekke forhold som tilsa at endringen av avtalen ikke ville være i samsvar med regelverket om offentlige anskaffelser, men innklagede valgte å gå videre i sin beslutningsprosess uten endelig avklaring av dette. Nemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede iverksatte reelle tiltak for å sikre etterlevelse av regelverket om offentlige anskaffelser, sml. klagesak 2009/1 (premiss 74). Videre skjerper det kravet til aktsomhet at det var snakk om en høy kontraktssum (27. 400 000,-) ettersom hensynet til konkurranse er mer tungtveiende i slike tilfeller, sml. klagenemndas sak 2009/1 (premiss 75) og sak 2008/56 (premiss 42). Når innklagede til tross for dette valgte å inngå avtalen, må dette etter omstendighetene betraktes som grovt uaktsomt..

*Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr*

- (68) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver ”kan” ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, ”*forsettlig eller grovt uaktsomt*” foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på ”*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning*”.
- (69) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført ”*for å sikre større etterlevelse av regelverket*”. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (21).

- (70) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

*”Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser.”*

- (71) Nemnda mener at tungtveiende hensyn taler for et gebyr i denne saken. Nemnda finner det i denne forbindelse tilstrekkelig til å vise til at det gjelder en høy kontraktssum, og at endringen av avtalen kan bære preg av en omgåelse av regelverket.

#### *Gebyrets størrelse*

- (72) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2). Ved vurderingen av gebyrets størrelse skal det i likhet med vurderingen av hvorvidt gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.”*

- (73) Preventive grunner er trukket frem som hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr i flere av klagenemndas tidligere gebyrsaker, jf. blant annet sakene 2007/19 (premiss 50-51), 2009/1 (premiss 79) og 2009/42 (premiss 51) med videre henvisning til nemndas praksis. I Ot.prp. nr 62 (2005-2006) side 6 fremgår også at:

*”Bevisste og overlagte brudd på regelverket som er overkommelige å forstå og praktisere, kan ikke tillates. Regjeringen vil innføre egnede sanksjoner mot dette i det reviderte regelverket. Dette vil ha en klar preventiv virkning som sikrer større etterlevelse.”*

- (74) I klagenemndas sak 2009/1, som har store likhetstrekk med foreliggende sak, ble gebyret satt til 7,8 % av kontraktens verdi.

- (75) Innklagede hevder det må vektlegges i formildende retning at innklagede innhentet juridisk vurdering vedrørende muligheten for lovlig direkte anskaffelse. Dette forhold, og at innklagede omgjorde avtalen med Fristad Eiendom AS, viser etter innklagedes mening, et ønske om å overholde anskaffelsesregelverket. Nemnda har imidlertid i (premiss 67) lagt til grunn at innklagede ikke foretok noen reell vurdering av hvorvidt endringen fra *”bygger”* til *”kjøper”* innebar en overholdelse av regelverket. Brevet fra advokatfirmaet Tenden datert 28. januar 2009 må i tillegg sies å ha gitt innklagede en særlig oppfordring til å undersøke dette nærmere. Preventive hensyn tilsier da at det reageres strengt, sml. klagenemndas sak 2009/1 (premiss 80). Etter nemndas syn tok innklagede en bevisst risiko ved å inngå kontrakt med Fristad Eiendom AS uten forutgående kunngjøring av anskaffelsen. Nemnda har i tidligere saker lagt til grunn at omgåelsesbetragtninger taler i skjerpene retning, jf. klagenemndas sak 2008/5 hvor saksforholdet bar preg av at innklagede forsøkte å omgå regelverket og sak 2008/56 hvor innklagede tok en bevisst risiko i forhold til om en unntaksbestemmelse kom til anvendelse.

- (76) I det første forhåndsvarselet som ble sendt til innklagede la klagenemnda til grunn at anskaffelsen var gjennomført uten noen form for konkurranse, noe som også tilsier at

gebyret settes høyt, sml. klagenemndas sak i 2009/1 (premiss 84). Klagenemnda understreket også at det var et skjerpende forhold at det dreier seg om en kontrakt av stor verdi. Etter mottak av forhåndsvarsel har innklagede vist til at Fristad Eiendom AS konkurransen utsatte arbeidene gjennom en privat anbudskonkurranse, og at anbudsgrunnlaget ble sendt til alle de fire store entreprenørene som opererer i midt- og vest- Telemark. Klagenemnda bemerker at dette gjelder bygge- og anleggsarbeidene som er utført for Fristad Eiendom AS, og ikke innklagedes anskaffelse av parkeringskjelleren. Isolert sett er derfor ikke den private anbudskonkurransen relevant i denne forbindelse. Innklagede kunne imidlertid overlatt til Fristad Eiendom AS å utlyse anskaffelsen av bygge- og anleggsarbeidene på vegne av innklagede, og på den måten handlet i overensstemmelse med regelverket. Bygge- og anleggsarbeidene er imidlertid ikke lyst ut, og Fristad Eiendom AS har heller ikke anskaffet dem på vegne av innklagede, men i eget navn. Klagenemnda finner derfor ikke at det er tilstrekkelig grunn for å nedsette det varslede gebyret at Fristad Eiendom AS har gjort bygge- og anleggsarbeidene til gjenstand for konkurranse

- (77) Ved utmålingen av gebyret skal kontraktssummen på 27. 400 000 kroner legges til grunn. Klagenemnda har ut i fra en helhetsvurdering kommet til at gebyrets størrelse settes til kr 2. 200 000. Dette utgjør ca. 8 % av kontraktens verdi. Klagenemnda finner grunn til å tilføye at gebyrets størrelse ble varslet innklagede ved forhåndsvarselet datert 9. desember 2009. Gebyrets størrelse er altså ikke fastsatt under hensyntaken til den økning i gebyrpraksis som er signalisert i klagenemndas avgjørelse i sak 2009/120.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

\*\*\*

*”Vinje kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 2 200 000 – tomillionertohundretusen-kroner.*

*Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.”*

\*\*\*

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd.

Bergen, 21. april 2010

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl