



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Klager har deltatt i en konkurranse vedrørende leie av minimum 2500 m<sup>2</sup> areal til Kunnskapsparken på Finnsnes. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde handlet i strid med regelverket ved å anvende unntakshjemmelen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b ved anskaffelsen. Dette utgjorde dermed ingen ulovlig direkte anskaffelse.*

**Klagenemndas avgjørelse 10. februar 2014 i sak 2012/35**

- Klager:** FinansGruppen Eiendom AS
- Innklaget:** Lenvik kommune
- Klagenemndas medlemmer:** Gro Amdal, Andreas Wahl og Jakob Wahl.
- Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

**Bakgrunn:**

- (1) Saken gjelder om Lenvik kommune (heretter kalt innklagede) ved Kunnskapsparken Finnsnes AS (heretter kalt KUFU) har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved ikke å kunngjøre konkurranse om leie av lokaler på minimum 2500 m<sup>2</sup> som en bygge- og anleggsanskaffelse. Klagenemnda bemerker at også øvrige forhold ved anskaffelsen er påklaget, herunder hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist og at konkurransens evaluering var vilkårlig. Disse anførsler er imidlertid skilt ut i egen sak med saksnummer 2012/33, og vil ikke bli behandlet i det følgende.
- (2) KUFU gjennomførte konkurransen om leie av lokaler i juni 2011 på vegne av innklagede og øvrige leietagere, og målet var å samlokalisere en rekke offentlige institusjoner, herunder Lenvik folkebibliotek, Studiesenteret Finnsnes AS (heretter Studiesenteret), Midt-Troms museum med flere. KUFU ble stiftet i november 2005, og eies av Lenvik kommune med 38,8 %, Troms fylkeskommune med 36,57 % og Finnfjord AS med 24,63 %.
- (3) Konkurransen ble annonsert i lokal media, herunder i Bladet Nordlys og Troms Folkeblad, men var ikke kunngjort i Doffin eller TED da det var antatt at anskaffelsen var unntatt forskrift om offentlige anskaffelser. Fire aktører henvendte seg til KUFU, og fikk tilsendt tilbudsinnbydelse.
- (4) Det er ikke angitt noe om anskaffelsesverdi i tilbudsinnbydelsen, men det fremgår at innbydelsen gjelder tilbud på leie av minimum 2500 m<sup>2</sup> netto areal. Tilbudsfrist var i innbydelsens siste side angitt til 19. august 2011.
- (5) Av tilbudsinnbydelsen side 1 fremgikk følgende om formålet til KUFU:

*"[...] er ideelt og går ut på å tilrettelegge for samlokalisering av utdanningsaktører, FoU miljø og annen kunnskapsintensiv virksomhet innen både offentlig og privat sektor. [...]"*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Rådhusgaten 4  
5014 Bergen

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

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

*Kunnskapsparken Finnsnes as ber med dette om tilbud på leie av minimum 2500 m<sup>2</sup> netto areal.*

*Kunnskapsparken Finnsnes as har påtatt seg rollen som koordinator i arbeidet med å finne egnede lokaler for en samlokalisering av Lenvik folkebibliotek, Studiesenteret Finnsnes, Midt-Troms Museum med flere, [...]*

*Samlokaliseringen vil sette krav til byggetekniske løsninger for å oppnå synergier ved nærhet til hverandre og felles bruk av sentrale rom."*

- (6) Det ble videre i tilbudsinnbydelsen side 1 punkt "Krav til leieobjektet" opplyst om generelle krav i uprioritert rekkefølge:

- "- Lokalene må ha en sentral plassering i sentrum.*
- Lokalene må ha universell utforming av interiør/eksteriør.*
- Tilfredsstillende lydisolering for alle leietakerne.*
- Biblioteket/museet må ha en sentral bygningsmessig plassering i forhold til publikumsadgang.*
- Takhøyden for bibliotek/resepsjon skal være minimum 3,5 meter.*
- Kafe/kantine bør ha en sentral plassering knyttet opp mot resepsjon/bibliotek.*
- Auditorium/konferansesal med 150 plasser med muligheter for å kunne deles i to.*
- Muligheter for snarlig utvidelse av leiearealet med minimum 1000 kvm.*
- Synliggjøre muligheter for ytterligere utvidelse av areal.*
- Parkeringsareal med minimum 50 plasser i umiddelbar nærhet samt bilparkering for bevegelseshemmede.*
- Sykkelparkering og et attraktivt uteareal.*
- Individuelle leietakere vil, med hensyn til innvendige løsninger, kunne kreve samarbeid med utleier eller utleiers arkitekt/representant. Pt gjelder dette spesielt biblioteket og museet.*
- Opplegg for tele- og datauttak på alle rom.*

***Det vil videre bli lagt vekt på:***

- Flexibilitet i romstruktur og funksjonssystem.*
- Nærhet mellom auditorium/konferansesal og kafe.*
- Grupperom bør være integrert/nær bibliotek."*

- (7) Av tilbudsinnbydelses side 2 punkt "Generelle opplysninger" ble tilbyderne gjort særskilt oppmerksomme på at:

***"konkurransen faller utenfor forskrift om offentlige anskaffelser, jf. forskriftens § 1-2, bokstav b."***

- (8) I samme punkt fremgikk også blant annet:
- *"Leietakerne skal hver for seg inngå selvstendige leiekontrakter.*
  - *Det kan påregnes langtidsleiekontrakter på 10 år fra de store leietakerne."*
- (9) Videre fremgikk det av tilbudsinnbydelsens punkt *"Tildelingskriterier"* at valg av tilbyder skulle skje ut fra det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på seks kriterier:
- |  |                               |
|--|-------------------------------|
| - <i>"Oppfyllelse av ovenstående krav.</i> | <i>Vektet 25 % (+/- 10 %)</i> |
| - <i>Beliggenhet.</i>                      | <i>Vektet 25 % (+/- 10 %)</i> |
| - <i>Utvidelsesmuligheter.</i>             | <i>Vektet 20 % (+/- 5 %)</i>  |
| - <i>Leiepris og driftskostnader.</i>      | <i>Vektet 20 % (+/- 5 %)</i>  |
| - <i>Miljøvennlige driftsløsninger.</i>    | <i>Vektet 5 %</i>             |
| - <i>Helhetlig funksjonalitet.</i>         | <i>Vektet 5 %"</i>            |
- (10) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede to tilbud, herunder fra FinansGruppen Eiendom AS (heretter kalt klager) Finnsnes Eiendomsutvikling AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (11) Av valgte leverandørs tilbud 19. august 2011 fremgikk blant annet følgende:
- "2.4 Grunnlaget for utleier sin beregning av leie*
- Ved beregningen av leien har utleier lagt til grunn følgende sentrale økonomiske forutsetninger;*
- Til grunn for beregningen av den tilbudte leieprisen ligger en samlet investeringskostnad på kr 129.450.200,-. Dette beløpet omfatter alle kostnader i prosjektet fra arbeidet med nærværende tilbud frem til ferdigstillelse av bygget til oppstart av leieforholdet, herunder tomtekostnader, samt betjening av fremtidige EierKostnader, kapitalkostnader og forretning av den innskutte egenkapital i prosjektet. Leieprisen er videre basert på at byggets samlede BruttoAreal utgjør 5015 m<sup>2</sup>.*
- 2.5 Kontrakts forutsetninger*
- Det forutsettes at det inngås separate leiekontrakter med de enkelte leietakerne innenfor tilbudets ramme og for øvrig basert på standard utleiekontrakt for næringsforhold. Leieperioden må utgjøre minimum 15 år."*
- (12) Valgte leverandør leverte også et supplement til sitt tilbud, som bestod av en beskrivelse på 33 sider. Det vises til deler av denne beskrivelsen i det følgende. Av side 5 *"Svar på krav i programmet"*, under punkt 4 *"Plassering av museet og biblioteket"* fremgikk:

*"[...] Biblioteket er husets pulserende hjerte og har sin inngang fra hovedfoajéen i 1. etasje, mens museets hovedinngang er plassert i 1. etasje mot vest. Slik kan museet også henvende seg spesielt mot reisende og turister som ankommer Trafikkterminalen, Hurtigbåtterminalen og Hurtigruta. Samtidig er det mulig å nå museet via biblioteket."*

- (13) I beskrivelsen side 5 punkt 5 "Etsjehøyde" fremgikk at:

*"1. og 2. etasje inneholder rom og funksjoner som krever større himlingshøyde enn forskriftens minimumskrav til arbeidsrom. Himlingshøyden i 1. og 2. etasje er på netto 4,5 til 5 meter."*

- (14) Av punkt 7 "Auditorium" også på side 5 i beskrivelsen fremgikk videre:

*"Auditoriet ligger i byggets 1. etasje, kan ha skyveamfi (kan følgelig brukes med flatt guly) til 153 personer. Auditoriet har to innganger plassert slik at amfiet om ønskelig kan deles i to og fremstå som to saler. [...]"*

- (15) Fra punkt 8 "Mulig utvidelse av bygget" også på side 5 hitsettes:

*"Snarlig utvidelse av areal kan løses ved å disponere byggets 4. etasje."*

- (16) Det vises videre til beskrivelsens punkt 11 "Samarbeid og fleksibilitet" side 6:

*"Konkurranseutkastet må forstås som en konseptuell ramme eller en potensiell infrastruktur, hvor det er lagt vekt på å tilrettelegge for stor fleksibilitet innenfor en sluttet form. Der det er tegnet inn forslag til fagspesifikk innredning, må dette betraktes som idéskisser som kan tas med i en mulig neste fase med prosjektbearbeiding og videreutvikling. Dette bør skje i et samarbeid med mellom byggets eiere og brukerne. Intensjonen er at de fysiske rammene og infrastrukturen skal åpne for en fleksibel og innovativ prosess."*

- (17) Vedlagt beskrivelsen var også plantegninger, og av disse fremgikk at det tilbudte bygget hadde et bruttoareal på totalt 5015 m<sup>2</sup>. I 1. etasje var det inntegnet lokaler til bibliotek, Newton-rom, en "ungdomskrok" til lesing, lytting og spill, lokaler for Midt-Troms Museum, diverse mindre rom som WC og garderobe, en foajé, kafé og et auditorium. I 2. etasje var det i hovedsak satt av areal til biblioteket, samt et teknisk rom, foajé og noen undervisnings- og møterom. Tredje etasje var inntegnet med lokaler til Pedagogisk senter, PPT, Regionrådet, Løkta, Utviklingssenteret AS, Studiesenteret og noe utleieareal og smårom, mens det i 4. etasje kun var inntegnet utleieareal.

- (18) Av tildelingsmeddelelse datert 23. august 2011 fremgikk at styret i KUFU vedtok å gå videre med tilbudet fra valgte leverandør, basert på at dette var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

- (19) I etterkant av tildelingsmeddelelsen sendte klager e-poster til KUFU og innklagede med diverse spørsmål til konkurransen og tildelingen. Tildelingen ble påklaget ved brev til KUFU datert 9. desember 2011.

- (20) "Leiekontrakt biblioteksarealet" mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 18. oktober 2011. Av punkt 4 fremgikk det at partene innledet en prosess for å

fastlegge endelig innhold i Spesifikasjonen, herunder fastsette størrelse på det areal som ble omfattet av leiekontrakten, og at dokumentet "Avtale om endringer i Spesifikasjonen og regulering av Leiepris" utgjorde en del av leiekontrakten.

- (21) Videre fremgikk under leiekontraktens punkt 5 at leiearealet var på 1181 m<sup>2</sup>. I punkt 9 fremgikk at leieforholdet løper i ti år, med opsjon på ytterligere fem år. Av leiekontraktens punkt 10 "Leievederlaget" fremgikk blant annet:

*"(1) Leietaker skal betale en årlig husleie ("LeieVederlaget") som ved oppstart av leieforholdet beregnes på grunnlag av et kronebeløp per kvadratmeter ("ArealPris") multiplisert med Leietaker sitt LeieAreal. ArealPris er avtalt til å være kr. 1.975,- m<sup>2</sup>/år."*

- (22) Av leiekontraktens punkt 12 "Drift og vedlikehold av utleiebygget" fremgikk følgende:

*"(1) Utleier dekker kostnader knyttet til utvendig vedlikehold av Utleiebygget. I tillegg dekker Utleier kostnader til forsikring av Utleiebygget, samt offentlige avgifter, herunder vann og avløpsavgifter, samt eiendomsskatt."*

- (23) Det hitsettes videre følgende fra dokumentet "Avtale om endring i spesifikasjon og regulering av leiepris" punkt 2:

*"a. Felles prinsipper*

*Endringene i Leieprisen skal baseres på prinsippet om "åpen bok", dvs. at Leietakerne skal få innsyn i kostnadselementene som er relevante for den aktuelle endringen i kontraktsforholdet mellom Utleier og den valgte totalentreprenøren, herunder dens underliggende entreprenører.*

*Fastsatte kostnadsreduksjoner skal føre til en forholdsvis reduksjon i grunnlaget for beregningen av Leievederlaget med 90 %. Fastsatte kostnadsøkninger skal forholdsvis tillegges grunnlaget for beregningen av Leievederlaget med 100 % pluss en margin på 10 %, til sammen 110 %. Partene skal også fastsette eventuelle endringer i byggetid som følge av endringer i Spesifikasjonen, som tillegges tidspunktet for byggestart etter pkt. 4.*

*b. Forutsetninger for Leiepris – beregningen av Justert Leiepris*

*Leieprisen er i Leiekontrakten satt til kr. 1975,- ekskl. mva. Leieprisen bygger på følgende forutsetninger:*

- Samlet investeringskostnad på kr. 129 450 200,-*
- BruttoAreal 5015m<sup>2</sup>*
- Investeringskostnad/m<sup>2</sup> = kr. 25 812,-*

*[...]*

*Utleier bærer den fulle risiko for størrelse av de forutsatte investeringskostnadene."*

- (24) I dokumentets punkt 3 "Nærmere beskrivelse av prosessen for endringer i Spesifikasjonen" fremgikk at leietakerne i felles "byggekommitemøter" skulle drøfte endringer i spesifikasjonen og andre forhold knytte til utleiebygget. Videre ble det opplyst at:

*"For øvrig anvendes de mer detaljerte reglene om byggherre sin bestilling ovenfor entreprenør av tillegg-/endringsarbeider etter NS 3431 tilsvarende."*

- (25) For øvrig fremgikk det av det samme punktet at alle endringer i spesifikasjonen skulle være fastlagt senest 30. november 2011, og at byggestart skulle skje etter dette tidspunktet. Videre het det at:

*"Eventuelle endringer etter Byggestart skal godkjennes av Utleier, eventuelt mot de leietillegg som tilbys av Utleier".*

- (26) Studiesenteret inngikk leiekontrakt med valgte leverandør 24. oktober 2011. Av leiekontraktens punkt 4 "Etterregulering av leiepris og leieareal basert på endringer i spesifikasjonen" fremgikk at partene hadde innledet en prosess for å fastlegge endelig innhold i Spesifikasjonen, herunder å fastsette størrelse på det areal som omfattes av leiekontrakten, og at dokumentet "Avtale om endringer i Spesifikasjonen og regulering av leiepris" utgjorde en del av leiekontrakten.

- (27) I avtalens punkt 5 ble det opplyst at leiearealet utgjorde samlet 473,8 m<sup>2</sup>, og av punkt 9 at leieforholdet løper i ti år med opsjon på å leie i ytterligere fem år. For øvrig fremgikk i hovedsak de samme punkt som i leiekontrakten for biblioteksarealet beskrevet over, og innholdet av "Avtale om endring i spesifikasjon og regulering av leiepris" er det samme for begge leiekontrakter.

- (28) Det ble videre gjennomført møte i "Byggekomite" for Kunnskapsparken den 17. januar 2012, og det hitsettes fra møtereferatet:

*"De endringer som prosessen med leietakerne har hatt så langt, vil ikke medføre noen endringer i den fastsatte leiepris. Prosessene som er regulert i tilleggskontraktene slutføres nå og de endringer partene er blitt enige om fremgår av signerte tegninger og et signert kontraktstillegg til denne tilleggsavtalen. I dette kontraktstillegget fremgår det også at de endringer som er avtalt ikke vil gi tillegg i leieprisen. Alle endringer som måtte komme fra den enkelte leietaker etter at kontraktstillegget er underskrevet, kan føre til endringer i leieprisen. [...]"*

*Det ble også fra FE fremholdt at pga manglende utleid areal, kan bygningen i første omgang bli oppført i bare to etasjer. Dette har med finansieringen av bygget og de mangler i dag ca 400 kvm utleid areal for å kunne bygge i tre etasjer. Det arbeides med potensielle leietakere og avgjørelse om etasjehøyde vil bli tatt senere. Hvis det blir bygd bare to etasjer, vil arealene til de interkommunale tjenestene og Utviklingssenteret bli flyttet ned fra 3. til 2. etasje. Bygget vil bli dimensjonert for 4 etasjer.*

*Finnsnes Eiendomsutvikling har besluttet å inngå kontrakt med NCC om totalentreprise på byggingen. Svein A. Sivertsen, som vil være prosjektleder for bygget, orienterte om den videre prosess og la frem en fremdriftsplan (vedlegges)*

*som innebærer en byggetid på 15 mndr fra det tidspunkt det foreligger en godkjent rammesøknad. De vil benytte A3 som arkitekt"*

- (29) Av plantegninger for bygget daterte 5. mars 2012 fremgikk at del av 1. og 2. etasje ved biblioteket skulle være mezzanin. Det var og spesifisert et rom for film/forestilling/foredrag i 1. etasje. Videre fremgikk at Pedagogisk senter, PPT, Løkta, Regionrådet og Utviklingscenteret AS skulle ha lokaler i 3. etasje, som for øvrig bestod av utleieareal.
- (30) Av plantegninger for bygget datert 16. november 2012 fremgikk visse endringer for byggets 2. etasje, og Studiesenterets areal. Det er inntegnet to nye klasserom, et styrerom, samt at utleiearealet er noe mindre enn ved tegningene i mars 2012. Innklagede har opplyst at Studiesenteret nå leier et areal på 749 m<sup>2</sup> i 2. etasje.
- (31) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) den 1. februar 2012.
- (32) Bygget er av innklagede opplyst å være ferdigstilt 1. juli 2013.
- (33) Innklagede har i e-post til klagenemndas sekretariat den 28. januar 2014 opplyst følgende om aktørene i Kunnskapsparken i dag:

*"1. etasje: Lenvik folkebibliotek, Newton energi og havbruksrom Midt- Troms Kafé Okazo, Turistinformasjon og Barnemuseum.*

*2. etasje: Kunnskapsparken Finnsnes AS og Studiesenteret Finnsnes AS.*

*3. etasje: Utviklingscenteret AS, Pedagogisk Senter Midt-Troms, Løkta, Midt-Troms Regionråd, PPT Midt- Troms, Hordafør AS, Ewos AS, Troms Fylkestrafikk, Finnsnes Havn AS, Finnsnes Eiendomsutvikling AS, Manpower, Norsk Fagskole, Opplæringskontoret for Næringsmiddelfag, Transport og bilfagenes opplæringskontor (TOBO), Opplæringskontoret for Verkstedtekniske fag, Opplæringskontoret for Bygg- og anleggsteknikk (BYGG OPP), Opplæringskontoret for offentlig sektor i Troms (KOM OPP), og Opplæringskontor for teknologifag (Otek)."*

- (34) I tillegg til det ovenstående er det i korrespondanse med partene i saken opplyst for sekretariatet at prosessen rundt leie av lokaler for samlokalisering startet allerede i 2008. Den gang ble konkurranse utlyst ved kunngjøring i Doffin, i Troms Folkeblad og i avisa Nordlys. Tre tilbydere innga tilbud i denne konkurransen, og styret i Kunnskapsparken besluttet å inngå forhandlinger med Lund Eiendomsutvikling AS om leiekontrakt i et fremtidig bygg, med forbehold om at fremleiekontraktene kom på plass. Lund Eiendomsutvikling AS er det tidligere navnet til Finnsnes Eiendomsutvikling AS/valgte leverandør. På bakgrunn av vedtak i kommunestyret 17. desember 2009 om ikke å inngå leiekontrakt for biblioteket, besluttet styret i KUFU i møte 11. mars 2010 å avslutte anskaffelsesprosessen. Denne tilbudsrunderen er opplyst å være bakgrunnen for at egengodkjenning av reguleringsplan for Kunnskapsparken Finnsnes ble utarbeidet og behandlet av formannskapet 22. desember 2009, og godkjent av kommunestyret 25. februar 2010. Senere endret kommunen sitt standpunkt med tanke på å leie lokaler til biblioteket, og inneværende konkurranse ble utlyst i lokale medier jf. premiss (3).
- (35) Klager har i e-post av 20. desember 2013 presisert at: *"Det er riktig at det er Lenvik kommune som er innklaget rettssubjekt i saken [...]"*. Klager har videre som svar på

blant annet sekretariatets e-post 17. desember 2013 gitt følgende tilbakemelding av 23. desember 2013:

*"Klager fastholder at Lenvik kommune, ved KUFU, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å ikke utlyse kontrakten som en bygge- og anleggskontrakt, og at det foreligger grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr. Klagens gjenstand er bygget som sådan, idet kommunen har overlatt til KUFU å gjennomføre anbudskonkurransen for seg, og det er Lenvik kommune og dens eiertilknytning i de selskaper/tjenester som skulle inn i Kunnskapsparken som har styrt prosessen for opprettelsen av bygget. Selv om kommunen kun er direkte kontraktspartner hva gjelder biblioteksarealet, har kommunen direkte eller indirekte involvert i hele byggeprosessen for opprettelsen av Kunnskapsparken, bl.a. som aksjonær i KUFU og i de øvrige leietakerne."*

(36) Saken ble behandlet i nemndsmøte den 3. februar 2014.

#### **Anførsler:**

##### ***Klagers anførsler:***

- (37) Klager anfører at innklagede, ved KUFU, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre konkurranse om leie av areal til Kunnskapsparken på Finnsnes som en bygge- og anleggsanskaffelse, da denne ikke omfattes av unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b.
- (38) Klager fremholder en rekke argumenter for at anskaffelsen i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt. I det følgende blir disse summarisk gjengitt, og sortert etter momentets art.

##### *Initiativ til oppføringen*

- (39) Det vises til at det er KUFU, på vegne av kommunen, som har tatt initiativ til oppføringen av bygget med på forhånd definerte funksjoner, og til dels detaljerte spesifikasjoner, blant annet knyttet til himlingshøyde og størrelse. Videre påpekes at det i 2008 ble kunngjort en anbudskonkurranse for det samme prosjektet, men at denne ble terminert som følge av at kommunen trakk seg som leietager av biblioteklokalene. Dette illustrerer imidlertid at prosjektet baserer seg på en prosess som har foregått over flere år. Det er således innklagede og dens eiermajoritet i de virksomheter, herunder Studiesenteret, som skulle inn i Kunnskapsparken som styrte prosessen om det skulle oppføres et bygg, størrelsen på bygget, og på hvilken tomt bygget skulle oppføres.

##### *Påvirkning på byggearbeidene*

- (40) Innklagede har lagt klare føringer til bygget både i tilbudsinnbydelsen og senere i byggeprosessen. Det er gjennom detaljerte spesifikasjoner i tilbudsinnbydelsen, "*Krav til leieobjektet*", lagt opp til aktivt samarbeid mellom kommunen og valgte leverandør om kontraktens utforming. Det følger også av "*Avtale om endring i spesifikasjonene*" at partene skal ha felles byggekomitemøter, og etablere et felles fora for å ivareta prosessen omkring endringene i spesifikasjonen. Hertil kommer at det i denne avtalen er henvist til NS 3431, noe som ikke er vanlig i en alminnelig leiekontrakt.

- (41) Konkret viser konseptbeskrivelsen i tilbudsbrevet side 5 at valgte leverandør direkte forholder seg til kravspesifikasjonens ulike punkter. Eksempelvis er kommunens føringer for planløsningen og takhøyden på minimum 3,5 meter for biblioteket, hensyntatt i tilbudet punkt 5, hvor det fremgår at 1. og 2. etasje inneholder rom og funksjoner som krever større himlingshøyde enn forskriftens minimumskrav. Krav til tekniske løsninger og romløsninger er også hensyntatt i tilbudet, jf. dets punkt 4. Kommunens krav til utforming av auditoriet, legger videre særlige føringer for planløsningen, jf. tilbudets punkt 7. Innklagedes krav om mulighet for snarlig utvidelse av leiearealet med 1000 kvm er også fulgt opp i tilbudet, jf. side 5 punkt 8. Kommunen har således hatt innflytelse på planløsning og utformingen av selve bygget.
- (42) Klager er også informert om at det er foretatt en del faktiske endringer i spesifikasjonen etter kontrakt ble inngått. En sammenligning av plantegningene som lå ved byggesaken, og de som lå ved tilbudet, viser eksempelvis at det er foretatt flere endringer i byggets innhold, planløsning og plassering av leietakere. Blant annet er 2. etasje omgjort til mezzanin, og planløsningene for 2. etasje fremstår som vesentlig endret fra det som opprinnelig var tilbudt. Tegningene inneholder også nytt rom for film/forestilling og foredrag, og blant annet PPT og Pedagogisk senter har fått ny plassering. Dette illustrerer at byggeprosjektet har vært et samarbeid mellom oppdragsgiver og tilbyder.

#### *Formålet med bygget*

- (43) Det vises til at bygget er tiltenkt å tilfredsstillere innklagedes behov, herunder gi leietakerne tilpassede lokaler på basis av på forhånd definerte funksjoner. Klager er ikke enig i at bygget kan brukes til en rekke ulike typer virksomheter, og viser særlig til romløsningen for biblioteket og museet. Av private aktører var det også i utgangspunktet kun Utviklingscenteret AS med 2-3 ansatte som var tiltenkt lokaler i bygget. Plantegningene er videre utarbeidet med sikte på å oppfylle kommunens uttrykkelige spesifikasjoner i tilbudsinnbydelsen.

#### *Risikoen for byggekostnader*

- (44) Det fremholdes også at fastleggningen av leien avviker fra normalløsningen i tradisjonelle leiekontrakter. I avtale om endring i spesifikasjonen, punkt 2, fremgår at leieprisen skal endres i tilknytning til endringer i spesifikasjonen. Kostnader/besparelser i tilknytning til endringer kan således forflyttes til en tilsvarende justering i grunnlaget for beregningen av leieprisen. Hertil kommer at det i et referat fra byggekomitémøte den 17. januar 2012 fremgår at bygget kun ville bli oppført i to etasjer dersom man ikke fant en ny leietaker som kunne leie 400 m<sup>2</sup>, idet man ellers ikke fikk finansiering for en tredje etasje. Leietakerne som på dette tidspunktet skulle leie areal i 3. etasje måtte da flyttes ned til 2. etasje. Investeringskostnadene er følgelig søkt dekket gjennom leieinntektene, og oppføringen av bygget har hatt en nær sammenheng med antall leietakere og deres behov.

#### *Skyldkravet*

- (45) Endelig fremholdes at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt, og at det ikke foreligger unnskyldningsgrunner som kan fritta innklagede for ansvar. Spørsmålet om

manglende kunngjøring, og om anskaffelsen gjaldt eksisterende lokaler eller nybygg ble reist av klager allerede ved e-post til kommunene 29. august 2011, uten at dette ble adressert av innklagede. For det tilfelle at kommunen var svært usikker på sine vurderinger, henvises det til etablert praksis fra EU-domstolen om at unntak fra regelverket skal tolkes restriktivt. Selv om innklagede har valgt å gjennomføre en konkurranse, skulle denne ha vært kunngjort i henhold til regelverket.

### *Innklagedes anførsler:*

- (46) Innledningsvis fremholder innklagede at saken vanskelig kan avgjøres på grunnlag av dokumenter alene, og at den således ikke er egnet for behandling i klagenemnda.
- (47) For det tilfelle at saken behandles bestrider innklagede at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen av lokaler til biblioteket har vært underlagt reell konkurranse, og kontrakten er en leiekontrakt. Det presiseres at selv om KUFU har gjennomført en anskaffelse på vegne av flere leietagere, er det den enkelte leietager som er den reelle anskaffer, og kontraktene må vurderes separat. Kommunen leier kun areal i byggets 1. og 2. etasje, og det må være disse lokaler som er gjenstand for vurdering. Med unntak av Studiesenteret hvor kommunen eier omtrent 83 % av aksjene, er det videre ikke riktig at kommunen har eiermajoritet eller avgjørende innflytelse i noen av de øvrige leietakerne. Innklagede har følgende relasjoner til leietakere: PPT-Midt Troms er et samarbeid mellom fem kommuner og Troms fylkeskommune, Midt-Troms regionråd består av åtte kommuner, Løkta er et interkommunalt samarbeid med de forannevnte deltakerne, Utviklingssenteret AS, hvor Lenvik kommune som eneste offentlige aksjonær har en aksjepost på 13,29 %, og Kunnskapsparken Finnsnes AS, hvor Lenvik kommune har en aksjepost på 38,8 %. Hertil kommer at det også er en rekke private leietakere i bygget, herunder Ewos AS, Manpower og Hordafør AS.
- (48) Innklagede fremholder en rekke argumenter for at anskaffelsen er omfattet av unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b. I det følgende blir disse summarisk gjengitt, og sortert etter momentets art.

### *Initiativ til oppføringen*

- (49) Innklagede bestrider at kommunen har tatt initiativ til oppføring av bygget, idet KUFU har bedt om tilbud på lokaler til en rekke leietager og ikke stilt krav om nybygg. Det tilbakevises for øvrig at det ikke finnes bygg på Finnsnes som oppfyller kravet til 3,5 meter takhøyde. Kommunen har videre avslått tilbud om å kjøpe et slikt bygg.

### *Påvirkning på byggearbeidene*

- (50) Hva gjelder oppdragsgivers påvirkning på byggearbeidene, er kravene til leieobjekt i tilbudsinnbydelsen grovt utformet. Flere av kravene vil gjelde uavhengig av leietaker, og det er bare gitt overordnede føringer, samt foreløpig oversikt over arealbehovet fordelt på leietakerne. Det er ikke krav til spesielt stor takhøyde, og det er heller ikke lagt opp til at leietakerne skal ha påvirkning på den overordnede planløsning, byggets størrelse eller fasade. Det fremholdes at det vil være vanskelig å gjennomføre en anskaffelse som skal dekke leietakernes behov med en mindre spesifikk beskrivelse enn dette. Selv om valgte leverandør presenterte et

gjennomarbeidet konsept, innebærer ikke dette at tilbudsinnbydelsen legger opp til samme detaljeringsgrad.

- (51) Det bestrides videre at det er foretatt faktiske endringer i spesifikasjonen etter at kontrakt ble inngått. Planløsningen er i alt vesentlige tilsvarende den som ble skissert i tilbudet. Herunder tilbakevises at 2. etasje er omgjort til mezzanin; høyden i 1. etasje gjør det imidlertid mulig å bygge en liten mezzanin innenfor denne etasje. Dette innebærer imidlertid bare en innredningsmessig endring, og ikke en endring i forhold til opprinnelig bygningsstruktur eller etasjeinndeling. Rom for forestilling/film/foredrag er tegnet inn i opprinnelige tegninger, men utformingen er blitt endret underveis. Til slutt vises det til at byggemøter bevisst er satt i hermetegn i "*Avtale om endring i spesifikasjonene*", og at dette gjelder et felles fora der partene kan diskutere innredningsmessige justeringer og andre praktiske spørsmål.

#### *Formålet med bygget*

- (52) Det tilbakevises at formålet med bygget i stor grad er tilpasset kommunens behov. Bygget fremstår som et ordinært moderne forretningsbygg, tilpasset en rekke ulike typer virksomheter, både private og offentlige. Store deler av arealet skal videre leies ut til andre leietakere enn de som er omfattet av den koordinerte anskaffelsen. Konkret leier kommunen bare biblioteket, som utgjør 888 kvm av det totale arealet på 5015 kvm og tilsvarer omtrent 17,7 % av arealet.

#### *Risikoen for byggekostnader*

- (53) Når det gjelder påstanden om at investeringskostnader er søkt dekket gjennom leieinntektene, kjennetegner dette nettopp kommersielle eiendomsinvesteringer. Videre er det normal markedstilpasning at oppføringen og arealets størrelse har nær sammenheng med antallet leietakere og deres behov. Det er en helt vanlig ordning at det tilbys en grunnpris og at leietaker kan påvirke visse spesifikasjoner mot prisjustering, eksempelvis oppgradere lokalenes standard. Kontrakten gir videre ikke rom for at utleier på noen måte kan velte kostnadsoverskridelser over på leietaker. Så lenge de endelige spesifikasjoner og den endelige leieprisen er fastsatt, bærer utleier den fulle risiko for de faktiske byggekostnader. Det er i kontrakten uttrykkelig presisert at utleier bærer den fulle risiko for størrelsen av investeringskostnadene. Hva gjelder møtereferatet av 17. januar 2012, og at utleier vurderte å redusere bygget fra tre til to etasjer, illustrerer også dette at utleier har en kommersiell tilnærming.

#### *Kontraktens varighet*

- (54) Kontrakten har en leieperiode på ti år, noe som ikke er spesielt langt. Opsjonen på fem nye år er ikke rettslig forpliktende. Det foreligger heller ingen opsjon på kjøp av bygget.

#### *Skyldkravet*

- (55) Endelig, for det tilfelle at klagenemnda skulle komme til at anskaffelsen faller utenfor unntaket, bestrides at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt, da kommunen etter grundige juridiske vurderinger ikke var i tvil om at anskaffelsen falt utenfor forskriften. Her må det hensyntas at regelverket er uklart på dette felt. En eventuell overtredelse kan for alle tilfeller ikke vurderes som grov. Det kan ikke være

lovgivers intensjon at man skal ramme anskaffere som har tolket regelverket feil. Den preventive virkningen vil i slike tilfeller være svært begrenset. Det må også hensyntas at kommunen faktisk har gjennomført en reell konkurranse, ved utlysning i lokale medier.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (56) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved ikke å kunngjøre konkurranse om leie av minimum 2500 m<sup>2</sup> areal til Kunnskapsparken på Finnsnes etter anskaffelsesforskriften. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (57) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (58) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (59) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder kontrakt inngått 24. november 2011, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (60) Av klagenemndsforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 8. februar 2012. Den aktuelle kontrakt ble inngått i oktober 2011. Klagen vedrørende kontrakt inngått av innklagede er således rettidig.

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

- (61) Av loven § 7b, 1. ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (62) Klager anfører at innklagede, ved KUFU, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre konkurranse om leie av areal til Kunnskapsparken på Finnsnes som en bygge- og anleggsanskaffelse, da denne ikke omfattes av unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b.

- (63) Innledningsvis presiseres at det er Lenvik kommune som er det innklagede rettssubjekt i foreliggende sak. En rekke leietagere i Kunnskapsparken har inngått separate leiekontrakter med valgte leverandør som utleier, og Lenvik kommune har 18. oktober 2011 inngått kontrakt for leie av biblioteklokale. KUFI har kun gjennomført og koordinert anskaffelsen på vegne av leietagerne, og har ikke selv inngått noen leiekontrakter. Klager har også presisert at det er Lenvik kommune som er innklaget rettssubjekt i saken, jf. premiss (35) ovenfor. Hva gjelder eventuelle øvrige rettssubjekter klager mener har vært involvert i anskaffelsen, er disse ikke klaget inn innenfor to års fristen, jf. loven § 7b tredje ledd og premiss (60). Det er således kun den kontrakt som er inngått av Lenvik kommune som er gjenstand for klagen.
- (64) Utgangspunktet er at forskrift om offentlige anskaffelser får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om *"levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- eller anleggsarbeider"*, jf. forskriften § 1-3 (1). Det følger imidlertid av § 1-3 (2) bokstav b at forskriften ikke får anvendelse på *"kontrakter om erverv eller leie [...] av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom"*.
- (65) Nærværende anskaffelse gjelder et bygg som skulle oppføres etter inngåelsen av leiekontrakter i oktober 2011. Ordlyden *"eksisterende bygninger"* i § 1-3 (2) bokstav b er imidlertid tolket utvidende i praksis, slik at også bygninger som ikke eksisterte på kontraktsinngåelsestidspunktet etter omstendighetene kan omfattes av unntaket, jf. blant annet klagenemndas saker 2007/112, 2009/1 og 2009/16.
- (66) Spørsmålet for klagenemnda blir om anskaffelsen er omfattet av unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b, eller om kontraktene må anses å utgjøre en bygge- og anleggsanskaffelse, jf. forskriften § 4-1 bokstav a.
- (67) Forskriften § 4-1 bokstav a tilsvarer direktiv 2004/18/EF artikkel 1 som refererer til *"the realisation, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority"*. I EU-domstolens sak C-536/07 var spørsmålet om leiekontrakt for et område med fire messehallen i realiteten var en bygge- og anleggskontrakt, og derfor skulle vært kunngjort. Domstolen fant at Tyskland hadde brutt anskaffelsesdirektivet og la avgjørende vekt på at hallene var oppført etter oppdragsgivers meget detaljerte spesifikasjoner, og at hovedformålet med kontrakten derfor var oppføring av bygget som sådan, jf. særlig premiss (55):
- "Next, it must be pointed out that the definition of 'public works contract' in Article 1(a) of Directive 93/37 includes all operations in which a contract for pecuniary interest, irrespective of its formal classification, is concluded between a contracting authority and a contractor and has as its object the execution by the latter of a 'work' within the meaning of Article 1(c) of the directive. The essential criterion in that respect is that the work should be executed in accordance with the requirements specified by the contracting authority; the means of that execution are immaterial."*
- (68) Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i EU-domstolens sak C-541/08 premiss (67), samt i klagenemndas saker 2011/153 premiss (36) og 2011/109 premiss (30).
- (69) Klagenemnda la i sak 2009/16 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. sakens premiss (88). I

sakene 2011/109 og 2011/153 har nemnda videre kommet til at unntaket kom til anvendelse selv der det forelå en relativt detaljert kravspesifikasjon fra den offentlige oppdragsgivers side. Konklusjonen må trekkes etter en konkret helhetsvurdering, der blant annet graden av oppdragsgivers innvirkning, kontraktens og byggets formål, risikofordelingen mellom partene, og omgåelsesbetraktninger er relevante momenter. Se også Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 4.4. Det har for øvrig ingen betydning at innklagede selv har klassifisert kontrakten som en leiekontrakt, da det er kontraktens realitet som er avgjørende.

- (70) Det fremgår av tilbudsinnbydelsens side 1 at formålet med prosjektet er å tilrettelegge for samlokalisering av Lenvik folkebibliotek, Studiesenteret, Midt-Troms Museum med flere, samt å ivareta de spesifikt nevnte offentlige organers behov for egnede lokaler. I denne forbindelse bes markedet om å gi tilbud på "*leie av minimum 2500m2 netto areal*". Det er ikke stilt noe krav om at det må tilbys et nybygg. Slik klagenemnda ser det, har formålet med anskaffelsen vært å inngå leiekontrakter for egnede lokaler til Kunnskapsparken.
- (71) Når det gjelder innklagedes innflytelse på bygningens utforming er innklagede en av partene som har initiert opprettelsen av Kunnskapsparken. Allerede i 2008 utlyste kommunen en konkurranse om lokaler til bibliotek med mer på Finnsnes. Det fremgikk videre en rekke krav til lokalene i tilbudsinnbydelsen, og disse er fulgt opp i valgte leverandørs tilbud. Noen av kravene fremstår som generelle, herunder lokalisering i sentrum og universell utforming, mens andre krav er mer spesifikke, eksempelvis at takhøyden for bibliotek/resepsjon skal være minimum 3,5 meter, og at det skal være et auditorium/konferansesal med 150 plasser. Kravene retter seg likevel i hovedsak mot planløsning og innvendig utforming, og ikke mot bygget som sådan. Valgte leverandør stod således fritt med tanke på arkitektonisk utforming, byggets størrelse og karakter. Hva gjelder innklagedes påvirkning av arbeidet med biblioteklokalet i etterkant av kontraktsinngåelsen, er det blant annet trukket frem inntegningen av en mezzanin samt enkelte andre endringer av planløsningen, jf. plantegninger av 5. mars 2012. Det foreligger imidlertid ikke holdepunkter for at innklagedes innflytelse er større enn det en leietaker vanligvis har ved langvarige leiekontrakter, jf. også klagenemndas saker 2011/109 premiss (33), 2009/16 premiss (90) og 2011/153 premiss 39.
- (72) Det foreligger videre ingen opsjon på kjøp, verken av biblioteklokalene eller bygget som sådan, og det er således ikke tale om et tilrettelagt eierskifte. Dette støttes av at leieperioden sett hen til byggets kompleksitet og kostnadsramme på omtrent 130 millioner kroner, er relativt begrenset. Nemnda kan heller ikke se at en leieperiode på ti år, med opsjon på ytterligere fem år, avviker fra det som må anses som en normal leieperiode i et reelt leieforhold. Det er videre inngått leiekontrakter med både offentlige og private leietakere, og dette har hele tiden vært forutsetningen. Også dette taler for at det ikke foreligger en bygge- og anleggskontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand, jf. departementets veileder punkt 4.4.
- (73) Når det gjelder risikofordelingen mellom partene, er spørsmålet om innklagede ved inngåelse av leieavtalen i realiteten blir stilt som en byggherre i et entrepriserforhold, jf. klagenemndas saker 2009/16 premiss (88) og 2011/109 premiss (31).

- (74) I foreliggende sak er leiesummen angitt til et kronebeløp per m<sup>2</sup>/år, regulert for eventuelle avtalte endringer i spesifikasjonen, jf. leiekontraktenes punkt 4 og 10 og punkt 2 i "*Avtale om endringer i Spesifikasjonen og regulering av Leiepris*". Selv om leiesummen vil bli opp- eller nedjustert ved endringer av lokalene, skiller ikke dette seg fra andre leiekontrakter. Utleier skal videre i henhold til avtalen bære risikoen for de faktiske byggekostnader, jf. "*Avtale om endringer i Spesifikasjonen og regulering av Leiepris*" punkt 2. Nemnda kan ikke se at innklagede påtar seg en økonomisk risiko svarende til det som er normalt for en byggherre. Etter det opplyste bærer innklagede heller ingen risiko knyttet til forsinkelser eller mangler ved bygget, eller øvrig risiko knyttet til oppføringen av bygget, svarende til det som gjelder for en byggherre i et ordinært entreprisetilhold. Innklagede har ikke påvirket valget av entreprenør eller rådgivere, jf. premiss (28), og har heller ikke driftsansvar for det ferdige bygget, eller andre forpliktelser som vanligvis tilligger eier av et bygg. Innklagedes rolle skiller seg dermed klart fra en byggherrerolle. Det foreligger heller ingen øvrige holdepunkter for at innklagede på noen måte har forsøkt å omgå regelverket ved sin anskaffelse.
- (75) På denne bakgrunn finner klagenemnda at anskaffelsen er å regne som en leiekontrakt som faller inn under unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b.

**Konklusjon:**

Lenvik kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å anvende unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b).

Bergen, 10. februar 2014  
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal