



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede inngikk kontrakt om leie av 8 boliger i Namdalseid kommune. Klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at leiekontrakten var å anse som en bygge- og anleggskontrakt, som ut fra kontraktens verdi skulle vært kunngjort, jf. forskriften § 2-1, jf. § 9-1.

Klagenemndas avgjørelse 24. april 2017 i sak 2016/125

Klager: Norges Byggmesterforbunds servicekontor

Innklaget: Namdalseid kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten, Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder Namdalseid kommunes (heretter innklagede) inngåelse av kontrakt om leie av 8 boliger i kommunen for en periode på 20 år.
- (2) I dokumentet benevnt "Anmodning om bosetting av flyktninger i Namdalseid kommune i perioden 2016-2019" utarbeidet til Namdalseid kommunestyre 10. september 2015 fremgikk følgende:

"Boliqspørsmålet

Tilstrekkelig antall boliger er avgjørende for vedtak om bosetting av flyktninger. Dersom Namdalseid skal ta imot 24 flyktninger i perioden 2016 - 2017 og eventuelt ytterligere 20 flyktninger de to neste årene, er det behov for en boligplan. Kommunen behøver ikke å eie boligene selv, men kan leie på det private markedet eller formidle leie hos private. Kommunen må avklare om det finnes private aktører som ønsker å bygge boliger i sentrum. For utleieboliger som er eid av andre enn kommuner, skal det tinglyses en klausul om bruk av boligene, samt at kommunen har tildelingsrett i minst 20 år. Dersom private ikke dekker behovet for boliger, må kommunen selv bygge ut/kjøpe.

Ved eventuelle kommunale boliger, er det viktig at boligene også dekker behovene til andre innbyggere som har vanskeligheter med å skaffe seg bolig (bostedsløse, rusmiddelavhengige, personer med nedsatt funksjonsevne, samt unge og barnefamilier med bolig- og finansieringsproblemer). Det må vurderes om det skal bygges samtidig for flere grupper enn flyktningene, eller om andre grupper skal tilbys boligene dersom det ikke lenger er bruk for dem til bosetting av flyktninger.

Rådmannen vurderer at små leiligheter med to soverom i tillegg til ordinære boliger til familier, vil kunne dekke behovet til de aktuelle gruppene. Videre bør det være en

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

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

forutsetning at kommunen aktivt tar i bruk Husbankens ordninger. Det kan gis tilskudd til kommunalt disponerte utleieboliger for vanskeligstilte, herunder flyktninger ved:

a) Oppføring av nye boliger

b) Kjøp av boliger

c) Utbedring av bolig som bidrar til økt kvalitet. Dette gjelder særlig med hensyn til universell utforming og energi/miljø

d) Etablering av utleieboliger ved at kommunen sikres tildelingsrett."

- (3) I dokumentet av 5. november 2015 "Boliger for flyktninger og andre vanskeligstilte. Håndgivelse av tomt" fremgikk det at:

"[K]ommunen [har] mottatt henvendelse fra et firma i Ytre Namdal, Bolig- og Eiendomsutvikling AS, som er et samarbeid mellom Norbolig AS og Vikna kommune. Firmaet har lang erfaring med å bygge boliger for flyktninger. Rådmannen har hatt møte med firmaet der det ble lagt fram skisser til en løsning for 8 boenheter på kommunalt eid tomt ved Trøavegen. Romløsningene følger samme mal som boliger firmaet tidligere har satt opp. Leilighetene har enkel men solid standard med 3 soverom, og passer for 2 enslige eller en liten familie. Boligene er selvsagt aktuelle også for andre enn flyktninger. Bolig- og Eiendomsutvikling AS garanterer at boligene vil stå ferdig til innflytting høsten 2016 dersom alle avtaler er klare innen søknadsfristen til Husbanken som er den 13.11.2015."

- (4) Videre fremgikk:

"Vurdering

Rådmannen har kommet fram til at det må bygges nye boliger dersom en skal kunne ta imot flyktninger i samsvar med vedtaket fra september. Det er alt for lite og spredt tilbud om eksisterende boliger. Saksutredningen redegjør for rammene for flyktningeboliger. Viktige moment er at det bør være sentrumsnært, samlet og gjerne mest mulig integrert med øvrige innbyggere.

Den aktuelle tomte er lite brukt som friområde. Det er tilstøtende arealer med samme formål som blir mer benyttet. Behovet for boliger til flyktninger og andre vanskeligstilte er et helt annet i dag enn da reguleringsplanen ble vedtatt. Det har vært foreslått å bruke arealet til undergang under Fv 17, men rådmannen anser ikke dette som aktuelt. Etter rådmannens vurdering er det fornuftig å benytte dette arealet til boligformål. [...]"

Rådmannen tilrår at Norbolig AS får håndgivelse på den aktuelle tomte i ett år. Dette innebærer at firmaet vil ha rett til å kjøpe arealet fra kommunen.(...)"

- (5) Innklagede ga i brev av 5. november 2015 benevnt "Håndgivelse av areal til Norbolig AS", en rett for Norbolig AS til å kjøpe en tomt med det formål å oppføre boliger:

"Namdalseid kommune gir Norbolig AS, org nr. 976 764 994, rett til å kjøpe ca 2 000 kvm av eidegom gnr. 147 bnr. 1 i Namdalseid sentrum. Kommunen har avtale med dagens grunneier om erverv av dette arealet. Arealet avgrenses av FV. 17, gangveg

mellom Trøavegen og FV 17 og eiendommen gnr. 147 bnr. 25. Håndgivelsen gis for 1 år f.o.m. 5. november 2015 og på følgende vilkår:

"1. Norbolig AS gis rett til kjøp av areal til formål oppføring av boliger. Arealet utgjør ca. 2 da.

2. Kjøpekontrakt inngås hvis Norbolig AS ønsker å kjøpe arealet og bygge ut eiendommen med boliger.

3. Håndgivelsen gir i seg selv ikke Norbolig AS rett til faktisk eller rettslig å disponere over arealet. Håndgivelsen er ikke gjenstand for overføring til andre.

4. Arealet som denne håndgivelsen gjelder er regulert til boligformål.

5. Tomtepris kr 150/kvm."

- (6) Innklagede inngikk den 10. februar 2016 en leieavtale med Bolig- og Eiendomsutvikling AS (heretter valgte leverandør) som er medeier i Norbolig AS. Leieavtalen omfattet 8 leilighetsbygg som skulle oppføres på den aktuelle tomten. Av leieavtalen punkt 2 "LEIESUM" fremgikk det at husleien var kroner 61 800 per måned. Videre i punkt 3 "LEIEFORHOLDETS VARIGHET" fremgikk det at "Leieforholdet løper fra ferdigstillelse av bygget. Planlagt ferdigstillelse er september 2016. Det avtales en leieperiode på 20 år, leiekontrakten er i denne perioden gjensidig uoppsigelig."
- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. august 2016.
- (8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. april 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (9) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelsen av kontrakt om leie av 8 boliger i kommunen. Klager hever at kontrakten i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt. Boligene skulle i tillegg dekke et særskilt behov for innklagede og de spesialtilpasninger til kommunens behov for flyktningeboliger kunne ikke finnes i kommunens eksisterende bygningsmasse, slik at det var nødvendig med nyoppføring av byggene. Leieperioden er i tillegg på 20 år og er gjensidig uoppsigelig. Leiekontrakten gir også leietaker rett til å bli eier da hele eller deler av eiendommen kan avtales solgt til leietaker i leieperioden. Samlet sett tilsier dette at det er tale om en bygge- og anleggskontrakt som omfattes av forskriften.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede bestrider klagers anførsel og anfører at eier av byggene tilbød kommunen å leie byggene i henhold til Husbankens finansieringsstøtte. I tillegg var det ingen risiko for innklagede forbundet med byggeprosjektet og innklagede har ikke hatt innflytelse på utformingen av boligene. Selv om leieavtalen hadde vært konkurranseutsatt ville resultatet uansett blitt det samme da det ikke finnes botilbud i sentrumsområdet. På denne bakgrunn er innklagede av den oppfatning at det er inngått en leieavtale som ikke omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas vurdering:

- (11) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder ulovlig direkte anskaffelse. Leiekontrakten ble signert 10. februar 2016 og klagen fremsatt 9. august 2016. Klagen er rettidig.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (12) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelsen av kontrakt om leie av 8 boligenheter i kommunen. Klager hever at kontrakten i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt som reguleres av forskriften del I og II, slik at konkurransen skulle vært kunngjort, jf. § 9-1 (1).
- (13) Utgangspunktet er at forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 får anvendelse ved *"tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*. Forskriften § 1-3 (2) bokstav b oppstiller imidlertid unntak for kontrakter om erverv eller leie av eksisterende bygninger eller annen fast eiendom.
- (14) Slik nemnda forstår det var innklagede eier av tomten på tidspunktet for inngåelse av leiekontrakten. Tre måneder tidligere hadde innklagede gitt valgte leverandør rett til å kjøpe tomten, for å oppføre boliger. På tidspunktet hvor leieavtalen ble inngått var byggene ikke oppført. I motsetning til det innklagede anfører må en slik avtale karakteriseres som en avtale om *"et bygge- og anleggsarbeid"* i henhold til forskriften § 4-1 bokstav c, og det er derfor ikke nødvendig å vurdere innklagedes innflytelse på bygge- og anleggsarbeidet i relasjon til alternativet om *"utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg [bygge- og anleggsarbeid] som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver"*.
- (15) Når det gjelder de øvrige forhold innklagede har fremført, er det rettslige spørsmålet hvorvidt avtalen er *"gjensidig bebyrdende"* i forskriftens forstand. Om dette uttaler EU-domstolens i sak C-451/08 følgende:

"48 Kontraktens gjensidig bebyrdende karakter innebærer, at den ordregivende myndighet, som har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til kontrakten, modtager en ydelse mod et vederlag. Ydelsen består i udførelsen af det arbejde, som den ordregivende myndighed ønsker at opnå (jf. dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 77, og af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 45).

49 En sådan ydelse skal efter sin natur og i henhold til opbygningen og formålet med direktiv 2004/18 bibringe den ordregivende myndighed en økonomisk fordel.

50 Denne økonomiske interesse er klart godtgjort, når det fremgår, at den ordregivende myndighed bliver ejer af de bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for kontrakten.

51 En sådan økonomisk interesse kan ligeledes konstateres, hvis det er bestemt, at den ordregivende myndighed får en retlig adkomst, som sikrer den rådigheden over det arbejde, der er genstand for bygge- og anlægskontrakten, henset til dets offentlige

anvendelse (jf. i denne retning dommen i saken *Ordine degli Architetti m.fl.*, præmis 67, 71 og 77).

52 Den økonomiske interesse kan endelig ligge i de økonomiske fordele, som den ordregivende myndighed kan drage af anvendelsen eller den fremtidige afståelse af bygge- og anlægsarbejderne, på grund af dennes økonomiske deltagelse i deres gennemførelse eller i de risici, som den bærer i tilfælde af arbeidets økonomiske fiasko (jf. i denne retning dommen i saken *Auroux m.fl.*, præmis 13, 17, 18 og 45)."

- (16) Gjennom leieavtalen er innklagede sikret rådighet over eiendommen mot månedlig leie for hele eiendommen på kroner 61 600. Leieavtalen har en varighet på 20 år. Dette er tilstrekkelig til å konstatere at leieavtalen gir innklagede en økonomisk fordel, og avtalen må derfor anses som gjensidig bebyrdende.
- (17) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at leiekontrakten er å anse som en bygge- og anleggskontrakt. Ut fra kontraktens verdi skulle den vært kunngjort i doffindatabasen, jf. forskriften § 2-1, jf. § 9-1. Innklagedes avtale med valgte leverandør utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Namdalseid kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk

Namdalseid kommune
Att: Rådmann Kjell Einvik
postmottak@namdalseid.kommune.no

Vår dato 28.10.2015
Deres dato
Vår referanse Off.anskaffelser
Deres referanse

Henvendelse vedrørende bygging av 8 boenheter for flyktninger i Namdalseid sentrum

Byggmesterforbundet er en bransje- og arbeidsgiverorganisasjon for bedrifter som har sin virksomhet knyttet til byggenæringen, hvor hovedaktiviteten er utførelse av tømrerarbeider. Byggmesterforbundet er tilsluttet Byggenæringens Landsforening (BNL) og våre medlemsbedrifter er også tilsluttet Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO).

Byggmesterforbundet har medlemsbedrifter over hele landet og vi har blitt gjort oppmerksom på et oppslag i **namdalsavisa.no** publisert 26. oktober, gjeldende at det planlegges for bygging av 8 boenheter for flyktninger i Namdalseid sentrum. Artikkelen belyser utfordringer med mottak av flyktninger og fremskaffelse av egnede boliger. Byggmesterforbundet har stor forståelse for utfordringene som både Namdalseid og de fleste kommuner rundt om i landet har i den forbindelse.

Allikevel tillater vi oss å stille noen spørsmål til det som fremkommer av artikkelen tilknyttet prosessen rundt anskaffelsen for bygging/utleie av ovennevnte boliger i Namdalseid sentrum. Vi oppfatter artikkelen slik at kommunen, etter kommunestyrets vedtak 10. september om å ta imot flyktninger i de tre kommende år, har blitt kontaktet av en aktør som, sammen med sine samarbeidspartnere, har lang erfaring med boliger for flyktninger. Ytterligere fremkommer det av artikkelen opplysninger om møte mellom rådmannen og firmaet hvor det ble fremlagt skisseprosjekt for bygging av 8 boenheter på en kommunal eid tomt. Det fremkommer videre av oppslaget i **namdalsavisa.no** at eiendomsselskapet garanterer at boligene vil stå ferdig til innflytting høsten 2016, dersom alle avtaler er klare innen søknadsfristen til Husbanken 13. november. Videre at rådmannen tilrår at selskapet gis en rett til å kjøpe arealet av kommunen.

Som det fremkommer ovenfor baserer vi vår kjennskap til saken på oppslaget i **namdalsavisa.no** 26. oktober, og tar derfor forbehold om at det foreligger andre opplysninger i saken. Legger man informasjonen i **namdalsavisa.no** til grunn er det på vegne av vår bransje grunn til å stille spørsmål om denne prosessen er gjennomført riktig i henhold til regelverket om offentlige anskaffelser. I tillegg til forholdene rundt selve tomtesalget, oppstår også spørsmålet om dette er en leiekontrakt eller et bygg- og anlegg, eventuelt begge deler.

Hvis det ikke finnes bygninger på tomte og det bygges til et bestemt formål, hvor oppdragsgiver spesifiserer og sitter med risikoen, er det et argument for en byggekontrakt. Da skal dette gjennomføres i en konkurranse innenfor rammene av regelverket for offentlige anskaffelser.

Videre, hvis situasjonen er slik at dette vil være et prosjekt hvor kommunen alene, eller i et eller annet samarbeide med andre offentlige etater er leietaker, skal leiekontrakten konkurranseutsettes.

Vi viser her til "KOFA 2007/20 (premiss 33) - Ivareta lovens alminnelige krav til konkurranse, forutberegnelighet og likebehandling". Argumentene i forhold til ovenstående er ytterligere utdypet i en veileder av 2013, fra Fornyings og administrasjonsdepartementet (FAD) av 2013 og følger limt inn nedenfor:

I Fornyings- og administrasjons departementets (FAD) veileder fra 2013 er følgende momenter nevnt.

- Oppdragsgivers påvirkning på byggearbeidene. Hvis oppdragsgiver har stor grad av påvirkning på arbeidet trekker dette i retning av at det er en bygge- og anleggskontrakt.
- Hvem som har risikoen for byggekostnadene, og fordeling av annen type risiko. Hvis leiesummen er fastsatt ut fra stipulerte kostnader og leverandøren må bære en stor del av risikoen for de faktiske byggekostnadene, taler dette for at det er en ordinær leieavtale.
- Formålet med bygget. Stor grad av spesialtilpasning til oppdragsgivers behov kan tale for at det er et bygge- og anleggsarbeid. Hvis spesialtilpasningene til oppdragsgivers behov ikke kan gjøres i eksisterende bygningsmasse, og leverandøren må oppføre nybygg, er dette et ekstra moment som trekker i retning av at det er en bygge- og anleggskontrakt.
- Kontraktens varighet. En kortvarig avtale kan trekke i retning av at det foreligger en leiekontrakt.
- En opsjon for oppdragsgiver til å erverve bygget kan tale for at det er et bygge- og anleggsarbeid.
- Hvis leverandør skal beholde areal i bygget selv, og eventuelt leie dette ut til andre, taler dette i retning av at det er en leiekontrakt.

Byggmesterforbundet ser selvsagt at situasjonen i forbindelse med flyktninger er en stor utfordring og at det er behov for raske beslutningsprosesser og handlekraft. Men det er ingen grunn til at man i den saken som her omtales ikke kunne løst dette innenfor samme tidsramme gjennom å konkurranseutsette tomtesalg, bygging og utleie av disse boligene. Nettopp i dagens situasjon med store utfordringer knyttet til det betydelige volumet av flyktninger og de økonomiske utfordringer også økonomisk dette er for offentlig sektor, må det utvises overvåkenhet og fokus på å utnytte ressursene på best mulig måte.

Vi kan ikke se at det er noe saklig grunnlag for at Namdalseid Kommune, når denne saken behandles av formannskapet 29. oktober, kan fremskaffe flyktningeboliger tilknyttet dette prosjektet, uten å følge lov- og regelverk for offentlige anskaffelser,

Med vennlig hilsen

Byggmesterforbundet


Frank Ivar Andersen

Daglig leder

Namdalseid kommune

Sentraladministrasjonen Namdalseid

Byggmesterforbundet
Postboks 5475 Majorstuen

0305 OSLO

Vår ref:
2015/3280-15

Deres ref

Saksbehandler
Kjell Einvik

Dato
30.10.2015

Henvendelse fra Byggmesterforbundet gjeldende sak om flyktningeboliger

Viser til Deres henvendelse datert 28.10.15.

Namdal Bolig- og Eiendomsutvikling AS (NBE) har henvendt seg til kommunen for å kjøpe et bestemt areal i sentrum. Hensikten med kjøpet er å bygge boliger for flyktninger og andre vanskeligstilte som har problemer med å komme seg inn på boligmarkedet.

Dersom NBE erverver arealet vil firmaet inngå avtaler med entreprenører som står for selve utbyggingen. Løsningene er basert på et konsept som er utviklet tidligere, og som tilfredsstillende behovene for de fleste aktuelle brukergrupper. Kommunen vil verken ha påvirkningsmulighet eller risiko i forhold til disse avtalene. For at NBE kan nyttiggjøre seg støtteordningene fra Husbanken er firmaet avhengig av en langsiktig leieavtale med kommunen. Leieavtalen blir inngått når bygget er ferdig. Det vil ikke være aktuelt for kommunen å kjøpe boligene.

Firmaet har benyttet denne framgangsmåten overfor andre kommuner i nærområdet tidligere, og kommunen har hatt tillit til at dette har forgått innenfor rammene av lov og forskrift.

Formannskapet vendte for øvrig tommelen ned for salg av den aktuelle tomte, så akkurat nå er det ingen aktuell sak. Kommunen vil imidlertid søke løsninger andre steder i sentrum i og med at en har forpliktet seg til å ta i mot flyktninger i 2016 og ellers har et generelt behov for boliger til andre vanskeligstilte.

Kommunen ønsker selvfølgelig å følge lov og regelverk og er åpen for synspunkter på framgangsmåten.

Vår ref. 2015/3280–15 bes oppgitt ved henvendelse

Med hilsen

Kjell Einvik
Rådmann

Postadresse:
Gløttvegen 2
7750 Namdalseid
E-post:
postmottak@namdalseid.kommune.no

Besøksadresse
Gløttvegen 2

Telefon
74227200
Telefaks
74227290

Kontonr
Bank: 50810548883
Skatt: 63450617255
Org.nr.
940015456