



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en begrenset anbudskonkurranse vedrørende leie av lokaler til nytt politihus i Askim. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde handlet i strid med regelverket ved å anvende unntakshjemmelen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b ved anskaffelsen, eller ved å forskyve leietidspunktet med to måneder. Dette utgjorde dermed ingen ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 6. juni 2011 i sak 2011/109

Klager: Opus Management AS

Innklaget: Follo politidistrikt

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Morten Goller og Kai Krüger

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Follo politidistrikt (heretter kalt innklagede) hadde behov for å leie større kontorlokaler fordi det eksisterende politihuset på Haugomsenteret var blitt for lite for innklagede. Innklagede publiserte derfor en avisannonse i forskjellige aviser 1. februar 2010, hvor innklagedes ønsker vedrørende lokalisering, parkering, innflytting og lokaler ble presentert. Videre fremkom følgende:

"Follo politidistrikt kunngjør med dette at vi ønsker å komme i kontakt med tilbydere i hensikt å leie 2000 til 2300 kvm kontorlokaler i Askim.

[...]

Eiere av aktuelle leieobjekter bes om å sende en kort beskrivelse av bygget til Follo politidistrikt [...] innen mandag 22.02.10."

- (2) Innklagede sendte 2. juni 2010 e-post til Opus Management AS (heretter kalt klager) vedrørende det eksisterende politihuset på Haugomsenteret, og ba om skriftlig samtykke fra klager om at innklagede kunne fremleie det eksisterende politihuset til tilbyderne i konkurransen. Bakgrunnen var at en klausul i leieavtalen på det eksisterende politihuset påkrevde dette. Videre fremkom at:

"Vi har fått inn tilbud fra følgende firmaer:

FG Eiendom

AFB Eiendom AS

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Focus Eiendom AS

Eidsberg Boligbyggelag

BN Holding AS

Sunnaas sykehus HF (Helsehuset Askim)

I tillegg har du selv meldt interesse for å komme med tilbud i forestående konkurranse, både hva gjelder eksisterende politihus med utvidelser og i annen eiendom du besitter.”

- (3) Ved e-post 1. juli 2010 purret innklagede til klager på den skriftlige bekreftelsen på at lokalene i Haugomsenteret kunne fremleies til de aktuelle tilbyderne. Det ble også opplyst om at: *”Coop Øst Eiendom A/S også har tilbudt oss lokaler. Disse kommer i tillegg til de du allerede har fått oppgitt som mulige utleiery.”*
- (4) Klager bekreftet ved brev 3. august 2010 at innklagede kunne fremleie lokalene i Haugomsenteret til de aktuelle tilbyderne.
- (5) Innklagede sendte den 9. september 2010 ut brev til de tilbyderne som hadde meldt sin interesse etter avisannonsen. Brevet var benevnt *”Tilbudsinnydelse av inngåelse av leiekontrakt”*, hvorfra følgende hitsettes:

”Follo politidistrikt ønsker som følge av dette å inngå en leiekontrakt i tråd med annonse, bl.a i Smaalenens avis den 01.02.10. En viser for øvrig til Deres prospekt, oversendt oss etter annonseringen.

Valg av fremgangsmåte:

Vi har valgt å gjennomføre en begrenset anbudsinnnydelse hvilket tilsier at de som har kommet med tilbud etter annonsering også gis anledning til å delta i konkurransen.

Vi gjør særlig oppmerksom på at vi kun vil inngå leieavtale i eksisterende bygg.

Dette betyr at tilbud på eksempelvis planlagte, men ikke oppførte bygg automatisk blir avvist. En ønsker med dette å unngå en langvarig prosess med inngåelse av en bygge-/anleggskontrakt.”

- (6) I det vedlagte konkurransegrunnlaget fremkom det under punkt *”Oppdragsgiver”* at innklagede ønsket innflytting *”01.06. 2011 eller snarest mulig etter denne datoen.”* Videre fremkom følgende under punkt *”Kontrakt og kontraktsperiode (leieavtalen)”*:

”Leietidens varighet er 15 år og løper fra innflytting ca. 01.06. 2011 og avsluttes 01.06. 2026 avhengig av datoen lokalene ble tatt i bruk av politiet.”

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt *”Tildelingskriteriene”* fremkom det at et av tildelingskriteriene var *”Leverings- og ferdigstillelsesfrist”*. Dette kriteriet skulle vektlegges med ca 10 prosent, og var nærmere beskrevet som *”Mulighet til ferdigstillelse og innflytting innen 01.06. 2011.”*

- (8) Vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget inneholdt en kravspesifikasjon benevnt "*Lokaler politiet i Indre Østfold – behov og ønsker*". Her var det gitt en nærmere oversikt over de behov og ønsker innklagede hadde for romløsninger i lokalene.
- (9) Innen tilbudsfristens utløp den 12. november 2010 klokken 12.00, var det innkommet fire tilbud fra tre tilbydere. Blant disse var klager og Coop Øst Eiendom AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (10) I valgte leverandørs tilbud av 11. november 2010 var det tilbudt utleie av en bygning i Løkenveien 1. Det var angitt at bygningen ville tilpasses i henhold til kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Videre var det opplyst at eiendommen ville være innflytningsklar 1. oktober 2011.
- (11) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 13. desember 2010. Kontrakten har hovedoverskriften "*Leieavtale*" og underoverskriften "*Avtale for eksisterende bygg*". Under punkt 2 "*Leietid*" fremkom det at leietiden skulle starte 1. oktober 2011, og opphøre 1. oktober 2026. I tillegg hadde innklagede rett til utvidelse av leieforholdet i fem år. Fra leieavtalen hitsettes følgende fra punkt 4.3 "*Vedlikehold*":
- "Utleier er ansvarlig for at bygg og tekniske installasjoner til enhver tid tilfredsstiller de lover, forskrifter og offentlige bestemmelser/krav som måtte gjelde for det/de bygg som er oppført på eiendommen, og bærer alle kostnader i tilknytning til dette."*
- (12) Det er opplyst at valgte leverandør i desember 2010 tok kontakt med kommunen for å orientere om planene med eiendommen i Løkenveien 1.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 28. januar 2011. I klagen var det anført at innklagede hadde brutt loven § 5 ved å akseptere valgte leverandørs tilbud til tross for at interesse ikke var meldt innen den fristen som fremkom i avisannonsen publisert 1. februar 2010, samt at det var begått to forskjellige brudd i tilknytning til tildelingsevalueringen.
- (14) Som følge av valgte leverandørs henvendelse til kommunen i desember 2010, sendte kommunen følgende brev til valgte leverandør 31. januar 2011:
- "Omsøkt tiltak innebærer riving av eksisterende tilbygg / oppføring av nye, ombygging og bruksendring fra forretning til politistasjon inkl. oppsetting av nye innvendige vegger og sanering av gulvbelegg, flislagte vegger, lysarmatur, røropplegg, ventilasjonsanlegg, varmtvannsberedere, utvidelse av messanin, utsparing for trapp/heis mellom kjeller og 1. etasje, utskifting av yttervegger i 1. etasje og vegger tilhørende deler av kjelleretasjen, samt fjerning av gesimskasser og utskifting av takbelegg.*
- Etter kommunens skjønn er tiltaket så omfattende at hele byggverket i det vesentlige blir fornyet. Vi vil derfor karakterisere det som en hovedombygning, jf. plan- og bygningsloven §§ 20-1, bokstav b og 31-2."*
- (15) Valgte leverandør sendte e-post til innklagede 4. februar 2011, og informerte om at kommunen anså ombyggingen av eiendommen for å være en hovedombygning, noe som ville medføre merkostnader for valgte leverandør. Overnevnte brev fra kommunen til valgte leverandør ble også vedlagt. Videre ble det presisert at det ble arbeidet med å ivareta framdriftsplanen, slik at innklagede kunne overta bygningen 1. oktober 2011.

- (16) I et brev adressert til valgte leverandør 16. februar 2011, redegjorde et murerfirma for alternative løsninger for ombygningsprosessen, og prisen på dette. Valgte leverandør videresendte brevet til innklagede i en e-post samme dag. I e-posten fremkom det at dato for ferdigstilling ville bli forskjøvet fra 1. oktober til 1. desember 2011, men at noe av denne forsinkelsen muligens kunne tas inn. Følgende gjengis fra brevet murerfirmaet sendte til valgte leverandør:

”På grunnlag av Askim kommunes vedtak om at ombyggingen skal defineres som hovedombygging, notat datert 31.01.11, vil vi redegjøre for hvilke bygningsmessige og kostnadmessige konsekvenser dette medfører.

Beslutningsgrunnlag for definering av hovedombygging

Bygningsmyndigheten i kommunene kan kreve at bygget skal defineres som hovedombygging dersom vesentlige deler av bygningen blir ombygd. Dette vil utløse krav om at bygget skal følge nye byggetekniske forskrifter.

Det er først når ombyggingsplanene kan legges fram at kommunen kan ta stilling til dette spørsmålet. I den hektiske perioden før tilbudsinnleveringen var det ikke rom for å avklare disse forholdene.

Gjennomgang av eksisterende bæresystem og beregning av dennes kapasitet krever mye ressurser og det var heller ikke åpenbare forhold som tilsa at bæresystemene ikke holdt mål.

[...]

Vi har i samråd med rådgivende ingeniører sett på ulike alternative tiltak som er best både økonomisk og fremdriftsmessig.

[...]

3. Fjerne eksisterende bæresystem ned til plan 1 og erstatte dette med nytt. [Dette er alternativet valgte leverandør valgte]”

- (17) I klagers kommentar til klagenemnda 28. mars 2011 ble det fremmet en ny anførsel, påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Denne anførselen ble av klagenemndas sekretariat skilt ut til behandling i foreliggende sak. Anførselen i klagers opprinnelige klage av 28. januar 2011 blir behandlet i sak 2011/29, som også behandles av nemnda i dag.
- (18) Innklagede ble varslet om påstanden om ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas brev 6. april 2011.
- (19) Etter spørsmål fra sekretariatet i e-post av 23. mai 2011, informerte innklagede ved brev av 24. mai 2011, at innklagede anså valgte leverandørs tilbud inngitt den 11. november 2010 for å oppfylle kravspesifikasjonen, slik at det ikke hadde vært noe grunnlag for å avvise dette. Videre ble det opplyst at innklagede verken hadde tatt initiativ til, eller hadde hatt noen påvirkningsevne i ombygningsprosessen av eiendommen i Løkenveien 1, men først ble informert om beslutningene etter at disse var truffet av valgte leverandør. Vedrørende bakgrunnen for ombyggingen av bygget, fremkom følgende i brevet til klagenemnda:

”Da politiet i Follo ikke hadde noe med dette spørsmålet å gjøre, vet vi heller ikke foranledningen til søknaden. Vi har imidlertid kontaktet leverandør i dag og fått opplyst følgende pr telefon fra Coop Eiendom v/ eiendomssjef Egil Hansen om prosessen for Løkenveien 1:

Coop eiendom fant det naturlig å orientere Askim kommune om planene for Løkenveien 1. Orienteringen ble gitt under et møte i desember. Det ble reist spørsmål fra kommunen om endringene av bygget var å betrakte som en hovedombygging. Dette ville i så fall ha betydning for hvilke krav som skulle stilles. Dokumentasjon ble oversendt kommunen.

31.01.11 bestemte kommunen at dette skulle defineres som hovedombygging hvilket medførte at nye bestemmelser – ”Tek 10” – trådte i kraft. Kommunens beslutning medførte bl.a. at dagens krav til bærende konstruksjoner måtte følges.

Coop vurderte det slik at en løste utfordringene enklest ved å rive 1. etasje og bygge dette opp på nytt. Denne fremgangsmåten ble derfor besluttet.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager anfører at innklagede, ved ikke å kunngjøre konkurransen om leie av lokaler til nytt politihus, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at den delvise rivingen og gjenoppbyggingen av det eksisterende bygget til valgte leverandør, innebærer at de premisser som lå til grunn for unntaket fra forskriften § 1-3 (2) bokstav b ikke lenger var til stede. De faktiske forholdene i saken viser at den nåværende leveransen også er i strid med kravet i innklagedes konkurransedokumenter om at konkurransen kun gjaldt eksisterende bygninger.
- (21) Klager anfører at det uansett foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved at den senere ferdigstillingen av utleiebygget medfører en vesentlig endring av kontrakten. Det vises til at opprinnelig ferdigstillingsdato var angitt å være 1. oktober 2011, men at denne er blitt forskjøvet til 1. desember 2011.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede bestrider at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at innklagede har forholdt seg til unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b. Samtlige inngitte tilbud tok utgangspunkt i en eksisterende bygningsmasse, herunder tilbudet til valgte leverandør, noe som også fremkommer klart av tilbudet. Leieavtalen ble underskrevet 13. desember 2010. I februar 2011 fikk innklagede orientering av valgte leverandør over telefon om utbyggingsprosessen i bygget. Tiltak og avgjørelser i sakens anledning ble ikke drøftet med innklagede, og alle avgjørelsene er truffet av valgte leverandør alene. Innklagede har holdt fast ved den inngåtte avtalen, og at valgte leverandør må gjøre det som er mulig for å ferdigstille bygget som avtalt. Det er også valgte leverandør som betaler for ombyggingen. Helt nye opplysninger som tilkom innklagede først to måneder etter at kontrakt ble underskrevet, kan ikke innebære en krenkelse av unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (1) bokstav b. Både før, ved, og etter kontraktsinngåelsen var det helt klart og uomtvistet at det var snakk om et eksisterende bygg. At det kan komme inn omstendigheter i ettertid som resulterer i at utleier bestemmer seg for å foreta endringer på bygget, kan ikke benyttes som et

argument for at man ikke har inngått en leieavtale som omfattes av unntaksreglene i forskriften. Innklagede har ikke akseptert ombyggingen, eller hatt noen som helst innvirkning på utleiers vurderinger og valg på noe tidspunkt. Innklagede har kun blitt orientert om tiltaket utleier har måttet iverksette for å sette lokalene i forskriftsmessig stand, noe valgte leverandør er pliktig til etter inngått avtale.

- (23) Innklagede bestrider uansett at det foreligger en vesentlig endring av kontrakten. Det vises til at valgte leverandør tilbød ferdigstillelse 1. oktober 2011. Klager derimot tilbød *"antatt innflytting"* 1. november 2010. Når valgte leverandør, på grunn av ombyggingen, må endre innflyttingsdato til 1. desember 2010, innebærer dette at valgte leverandør ferdigstiller bygget senest fire uker etter at klagers bygg var *"antatt ferdigstilt"*. Valgte leverandør arbeider også aktivt for å ta inn mest mulig av forsinkelsen, noe som medfører at innflyttingsdato kan fremskyndes.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a (1).
- (25) I henhold til klagenemndforskriften § 13a (2) kan en klage på ulovlig direkte anskaffelse *"fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd"*. Av loven § 7b (3) følger 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 det er mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble kontrakt inngått 13. desember 2010 og innklagede fikk underretning om klagen på ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas brev av 6. april 2011. Klagen er da rettidig.

Anførselen om ulovlig direkte anskaffelse som følge av at kontrakten er påstått ikke å falle inn under unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b

- (26) Klager har anført at anskaffelsen av nytt politihus innebærer en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at ombyggingen av politihuset medførte at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b ikke lenger kom til anvendelse, og at anskaffelsen derfor skulle vært kunngjort.
- (27) Det følger av forskriften § 1-3 (2) bokstav b at forskriften ikke får anvendelse på *"kontrakter om erverv eller leie [...] av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom."*
- (28) Spørsmålet er om kontrakten som innklagede inngikk med valgte leverandør 13. desember 2010, som følge av den etterfølgende ombyggingen, er å anse som en bygge- og anleggskontrakt eller en leiekontrakt som omfattes av unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b.
- (29) I EU-domstolens sak C-536/07 kom domstolen til at Tyskland hadde brutt anskaffelsesdirektivet ved at den foreliggende kontrakten for leie av messehallen ikke var konkurranseutsatt ved anbudskonkurranse. Det avgjørende for om kontrakten var en leiekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt, var om byggene ble oppført i henhold til innklagedes spesifiserte behov, jf. særlig premiss (55), hvorfra følgende hitsettes:

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

- (30) Tilsvarende synspunkt som i EU-domstolens avgjørelse er også lagt til grunn i klagenemndas sak 2009/53, hvor det i premiss (53) fremkommer følgende:

”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.”

- (31) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at selv om leieobjektet i en viss utstrekning kan tilpasses oppdragsgivers behov, er forutsetningen at *”det ikke i realiteten er tale om et tilrettelagt eierskifte, eller at innklagede ved inngåelsen av husleieavtalen i realiteten blir stilt som en byggherre i et entrepriseforhold”*, jf. sak 2009/16 premiss (88).

- (32) I foreliggende sak har innklagede utarbeidet en detaljert kravspesifikasjon hvor de romløsninger innklagede ønsket og hadde behov for, var nærmere redegjort for, jf. vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget. Valgte leverandørs tilbud ble ansett for å tilfredsstillende de krav til romløsninger som var satt i kravspesifikasjonen. Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør fastslo at leietiden var på 15 år, og med en opsjon for 5 års forlengelse. Videre ble det i kontraktpunkt 2 bestemt at valgte leverandør var ansvarlig for at bygget og tekniske installasjoner tilfredsstilte de krav som var satt i lover og forskrifter. For å tilfredsstillende de krav innklagede hadde satt til bygningens utforming, søkte valgte leverandør kommunen om tillatelse for å gjøre de nødvendige endringer. Endringene var så omfattende at kommunen anså arbeidet for å utgjøre en hovedombygning, noe som utløste et krav om at eiendommen skulle følge nye byggetekniske forskrifter. For å tilfredsstillende byggetekniske forskrifter, besluttet valgte leverandør å fjerne de eksisterende bæresystem ned til 1. etasje, og erstatte dette med et nytt. Innklagede har ikke hatt noen påvirkningskraft eller tatt noe initiativ når det gjelder ombyggingen, og ombyggingen medfører heller ingen økonomiske konsekvenser for innklagede.

- (33) Slik klagenemnda ser det, var formålet med anskaffelsen å finne et egnet lokale for ny politistasjon. Selv om innklagede i vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget oppstilte detaljerte krav til lokalene hva gjelder funksjon og planløsning, kan ikke nemnda se at kravene gir innklagede større innflytelse på bygningens utforming enn det en leietaker vanligvis vil ha for kontrakter av denne varighet, jf. også klagenemndas sak 2009/16 premiss (90). Bakgrunnen for ombyggingen av bæresystemet, var kommunens vedtak som utløste et krav om at eiendommen skulle tilfredsstillende nye byggetekniske forskrifter. Det var således ikke for å oppfylle innklagedes behov at ombyggingen ble så omfattende. Ombyggingsprosessen ble også styrt av valgte leverandør, og innklagede har verken tatt initiativ til eller for øvrig hatt noen innvirkning på denne. Det er også valgte leverandør som bærer kostnadene og den øvrige risikoen knyttet til ombyggingen. Ut fra det opplyste, medfører heller ikke ombyggingen økte kostnader

for innklagede. I henhold til kontraktens punkt 2 er det også valgte leverandør som er ansvarlig for at bygningen til enhver tid tilfredsstiller de krav som er fastsatt i lov og forskrift. Klagenemnda kan heller ikke se at kontrakten på andre punkter pålegger innklagede noen særlige plikter eller risiko utover det som er normalt i et leieforhold. Det er heller ingenting i kontrakten som tilsier at innklagede vil ha noen rett til å overta lokalene. Videre har innklagede gjennom hele prosessen klart gitt uttrykk for at det her er tale om å leie et eksisterende bygg, og ikke på noen måte opptrådt som om det kunne være aktuelt å bli byggherre i forhold til et bygge- og anleggsarbeid.

- (34) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at anskaffelsen er å regne som en leiekontrakt som er unntatt forskriften, jf. § 1-3 (2) bokstav b. Det foreligger derfor ikke noen ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.

Anførselen om ulovlig direkte anskaffelse som følge av påstand om vesentlig endring av kontrakten

- (35) Klager anfører at forskyvingen av ferdigstillelsesdato fra 1. oktober til 1. desember 2011 medfører en vesentlig endring av kontrakten, slik at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag. På bakgrunn av konklusjonen ovenfor, oppstår ikke denne problemstillingen.

Konklusjon:

Follo politidistrikt har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å anvende unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b, eller ved å forskyve leietidspunktet med to måneder.

Bergen, 6. juni 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller