



NOTAT

Til : Kongsvinger kommune v/Uno Frivoll
uno.frivoll@kongsvinger.kommune.no

Fra : Advokat Jens Christian Skallerud
skallerud@campbellco.no

Dato : 10. mai 2019

Sak : Samarbeidsmodell-kino mm.

1. Bakgrunn

Det vises til møte 10.4 og til oversendt utkast "Regionalt kultursenter", datert 7.5.19.

Kommunen ønsker en vurdering av aktuelle måter å oppføre og drifte et nytt kulturbygg og hvordan disse forholder seg til regelverket for offentlige anskaffelser.

2. Fakta

2.1 Innledning

Det vises til ovennevnte notat.

Det vises også til sak 18/19442 fra kommunestyret og inngått avtale om opsjon av kjøp av eiendom i Byparken til hotell, se https://websak.sorhedmark.no/innsyn_mote/wfinnsyn.ashx?response=mote&moteid=628&

2.2 Forutsetninger

Ovennevnte opsjonsavtale innebærer kjøp av eiendom til markedspris og innebærer ingen form for offentlig støtte.

Opsjonsavtalen er inngått direkte mellom opsjonshaver og kommunen som salg av offentlig eiendom og har ikke vært utlyst som en offentlig anskaffelse.

Opsjonshaver forutsettes selv å forestå planprosessen og skal slik jeg ha forstått det selv via egen innhentet entreprenør oppføre hotell på tomten. Det anses derfor som uaktuelt for gjennomføring fra opsjonshaver at hotellprosjektet som sådan skal



oppføres av entreprenør valgt etter åpen konkurranse. Kommunen forutsettes således ikke å skulle delta/investere i oppføring / drift av hotellvirksomhet.

Det forutsettes videre at opsjonshaver ikke for egen regning og risiko vil forestå oppføring av konferansesenter med tilhørende kino.

Kommunen tar i ovennevnte avtale forbehold om følgende i pkt. 5:

5. GRUNNEIERS RETTIGHETER I PROSJEKTET

Prosjektet forventes i tillegg til hotell, å bestå av næringslokaler i form av blant annet kino, restaurant, forretningslokaler på gateplan, ulike typer utearealer samt underliggende parkeringskjeller. Grunneier har varslet at det kan være aktuelt for Grunneier å enten eie, leie, bygge eller erverve kinoarealene, utearealer og/eller parkeringsplasser på Tomten. Partene er enige om at dette skal avklares tidlig i prosessen..

En kan på bakgrunn av ovennevnte forutsetninger ta utgangspunkt i følgende løsninger/modeller:

- a) Et bygg som består av kun hotell og parkeringskjeller uten at kommunen har forpliktet seg til leie/eie av parkeringsplasser.
- b) Et bygg som består av hotell og parkeringskjeller, der kommunen skal eie/leie et visst antall plasser/parkeringsseksjon.
- c) Et separat bygg som består av konferansesenter og kino der kommunen skal eie/leie konferansesenter (delvis) og kino (helt), jf. fordeling i notat.
- d) Ett samlet bygg som skal bestå av hotell, konferansesenter, kino og parkeringsplasser, der kommunen skal eie/leie konferansesenter (delvis), kino (helt) og parkeringsplasser (delvis).

Byggene kan organiseres i ulike eierformer, jf. notatet av 7.5.

3. Rettslige rammer

3.1. Hvem regelverket gjelder for

Regelverket gjelder kun for kommunen eller "*offentligrettslig organ*", jf. anskaffelsesforskriften § 1-2.

- Dersom kommunen er byggherre for hele/deler av oppføringen vil derfor anskaffelsesregelverket i utgangspunktet gjelde for denne delen.
- Et opprettet utbyggingsselskap vil være "*et offentligrettslig organ*" dersom det:



- a) er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,
- b) er et selvstendig rettssubjekt og
- c) har tilknytning til det offentlige ved at
 1. organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer
 2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller
 3. organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.

Regelverket gjelder også for andre dersom bygge- og anleggskontrakten skal betales med over 50% fra kommunen/offentligrettslig organ, jf, forskriften § 1-3.

3.2 Kontrakt om kjøp eller leie av fast eiendom er unntatt fra regelverket

Det fremgår av forskriften § 2-4 a) at "erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom" er unntatt fra regelverket.

Kjøp av allerede oppført seksjon for parkering, leie av dette, eller tilsvarende for konferansesenter og kinolokaler er derfor i utgangspunktet unntatt. Unntaket vil også etter praksis kunne gjelde for leie av bygninger som skal oppføres.

Dersom hovedformålet mm. med bygget er kommunens bruk av lokalet, vil imidlertid dette etter praksis kunne bli sett på som en bygge- og anleggskontrakt som er omfattet av anskaffelsesregelverket

4. Vurdering

4.1 Modell a)-d) med opsjonshaver og kommunen som interessenter

- a) *Et bygg som består av kun hotell og parkeringskjeller uten at kommunen har forpliktet seg til leie/eie av parkeringsplasser.*

Opsjonshaver vil her være formell og reell byggherre. Dette bygget vil kunne oppføres av opsjonshaver uten å forholde seg til anskaffelsesregelverket. En etterfølgende leiekontrakt av parkeringsplasser mellom opsjonshaver og kommunen vil være omfattet av unntaket i forskriftens § 2-4 a). Opsjonshaver tar her all risiko for utbygging og senere utleie/salg av parkeringsplasser.



- b) *Et bygg som består av hotell og parkeringskjeller, der kommunen skal eie/leie et visst antall plasser/parkeringsseksjon.*

Dersom kommunen skal eie en seksjon vil kommunen være byggherre for denne delen og regelverket vil som utgangspunkt gjelde for oppføringen. Det vises bl.a. til KOFA sak 2009/53¹. Pga. forutsetninger ovenfor anses dette som ikke en reell problemstilling, med mindre oppføringen praktisk lar seg skille i to separate entrepriser/bygge- og anleggskontrakter.

Dersom kommunen skal leie parkeringsplasser vil unntaket i § 2-4 a) komme til anvendelse dersom kontrakten mellom opsjonshaver og kommunen rettslig sett er å anse som en leiekontrakt, med andre ord om hva som er hovedformålet. Det vises her bl.a. til KOFA sak 2016/80² med videre henvisninger.

Det legges til grunn at det ikke utelukkende er kommunen som skal disponere parkeringsplasser. Dersom det inngås en normal leiekontrakt om leie av et visst antall parkeringsplasser, basert på vanlige vilkår, og uten risiko for kommunen knyttet til oppføringskostnader, må det kunne legges til grunn at unntaket vil komme til anvendelse.

Opsjonshaver vil da kunne oppføre bygget inkludert parkeringsplasser som i a) og leiekontrakten mellom partene faller utenfor anskaffelsesregelverket.

- c) *Et separat bygg som består av konferansesenter og kino der kommunen skal eie/leie konferansesenter (delvis) og kino (helt), jf. fordeling i notat.*

Dersom kommunen dispenserer tomten for denne delen som grunneier, vil kommunen være byggherre og oppføringen er omfattet av anskaffelsesregelverket. Dette innebærer at det inngås en normal entreprisekontrakt av kommunen etter forutgående konkurranse.

Det kan her inngås egen kontrakt mellom kommunen og opsjonshaver om leie/bruk av konferansesenter, jf. notatet av 7.5. Tilsvarende om kjøp. Det må her forutsettes markedsmessig leie/vederlag.

Dersom tomten disponeres av opsjonshaver og kommunen skal leie av opsjonshaver, vil det her for det første bli et spørsmål om dette er en reell leiekontrakt, eller om dette egentlig er en bygge- og anleggskontrakt, jf. b) ovenfor.

En hoveddel av bygget vil være kinosenter, spesielt tilpasset kommunens behov. Også konferansedelen er forutsatt brukt av kommunen med ca 50%. Det vil her være vanskelig å inngå en leiekontrakt som ikke er knyttet opp mot entreprisekostnader mm. Jeg kan derfor vanskelig se for meg at en slik kontrakt kan være omfattet av unntaket i § 2-4 a). Konsekvensen av dette er at kontrakt om

¹ <https://www.klagenemndssekretariatet.no/wp-content/uploads/documents/200953.pdf>

² [https://www.klagenemndssekretariatet.no/wp-content/uploads/documents/2016-80%20%20Klagenemndas%20avgj%C3%B8relse%20\(NY\).pdf](https://www.klagenemndssekretariatet.no/wp-content/uploads/documents/2016-80%20%20Klagenemndas%20avgj%C3%B8relse%20(NY).pdf)



leie, inkl. oppføring må følge anskaffelsesregelverket. I dette tilfellet vil det også kunne skje ved at opsjonshaver gjennomfører en anskaffelse i markedet, jf. § 1-3, siden kommunen her vil finansiere mer enn 50% av bygget. Pga. forutsetninger ovenfor anses dette som ikke en reell problemstilling.

- d) *Ett samlet bygg som skal bestå av hotell, konferansesenter, kino og parkeringsplasser, der kommunen skal eie/leie konferansesenter (delvis), kino (helt) og parkeringsplasser (delvis).*

Det vises til drøftelsene ovenfor.

Dersom kommunen skal eie konferansesenter, kino og/eller parkeringsplasser vil anskaffelsesregelverket komme til anvendelse for denne delen. Pga. forutsetninger ovenfor anses dette som ikke en reell problemstilling, med mindre oppføringen praktisk lar seg skille i to separate entrepriser/bygge- og anleggskontrakter.

Dersom kommunen skal leie tilsvarende arealer vil det også her være avgjørende hva som anses å være hovedformålet med kontrakten mellom opsjonshaver og kommunen. På samme måte som ovenfor vil sentrale deler av bygget være tilpasset kommunens behov. Her vil andelen være mindre enn for et separat bygg som nevnt i c) ovenfor, men f.eks. kinosenter vil innebære helt spesifikk tilpasning etter kommunens behov. Selv om kommunens andel av bruken her er mindre, er det også her vanskelig å se for seg en reell leiekontrakt som ikke er sterkt knyttet mot utforming av bygget og tilhørende entreprisekostnader. Også her vil konklusjonen høyst sannsynlig være at kontrakten mellom partene ikke vil omfattes av unntaket i § 2-4 a). Også her er konsekvensen at kontrakt om leie, inkl. oppføring må følge anskaffelsesregelverket. Pga. forutsetninger ovenfor anses dette som ikke en reell problemstilling.

4.2 Modell a)-d) gjennomført i opprettet selskap/eget rettssubjekt

Det kan tenkes at partene sammen, evt. med flere, kan opprette et utbyggingselskap (selskapet), i form av aksjeselskap eller annet selvstendig rettssubjekt.

Kontrakter dette selskapet inngår vil omfattes av anskaffelsesregelverket dersom det er å anse som "*offentligrettslig organ*", jf. ovenfor.

Dersom selskapet kun gis en "*forretningsmessig karakter*" og/eller ikke er kontrollert av kommunen/andre offentlige myndigheter vil selskapet som sådan ikke omfattes av anskaffelsesregelverket. Det vises imidlertid til § 1-3, som kan komme til anvendelse for selskapet.

Alle kontrakter som inngås mellom selskapet og kommunen vedrørende oppføring/leie må imidlertid vurderes opp mot regelverket, jf. a)-d) ovenfor. Her vil også kommunens modell for fremtidig drift av f.eks. kino spille inn. Alle driftsavtaler



mellom kommunen og selskapet vil i utgangspunktet omfattes av anskaffelsesregelverket.

Ut i fra forutsetningene nevnt ovenfor, herunder at opsjonshaver antas å ha en sterk interesse i å selv velge entreprenør for oppføring av "sitt" bygg, synes opprettelsen av et slikt selskap å være lite hensiktsmessig.

5. Oppsummering/konklusjon

Opsjonshaver skal betale markedspris for tilgang til tomt, men er ikke valgt ut etter en offentlig anskaffelse.

Der kommunen skal stå som **eier** av en eiendom/seksjon vil oppføringen av denne delen være omfattet av anskaffelsesregelverket.

Der kommunen skal **leie**, vil det avgjørende være om det inngås en reell leiekontrakt mellom kommunen og opsjonshaver (evt. utbyggingsselskap).

- Dette antas å kunne være tilfelle der kommunen skal leie et antall parkeringsplasser tilknyttet et hotellbygg.
- Der kommunen skal leie andel av konferansesenter, kinosenter og parkeringsplasser, enten plassert i samme bygg eller oppdelt, jf. ovenfor, så synes det vanskelig å konkludere med annet enn at dette også vil anses som bygge- og anleggskontrakter som er omfattet av anskaffelsesregelverket.

Med forutsetning om at opsjonshaver har en sterk interesse av å selv oppføre eget bygg/selv velge entreprenør, anses følgende ordninger som det mest ryddige og oversiktlige i denne saken, med tilhørende lav risiko for overtredelse av anskaffelsesregelverket:

Opsjonshaver er byggherre for:

- a) Et bygg som består av kun hotell og parkeringskjeller uten at kommunen har forpliktet seg til leie/eie av parkeringsplasser, eller
- b) Et bygg som består av hotell og parkeringskjeller, der kommunen reelt skal leie et visst antall plasser/parkeringsseksjon.

Kommunen er byggherre for:

- c) Et separat bygg som består av konferansesenter og kino der kommunen skal eie bygget og delvis leie ut eller overdra konferansesenter til drifter av hotell. Det forutsettes her vederlag til markedspris.

Med forutsetningene nevnt, så synes opprettelsen av eget utbyggingsselskap e.l. ikke hensiktsmessig ut ifra forholdet til anskaffelsesregelverket.