

Interkommunalt arkiv for Buskerud, Vestfold og Telemark IKS

## Innkalling for Representantskap for IKA Kongsberg

Møtedato: 22.04.2015  
Møtested: Archon - Frogs vei 48 - Kongsberg  
Møtetid: 11:00 - 13:00

Forfall meldes til administrasjonen.

### Saksliste

Saksnr	Tittel
001/15	Opptelling av representantskapsmedlemmer
002/15	Godkjenning av innkalling
003/15	Valg av protokollkomité Orientering om styrets disposisjoner omkring driftsavtale for Archon
004/15	Forberedelse til byggetrinn 2
005/15	Årsmelding 2014
006/15	Regnskap 2014
007/15	Budsjett og eiertilskudd 2016
008/15	Handlings- og økonomiplan 2016-2019
009/15	Valg av revisor
010/15	Valg av styre
011/15	Godtgjøring av verv
012/15	Valg av valgkomité 2015/2016

## Sakspapir

Saksbehandler	Arkiv	ArkivsakID
Torleif Lind	FE - 033	15/367

Saksnr	Utvalg	Type	Dato
001/15	Representantskap for IKA Kongsberg	ST	22.04.2015

### Opptelling av representantskapsmedlemmer

### Saksopplysninger:

### Forslag til vedtak:

Velges i møte

KONGSBERG, den 20.03.2015

Torleif Lind  
Fagleder

# Sakspapir

Saksbehandler	Arkiv	ArkivsakID
Torleif Lind	FE - 033	15/368

Saksnr	Utvalg	Type	Dato
002/15	Representantskap for IKA Kongsberg	ST	22.04.2015

## Godkjenning av innkalling

### Saksopplysninger:

### Forslag til vedtak:

Innkalling til representantskapsmøte godkjennes

KONGSBERG, den 20.03.2015

Torleif Lind  
Fagleder

# Sakspapir

Saksbehandler	Arkiv	ArkivsakID
Torleif Lind	FE - 033	15/369

Saksnr	Utvalg	Type	Dato
003/15	Representantskap for IKA Kongsberg	ST	22.04.2015

## Valg av protokollkomité

## Saksopplysninger:

## Forslag til vedtak:

To representanter velges til å underskrive protokollen

KONGSBERG, den 20.03.2015

Torleif Lind  
Fagleder

# Sakspapir

Saksbehandler	Arkiv	ArkivsakID
Torleif Lind	FE - 033	15/400

Saksnr	Utvalg	Type	Dato
	Representantskap for IKA Kongsberg	OS	22.04.2015

## Orientering om styrets disposisjoner omkring driftsavtale for Archon

### Saksopplysninger:

### Forslag til vedtak:

Saken tas til orientering

KONGSBERG, den 27.03.2015

Torleif Lind  
Fagleder

## Notat til Representantskapet for IKA Kongsberg vedrørende styrets disposisjoner knyttet til problemstillinger omkring driftsavtalen for Archon

### Bakgrunn:

25.09.2012 ble avtale mellom IKA Kongsberg drift og IKA Kongsberg om for leveranse av driftstjenester til arkivbygget Archon signert. Avtalen er senere endret 21.03.2014 og 24.11.2014. Driftsavtalen var i utgangspunktet en del av OPS-prosjektet, og eier av bygget var på avtaletidspunktet IKA Kongsberg bygg AS.

IKA Kongsberg kjøpte som kjent Archon 24. november, og leieavtalen med IKA Kongsberg bygg AS er dermed avsluttet. Som følge av bortfallet av denne leieavtalen reiste IKA Kongsbergs revisor, Vestfold kommunerevisjon, spørsmål om lovligheten av å videreføre driftsavtalen med IKA Kongsberg drift AS med tanke på regler om offentlige anskaffelser.

### Saksopplysninger:

Etter Vestfold kommunerevisjons innspill, har styret bedt advokat Kjell-André Honerud om en uttalelse for å gi styret et bedre beslutningsgrunnlag. Uttalelsen er vedlegg 1 til dette notatet.

Honerud beskriver i sin uttalelse blant annet to garantibestemmelser som hele tiden har vært viktige for styret:

1. Leieobjektet skal etter endt leieperiode (25 år) holde tilstandsgrad 1 i henhold til «NS 3424 – Tilstandsanalyse av byggverk»
2. Påkravsgaranti på NOK 2 000 000,- for å sikre IKA Kongsberg dersom avtalens bestemmelser om forsvarlig drift og vedlikehold misligholdes.

Honerud argumenterer videre for at ingen av de vilkårene som er oppstilt for å vurdere om en endring i avtalen er vesentlig, er oppfylt.

Honeruds anbefaling etter vurdering av avtalens innhold, endringer i avtalestrukturen og potensielle konsekvenser for IKA Kongsberg ved en eventuell oppsigelse av avtalen, er at IKA Kongsberg *ikke* bryter regelverket om offentlige anskaffelser ved videreføring av driftsavtalen med IKA Kongsberg drift AS.

Vestfold kommunerevisjon innhentet på sin side en uttalelse fra KS advokat Erna Larsen. Vestfold kommunerevisjons brev til IKA Kongsbergs styre samt uttalelsen fra Larsen er vedlegg 2 til dette notatet. Larsen argumenterer i sin uttalelse for at endringene i OPS-avtalen er vesentlige, og at IKA Kongsbergs løsning ligger utenfor hva som lovlig kan avtales. Larsen støtter således revisors bekymring. Vestfold kommunerevisjon har utover å informere styret om sine betenkeligheter knyttet til driftsavtalen (vedlegg 2), ingen kommentar rundt saken i revisors beretning til selskapets årsregnskap.

### Konklusjon

IKA Kongsbergs styre registrerer at det er faglig juridisk uenighet i forhold til de problemstillingene som her behandles. Styret har etter nøye vurderinger av revisors innspill, samt uttalelsene fra

advokat Honerud og advokat Larsen, konkludert med at driftsavtalen med IKA Kongsberg drift AS videreføres.

Björg Tveito Lundefaret

Styreleder



## **NOTAT**

**Til:** Interkommunalt arkiv for Buskerud, Vestfold og Telemark IKS  
**Fra:** Advokatfirmaet Torkildsen & Co AS  
v/advokatene Vera Hovelsen og Kjell-André Honerud  
**Ansvarlig advokat:** Kjell-André Honerud  
**Dato:** 5. desember 2014

### **VURDERING AV BERETTIGELSEN AV INNGÅTTE OPS-DRIFTSAVTALE**

#### **1. Innledning**

Interkommunalt arkiv for Buskerud, Vestfold og Telemark IKS (IKA Kongsberg) har inngått tre OPS-avtaler med IKA Kongsberg Bygg AS (IKA-KB) om (1) prosjektering og bygging, (2) kjøp av tomt og (3) leie av nytt arkivbygg (Leieobjektet) samt avtale med IKA Kongsberg Drift AS om drift av Leieobjektet.

IKA Kongsberg har besluttet å innløse IKA-KB og overta Leieobjektet som er ferdig bygget og tatt i bruk. Dette innebærer at leieavtalen mellom partene bortfaller.

I og med bortfall av leieavtalen, er det av Vestfold kommunerevisjon reist spørsmål knyttet til driftsavtalens status. Det er hevdet at de endrede forutsetningene i OPS-prosjektet medfører at opprettholdelse av driftsavtalen utgjør et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Vi er ikke enige i dette, og vil i det følgende begrunne vårt standpunkt om at driftsavtalen kan (og må) bestå selv om leieavtalen bortfaller, jf. punkt 4.

Innledningsvis i notatet vil vi si noe kort om OPS-avtalestrukturen, jf. punkt 2, og hva som på generelt grunnlag anses for å være en vesentlig endring etter regelverket om offentlige anskaffelser, jf. punkt 3. Avslutningsvis i punkt 5 omtaler vi konsekvensene av et eventuelt bortfall av driftsavtalen, herunder kunngjøring av ny(e) konkurranse(r).

#### **2. OPS-avtalestrukturen**

##### **2.1. Generelt**

For OPS-prosjektet Nytt arkivbygg for IKA Kongsberg er det inngått følgende avtaler etter gjennomført konkurranse:

1. Avtale om rettigheter og forpliktelser i forprosjekt- og byggefasen
2. Leieavtale
3. Driftsavtale med ansvarsmatrise
4. Kjøpekontrakt tomt

Forprosjekt- og byggefasen varte fra avtaleinngåelsen til overtakelse av Leieobjektet. Nåværende fase er selve leieperioden, som startet ved overtakelse av bygget og avsluttes ved



opphør av leieperioden på 25. Etter opphør av leieperioden skal Leieobjektet overføres vederlagsfritt til leietaker (Kredittkjøp).

Leieavtalen regulerer finansieringen og er i praksis en ren låneavtale, mens driftsavtalen regulerer leverandørens helhetlige drifts- og vedlikeholdsansvar (Huseieransvar).

## **2.2. Kort om driftsavtalen**

Driftsavtalen er den operasjonelle avtalen i OPS-avtalestrukturen etter oppstart av leieperioden.

I henhold til driftsavtalen er utleier ansvarlig for drift og vedlikehold av Leieobjektet i hele leieperioden. De konkrete oppgavene fremkommer av ansvarsmatrisen i bilag 1. Helt overordnet har utleier ansvar for drift og vedlikehold av både det tekniske anlegget og det bygningsmessige, samt ansvar for inventar og møbler, vaktmestertjenester og energi. Forvaltning, drift- og vedlikeholdsoppgavene skal utføres slik at Leieobjektet til enhver tid holdes i god stand og med samme kvalitet som ved oppføring av bygget. Leieobjektet skal ved endt leieperiode holde tilstandsgrad 1 i henhold til "NS 3424 – Tilstandsanalyse av byggverk".

I tillegg er utleier ansvarlig for eventuelle mangler ved Leieobjektet som oppdages ved overtagelse eller som oppstår i leieperioden. Utleier skal føre tilsyn med Leieobjektet og på eget initiativ rette feil/mangler. Avtalen inneholder et sanksjonsregime ved manglende oppfyllelse av dette ansvaret.

Videre skal utleier stille en påkravsgaranti på mnok 2 for sine forpliktelser i henhold til driftavtalen. Bakgrunnen for påkravsgarantien er å sikre leietaker for de økonomiske konsekvensene av at utleier eventuelt misligholder sine eierforpliktelser til forsvarlig drift og vedlikehold av bygget. Siden alle misligholdssankjonene er regulert i driftsavtalen, og ikke i leieavtalen som ville være det normale ved en alminnelig husleieavtale, er det svært viktig at utleier i driftsavtalen får det samme økonomiske presset på å oppfylle sine eierforpliktelser som i en alminnelig leieavtale.

På bakgrunn av ovennevnte regulerer driftsavtalen for alle praktiske formål det som en ordinær leieavtale regulerer mellom partene.

## **3. Om vesentlighet etter regelverket om offentlige anskaffelser**

En vesentlig endring av en inngått avtale vil være å anse som en inngåelse av en ny avtale som skal tildeles i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Dette følger av lovens grunnleggende krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling, og er slått fast i praksis, jf eksempelvis sak fra EU-domstolen C-454/06 (Presettext).

Aktuelle vurderingsmomenter i vurdering av om en endring er vesentlig er nå slått fast i nytt EU-direktiv for klassisk sektor, artikkel 72. En endring vil være vesentlig dersom den:

- a) innfører betingelser som ville ha gitt mulighet for andre leverandører til å delta i konkurransen (enten prekvalifiseringen eller i selve tilbudsfasen),
- b) innfører betingelser som ville ha gitt mulighet for å akseptere et annet tilbud enn det som ble valgt,



- c) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren på en måte som kontrakten selv ikke gir muligheter for og/eller
- d) medfører en betydelig utvidelse av kontraktens anvendelsesområde.

Ved vurderingen av hva som er vesentlig, vil det videre ha betydning hva som er bakgrunnen for endringen og om det var mulig å forutse den oppståtte situasjonen ved inngåelse av den opprinnelige avtalen. Gjelder det en endring som leverandørene kan forvente, må den kunne aksepters. Endringen vil da være forutberegnelig og det vil vanskelig kunne hevdes at resultatet av konkurransen ville blitt et annet uten endringen. Endringer som har kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige kontrakten, bør derfor som utgangspunkt godtas, jf. Dragsten, "Offentlige anskaffelser", 2013. I forlengelsen av dette kan bransjepraksis være et moment i vurderingen for hva som er forutberegnelig av endringer i en kontraktsperiode.

#### **4. Vurdering av at driftsavtalen har en videre fremtid**

##### **4.1. Innledning**

Det konkrete spørsmålet i denne saken er om bortfall av leieavtalen medfører at driftsavtalen i dette OPS-prosjektet er ulovlig og må sies opp/bortfalle. Begrunnelsen er hevdet å være at forutsetningene for driftsavtalen bortfaller når leieavtalen ikke lenger gjelder. Et slikt synspunkt må forutsette at bortfall av leieavtalen utgjør en vesentlig endring i driftsavtalen.

Vi er ikke enige i et slikt standpunkt.

##### **4.2. OPS-strukturen er hjemmel for videreføring av driftsavtalen**

For å forstå vårt standpunkt om at driftsavtalen kan og må bestå, er det grunn til å påpeke hvordan OPS-avtalene henger sammen og skal forstås.

Hensikten med et OPS-prosjekt med tilhørende avtaler, er å finne en aktør som kan ta ansvar for å prosjektere, finansiere, bygge og drifte et bygg (her arkivbygg) i en lengre periode (her 25 år). Ansvaret som pålegges OPS-leverandøren er sammensatt og komplekst. Hele poenget med dette totalansvaret er å gi leverandøren incentiver til å velge å utforme et kvalitetsmessig solid og bestandig bygg som kan vedlikeholdes til avtalt standard gjennom hele avtaleperioden. Når bygget står ferdig og blir overtatt, har OPS-leverandøren et reklamasjons- og mangelsansvar som går langt ut over et alminnelig driftsansvar. Er det eksempelvis valgt kvaliteter som er dyre i drift og vanskelig å vedlikeholde, påligger det like fullt OPS-leverandøren å sørge for byggets tilstandsgrad ved leieperiodens slutt.

Når det gjelder leieavtalen, er denne et rent finansieringsinstrument for å kunne realisere bygget, i praksis en låneavtale. Grunnen til at denne er skilt ut som en egen avtale, er at OPS-leverandøren ved overtakelse av bygget skal kunne overdra avtalen til et selskap hvis formål er langsiktig plassering av penger. I motsatt fall må OPS-leverandøren beholde prosjektet på egen balanse og binde opp verdifull egenkapital, noe som igjen medfører begrensninger i vedkommendes muligheter for satsing på andre byggeprosjekter.

Dette er bakgrunnen for at det følger av leieavtalen punkt 23 om overdragelse at:

*"Utleier kan ikke overdra sine rettigheter og forpliktelser etter denne avtale uten etter samtykke fra Leietaker. Slikt samtykke kan ikke nektes uten etter saklig grunn."*



Leieavtalen er tilpasset nettopp den situasjonen at OPS leverandøren skal kunne overdra leieavtalen uten å fri seg fra ansvaret for eiendommen som sådan. Det reelle eieransvaret er som kjent regulert i driftsavtalen. Det kan med andre ord ikke komme som noen overraskelse på potensielle leverandører eller leverandørene i konkurransen at leieavtalen kan overdras.

I hovedsak alle OPS prosjekter vil OPS leverandøren overdra Leieobjektet til langsiktige investorer, enten før ferdigstilling eller i tilknytningen til ferdigstilling av Leieobjektet. Den finansielle ordningen et OPS-prosjekt innebærer, er mer hensiktsmessig at bæres av langsiktige investorer enn tradisjonelle OPS-leverandører. Ved slike overdragelser vil normalt leietaker bli varslet og få mulighet til å overta Leieobjektet. Slik var også situasjonen for IKA Kongsberg. At leieavtalen i denne konkrete saken er overdratt til IKA Kongsberg selv og dermed bortfaller, kan ikke være av betydning for resultatet.

#### **4.3. Driftsavtalen er ikke endret**

Ved bortfall av leieavtalen blir det ikke gjort noen endringer i teksten i driftsavtalen. Vilåårene er de samme som da dokumentene ble gjort kjent for leverandørene, herunder prisstruktur og ansvars- og risikofordeling. Dog er risiko for eiendomsskatt og ansvaret for å forsikre bygget overført til IKA Kongsberg IKS som følge av at de har overtatt som formell eier.

Det er heller ikke gjort noen endringer i forutsetningene for avtalen. Forutsetningene for drift og vedlikehold av arkivbygget, ligger i forprosjekt- og bygefaseavtalen, som igjen bygger på konkurransedokumentene og tilbudet fra OPS-leverandøren. Bortfall av leieavtalen medfører ikke noen endringer i dette grunnlaget.

#### **4.4. Konkurransen ville ikke fått et annet resultat**

Det er etter vårt syn ikke noe grunnlag for å hevde at andre aktører i markedet ville deltatt i prekvalifiseringen eller kunne nådd opp i konkurransen dersom det hadde vært kjent at leieavtalen ville bortfalle slik det har skjedd i denne saken.

For det første er det regulert at overdragelse av leieavtalen kan skje, og det er som nevnt svært vanlig at leieavtalen overdras til andre mer passende aktører som skal bære det langsiktige finansielle ansvaret. At det finansielle byrden ikke må bæres av OPS-leverandøren er med andre ord forutberegnelig gjennom hele konkurransen. Hvem som faktisk overtar ansvaret er i denne sammenheng ikke relevant. Ved finansielle leieavtaler som denne for IKA Kongsberg er det naturlig å legge til grunn at IKA Kongsberg uansett er ansvarlig for finansieringen. Leieavtalen er en kredittkjøpsavtale hvor IKA Kongsberg bare har endret låneinstitusjon fra IKA- KB til Kommunalbanken.

Videre er det nøyaktig det samme helhetlig ansvaret for bygg og teknisk anlegg, møbler, inventar, tjenester og energi som OPS-leverandøren skal ivareta i leieperioden selv om leieavtalen bortfaller. Dette innebærer at det ikke er grunnlag for å hevde at konkurransen ville hatt andre interesserte leverandører. OPS leverandøren har akkurat det samme ansvaret for leveransen i dag som konkurransegrunnlaget og kontrakten regulerer.

Det er viktig å minne om at det i et OPS-prosjekt er det langsiktige drifts- og vedlikeholdsansvaret som er tyngende for en OPS-leverandør å oppfylle. En ting er å prosjektere og bygge et arkivbygg, en annen ting er å ha totalansvaret for at byggets tilstand ikke vesentlig forringes over en 25 års leieperiode. Dette krever en svært god planlegging og



prosjektering, det krever meget god innsikt i og erfaring med materialbruk og levetidsbetraktninger, og det krever et dedikert team av entreprenører, rådgivere og forvaltere som samarbeider godt gjennom prosjektperioden. Bortfall av leieavtalen endrer ikke noe av dette, verken om dette var kjent ved kunngjøringstidspunktet eller først etter overtakelse av bygget.

Etter vår vurdering er det heller ikke andre elementer i dette OPS-prosjektet som er endret på en slik måte at det kunne gitt et annet resultat av konkurransen dersom endringen var kjent på tidspunktet for gjennomføring av anskaffelsen. Innløsningen av leieavtalen er mao klart innenfor det som enhver leverandør i markedet kunne forutse på kunngjøringstidspunktet.

#### **4.5. Konklusjon**

På bakgrunn av ovennevnte, kan vi ikke se at bortfall av leieavtalen skal medføre at fortsettelse av driftsavtalen vil innebære noen ulovlig direkte anskaffelse eller på andre måter vil være i strid med regelverket om offentlige anskaffelser.

Avslutningsvis er det grunn til å fremheve de betydelige praktiske og økonomiske konsekvensene det vil få for IKA Kongsberg dersom driftsavtalen bortfaller. Dette vil i seg selv være vektige argumenter for fortsettelse av driftsavtalen (se sak i KOFA 2011/179). Dette kommer vi nærmere inn på under punkt 5.

#### **5. Konsekvenser av å kunngjøre egen konkurranse om driftsavtalen**

Det vil få betydelig praktiske og økonomiske konsekvenser for IKA Kongsberg dersom driftsavtalen nå bortfaller.

Først og fremst finnes det ikke noen avtalerettslig hjemmel for en oppsigelse av avtalen. Å avslutte avtaleforholdet uten rettslig grunnlag, kan potensielt medføre et økonomisk ansvar overfor OPS-leverandøren. Det kan ikke utelukkes et ikke ubetydelig erstatningskrav fra OPS leverandøren.


Bortfaller driftsavtalen må IKA Kongsberg på annen måte besørge forvaltning, drift og vedlikehold av arkivbygget. IKA Kongsberg har ingen kompetanse på dette selv. Vi anser det svært vanskelig i det hele tatt å få gjennomført en anskaffelse med det ansvaret som ligger i dagens driftsavtale. De økonomiske konsekvensene dette medfører er videre uoversiktlige og potensielt svært omfattende.

Omfanget av de ytelsene det er snakk i en ny konkurranse anser vi som lite attraktivt for markedet. Dagens OPS-leverandør har påtatt seg et fullstendig eieransvar, herunder mangelsansvar og det komplette drifts- og vedlikeholdsansvaret for bygget. Dette utgjør langt mer enn typiske vaktmestertjenester som er mer vanlig å gjennomføre konkurranse om. Det er dermed nærliggende å anta at man i konkurransen ikke vil få akseptable tilbud, i alle fall ikke tilbud som omfatter alle de ytelsene som omfattes av dagens driftsavtale. For det første inneholder driftsavtalen et mangelsansvar som vi anser det som utenkelig noen vil påta seg så lenge de ikke har vært delaktige i prosjekteringen eller byggingen av arkivbygget. Dette innebærer at IKA Kongsberg mister sine reklamasjonsmuligheter med tilhørende sanksjonsbeføyelser slik disse er formulert i avtalen. Skulle det mot formodning finnes en aktør som vil påta seg dette ansvaret, vil dette ha en svært høy kostnad. Tilsvarende vil det få store økonomiske konsekvenser å gjennomføre en konkurranse om det helhetlige drifts- og vedlikeholdsansvaret.

Konsekvensene av dette er at byggets levetid vil bli redusert. Andre leverandører enn opprinnelige OPS-leverandører har verken de samme insentiver til å oppfylle det omfattende drifts- og vedlikeholdsansvaret og de vil mangle den nødvendige kunnskapen om bygget til å kunne utføre ansvaret. Videre vil hyppige utskiftninger av leverandør av disse tjenestene (i og med at det må gjennomføres ny konkurranse om disse ytelsene hvert fjerde år) være med på å forringe byggets opprinnelige kvaliteter.

Avslutningsvis er det grunn til å fremheve de transaksjonskostnadene IKA Kongsberg i tillegg vil bli påført når det må gjennomføres ny konkurranse hvert fjerde år. Inngåtte driftsavtale må i prinsippet erstattes av minimum 6 konkurranser knyttet til driftsansvaret. Det er liten tvil om at dette både vil gi IKA Kongsberg betydelig økte kostnader og ressursbruk i leieperioden.

Oslo, 5. desember 2014  
Advokatfirmaet Torkildsen & Co AS



Kjell-André Honerud  
Advokat  
kah@torkildsen.no



Til Styret i  
Interkommunalt arkiv for Buskerud Vestfold og Telemark IKS

### Driftsavtale arkivbygget

I forbindelse med revisjon av 2014 regnskapet fikk vi i oppdrag om og vurder lovligheten av driftsavtale for arkivbygget, etter at det ble besluttet at selskapet ønsket å kjøpe arkivbygget.

Det ble etter anbud inngått en OPS avtale mellom IKA Kongsberg Bygg AS og Interkommunalt arkiv for Buskerud Vestfold og Telemark IKS. Avtalen ble signert 21.03.2014. Den 10.11.2014 inngikk partene i OPS avtalen en kjøpskontrakt der leietaker kjøper bygget i sin helhet.

OPS avtalen innebar en leieavtale på 25 år inklusiv en driftsavtale på samme bygg, men rett til å overta bygget vederlagsfritt etter leieperiodens utløp. OPS avtalen inneholder ingen bestemmelser om rett til å overta bygget før leieperioden utløper. Partene ønsker å videreføre driftsavtalen og mener at dette ligger innenfor de endringer som er tillatt etter anskaffelsesregelverket. Advokat Kjell – Andre Honerud har argumentert for at dette ligger innenfor hva som lovlig kan avtales etter anskaffelsesregelverket.

For å vurdere driftsavtale for arkivbygget har revisor fått bistand fra KS advokat, Erna Larsen. KS advokat mener at bortfallet av leiekontrakten i dette OPS prosjektet er en vesentlig endring av OPS kontrakten. Det foreligger ingen OPS kontrakt, men en står igjen med kun en ordinær driftskontrakt etter inngåelse av kjøpekontrakten. Denne løsningen ligger utenfor hva som lovlig kan avtales. For mer informasjon om KS advokatens vurderinger, se vedlagt brev datert 23.02.2015.

Revisor vil med dette informere styret om sine betenkinger knytte til driftsavtalen for arkivbygget, og anmoder styret om å gjøre en nærmere vurdering av lovligheten av driftsavtalen.

Ta gjerne kontakt dersom styret har noen ytterligere spørsmål i forbindelse med dette!

Borre, 16. mars 2015  
Vestfold Kommunerevisjon



Linn Therese Bekken  
Statsautorisert revisor

**Vedlegg:** Brev KS advokat "Betenking – OPS – tilbakekjøp", datert 23.02.2015





Vestfold Kommunerevisjon  
Gannestadveien 2, Herredshuset  
3184 HORTEN

Att.: Linn T. Bekken

**Advokater MNA**  
Tor Allstrin – avd.dir.  
Elisabeth Aasheim (adv.flm.)  
Kristine Røed Brun  
Gry Brandshaug Dale  
Mårten Brandsnes Faret  
Øyvind Gjelstad  
Solfrid Vaage Haukaas  
Anne-Lise Hellebostad  
Hakon Huus-Hansen  
Erna Larsen  
Øyvind Renslo  
Jostein Selle  
Cecilie R. Sæther  
Siri Tofte  
Kristine Vigander  
Geir S. Winters

Frode Lauareid  
Silje Tangen (adv.flm)

Marion Gjerdrum (konsulent)  
Linda Hansen (adv.sek.)

Dato:	Vår referanse:	Arkivkode:	Ansvarlig advokat:	Deres referanse:
23.02.2015	14/01990-2	0	Erna Larsen	

## Betenkning - OPS - tilbakekjøp

Det vises til møte på advokatfirmaet Torkildsen AS den 27.01. 2015.02.23

Det ble etter anbud inngått en OPS-avtale mellom IKA Kongsberg Bygg AS og Interkommunalt arkiv for Buskerud, Vestfold og Telemark IKS. Avtalen ble signert 21.03. 2014. Etter kun 8 måneder, dvs. 10. november inngikk partene i OPS-avtalen en kjøpekontrakt der leietaker kjøper bygget i sin helhet.

OPS-avtalen innebar en leieavtale på 25 år inklusiv en driftsavtale på samme bygg, men rett til å overta bygget vederlagsfritt etter leieperiodens utløp. OPS-avtalen inneholder ingen bestemmelser om rett til å overta bygget ved kjøp før leieperioden utløper. Partene ønsker å videreføre driftsavtalen og mener dette ligger innenfor de endringer som er tillatt etter anskaffelsesregelverket. Advokat Kjell- Andre Honerud har argumentert for at dette ligger innenfor hva som lovlig kan avtales etter anskaffelsesregelverket.

### Vurdering

Spørsmålet er hvilke endringer som kan aksepteres uten at det må anses som en ny anskaffelse.

Anskaffelsesregelverket gjelder i utgangspunktet kun frem til kontrakt er inngått. Regelverket inneholder heller ingen eksplisitte regler om adgangen til å foreta endringer i eksisterende kontrakter. Likevel er regelverket å forstå slik at endringer i eksisterende kontrakt i noen tilfeller vil bli sett på som inngåelse av ny kontrakt. Dette følger av gjennomsiktighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet, og er slått fast

av EU-domstolen i den såkalte Pressetext-avgjørelsen. Hvis det i som her, OPS-avtalen er tatt høyde for å gjøre endringer underveis i kontraktsperioden, kan oppdragsgiver gjøre dette uten at det krever ny kontrakt.

En må her også se på hvilke endringer det er avtalt at partene kan gjennomføre. Det er ikke avtalt i kontrakten at leietaker kan kjøpe bygget før leieperioden er utløpt. Det er heller ikke forutsatt i konkurransegrunnlaget. Det er ikke mulig ut fra konkurransegrunnlaget eller verken leiekontrakten og driftsavtalen å forutse en slik vesentlig endring av kontraktsforholdet.

Det kan likevel gjøres mindre endringer selv om kontrakten mangler en opsjon eller endringsklausul. Spørsmålet er om endringen fra å være leietaker til å bli eier av bygget slik at en kun står tilbake med en driftsavtale, kan betraktes som en mindre endring.

Hva som skal til for å anse en endring som vesentlig er et vanskelig tema. En del støtte er å hente i artikkelen TFF2012-1 Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser av Morten Goller og Karoline S. Kreyberg.

Et vilkår for å konkludere med at det foreligger en vesentlig endring, vil det være dersom det skjer vesentlige endringer i kontraktsvilkårene.

Det er avtalt at utleier kan overdra sine rettigheter og forpliktelser til andre, jf. leiekontraktens punkt 22, 1 ledd. Det innebærer at utleier kan selge bygget til andre, og slik sett kan man få en splittelse av leiekontraktspart og driftskontraktspart. Dette må likevel anses som noe annet enn at leietakerforholdet helt opphører, ved at leietaker går hen å blir eier. Det forhold at det også er et så kort opphold mellom inngåelse av OPS-avtalen, til partene bestemmer seg for å gå ut av OPS-prosjektet ved overdragelse av bygget til oppdragsgiver er et viktig moment i forhold til gjennomsiktighetsprinsippet og forutberegnelighet. Dette mener vi ikke var mulig å forutse ville være et case, all den tid dette ikke er lagt inn som en mulig opsjon i avtalegrunnlaget mellom partene og må anses som en vesentlig endring av kontraktsvilkårene.

Riktignok inneholder ikke kontrakten noen eksplisitte bestemmelser om forbud mot at utleier selger bygget til leietaker, men dette bryter med hele OPS-prinsippet. OPS-avtalen forutsetter en leie/driftsavtale jf. konkurransegrunnlaget. Bortfaller leieavtalen og en kun står tilbake med driftsavtalen, er det ikke lengre enn et OPS-prosjekt, men en ordinær driftskontrakt. Det har vært et tilbud på driftsavtalen, men ikke alene. Her må en se den totale pakken under ett.

Løsningen som her er valgt bryter med prinsippet i anskaffelsesloven § 5 om at det skal være forutberegnelighet. Vi kan ikke se at det var tilfelle all den tid det ikke er tatt høyde for dette som en mulig løsning verken i kunngjøringsteksten eller i konkurransegrunnlaget.

Når det ikke er tatt høyde for en løsning der OPS-avtalen bortfaller ved at leietaker kan bli eier av bygget før leietidens utløp verken i konkurransegrunnlaget, driftsavtalen eller leieavtalen, må dette anses som en vesentlig endring av kontrakt som ligger utenfor det som lovlig kan avtales uten å se dette som en ny kontrakt.

Det skal også pekes på at utskifting på leverandørsiden også kan være en vesentlig endring til tross for at det er avtalt i kontrakten. Det presiseres at dette ikke er avgjørende for vår konklusjon, men tas med for å vise at det ikke nødvendigvis er opplagt at slike klausuler er kurante, jf. uttalelsen fra EU-domstolen i «Wall-saken» omtalt i artikkelen til Goller og Kreyberg.

Oppsummert

Bortfall av leiekontrakten i dette OPS-prosjektet er en vesentlig endring av OPS-kontrakten. Det foreligger ingen OPS-kontrakt, men en står tilbake med kun en ordinær driftskontrakt etter inngåelse av kjøpekontrakten. Denne løsningen ligger utenfor hva som lovlig kan avtales og støtter således revisjonens bekymringer.

Med vennlig hilsen



Erna Larsen  
advokat

Tlf. dir. innvalg 901 83 527

Erna.Larsen@ks.no



# Sakspapir

Saksbehandler	Arkiv	ArkivsakID
Torleif Lind	FE - 600	15/355

Saksnr	Utvalg	Type	Dato
004/15	Representantskap for IKA Kongsberg	ST	22.04.2015

## Forberedelse til byggetrinn 2

### Saksopplysninger:

I representantskapsak 008/11 fattet representantskapet følgende vedtak i punkt nr. 3:

Utbyggingen av arealene for arkivdepot gjennomføres i to faser, hvor igangsetting av fase to vil være behovsstyrt, antydningvis 2020.

Byggetrinn 1 er beregnet å kunne romme alt papirbasert arkivmateriale skapt fram til 1980 fra eksisterende 39 eiere. Alle de 39 eierne har nå deponert det meste av det som skal deponeres av denne typen arkivmateriale. Iberegnet det materialet vi vet kommer på et litt senere tidspunkt er nåværende magasin på det nærmeste fylt opp.

IKA Kongsberg har mottatt sterke signaler fra flere kommuner som ønsker å søke om eierskap i selskapet. Dette gjelder først og fremst kommunene Kragerø, Drangedal, Bamble, Skien og Porsgrunn. I tillegg har administrasjonen mottatt en forespørsel om priser og tjenester fra Modum kommune. De fem førsnevnte kommunene kommer etter all sannsynlighet til å søke eierskap fra 1. januar 2016.

Dersom representantskapet og eierkommunenes øverste politiske organer vedtar at selskapets eiermasse utvides med ovenfor nevnte kommuner, vil konsekvensen være at oppstart av byggetrinn 2 må framskyndes.

### Forslag til vedtak:

Styret får i oppdrag å forberede en sak for ekstraordinært representantskapsmøte 2. halvår 2015 om igangsetting av byggetrinn 2.

KONGSBERG, den 27.03.2015

Torleif Lind  
Fagleder