



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

KAIKANTEN. AS
Hausvegen 372
5286 HAUS
Trygve Tønnesen

Deres ref.

Vår ref.
2023/1118-11

Saksbehandler
Line Rakner

Dato
19.03.2024

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 1. desember 2023 på ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med salg av en eiendom i Osterøy kommune. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder påstand om at Osterøy kommune (heretter *innklagede*) har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med salg av en eiendom med gnr. 62 bnr. 6.
- (2) Salg av eiendommen ble behandlet av formannskapet i kommunen 8. september 2021. Formannskapet vedtok å utsette saken frem til fremtidig bruk av arealet var avklart gjennom en pågående prosess for regulering av området.
- (3) Kommunen gjennomførte selv reguleringsarbeidet i saken. Detaljregulering av området, Haus sentrum sør, ble vedtatt av heradsstyret 10. mai 2023.
- (4) I møte i heradsstyret 20. september 2023, ble det vedtatt å gi kommunedirektøren myndighet til å selge eiendommen til Norgeshus AS, og til å forhandle om vilkårene for salg. Det fremgikk av vedtaket at heradsstyret *«ønsker ikke at det vert lagt inn klausul om forkjøpsrett til kommunal bustad i avtalen»*. Det var gitt følgende begrunnelse for salget:

«Det finst få ledige bustader i Haus og alt tyder på at planlagt leilighetsbygg vil verta sers attraktivt for eldre i bygda som då kan selja einbustaden sin men bli verande i bygda si. Det vil igjen føra til at unge familiar får moglegheita til å etablera seg i Haus og skapa nytt liv og aktivitet. Dette hensynet er viktigare enn at kommunen skal ha tilgang til ny kommunal bustad som han like godt kan finna i dei mange bustadfelta som er under oppføring andre stader, til dømes i Fugledalen, på Runnhovde og på Loftås.»

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) I forbindelse med behandlingen i heradsstyret, var det innhentet ny takst på eiendommen, som var vedlagt saken. Eiendommen var taksert til 3 millioner kroner.
- (6) Vedtaket om salg av eiendommen ble klaget inn av Kaikanten AS (heretter *klager*) i brev av 22. september 2023. Klagen ble behandlet i heradsstyret 29. november 2023. Heradsstyret vedtok å avvise klagen. Begrunnelsen var at det påklagde vedtaket ikke var et enkeltvedtak det kunne klages på, men et delegasjonsvedtak uten klagerett.
- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. desember 2023.

Sekretariatets vurdering:

- (8) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 13a. Klagen er rettidig. Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med salg av en av kommunens eiendommer.
- (9) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (10) Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når offentlige oppdragsgivere «*inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter*», jf. loven § 2 og forskriften § 1-1. Innklagede har opplyst at det ikke er inngått en avtale om salg av den aktuelle eiendommen. Siden det per nå ikke er inngått noen kontrakt, kan det ikke foreligge en ulovlig direkte anskaffelse.
- (11) Sekretariatet vil likevel knytte noen merknader til klagers argumentasjon for at det vil foreligge en ulovlig direkte anskaffelse dersom kontrakt inngås.
- (12) Begrepet «*kontrakt*» er definert i forskriften § 4-1 bokstav a, som en «*gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører*». Kontrakten er gjensidig bebyrdende når den offentlige oppdragsgiveren mottar en ytelse mot et vederlag, som gir den offentlige oppdragsgiveren en direkte økonomisk fordel, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-796/18 (*ISE v. Stadt Köln*), avsnitt 40.
- (13) Slik sekretariatet forstår klager, mener klager at innklagede i praksis vil måtte dekke ca. 2,7 millioner kroner for rivnings- og saneringsarbeider dersom Norgeshus AS overtar eiendommen til en symbolsk sum.
- (14) Det er klart at en kontrakt hvor innklagede selger en eiendom, ikke vil innebære at innklagede mottar varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider mot et vederlag. I kontrakten vil innklagede stå som selger, og dermed tjenesteyter, mot et vederlag fra kjøperen. Det forhold at kjøpesummen eventuelt settes lavt, eller til en symbolsk sum, innebærer ikke at kommunen mottar en ytelse mot et vederlag. Det at kommunen har utarbeidet reguleringsplan for området, uten at det medfører noen kostnader for kjøper av eiendommen, innebærer heller ikke at kommunen mottar en ytelse mot et vederlag.
- (15) Hvorvidt et fremtidig salg av eiendommen vil stride med statsstøtteregelverket, ligger utenfor det klagenemnda har myndighet til å ta stilling til, jf. klagenemndsforordningen §§ 1 og 6.

- (16) En fremtidig avtale om salg av eiendommen vil dermed ikke innebære at innklagede «*inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter*». Dette kan dermed ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) Til sist har klager vist til at kjøperen av eiendommen vil få en eksklusiv rett til å bygge ut på en kommunal eiendom.
- (18) Sekretariatet er ikke enig i klagers forutsetning om at kjøperen vil få rett til å bygge på en kommunal eiendom, da det er lagt opp til at eiendommen skal selges fra kommunen til den private parten. Bygging på andres tomt kan likevel utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, dersom det inngås en bygge- og anleggskontrakt mellom den offentlige oppdragsgiveren og en leverandør.
- (19) I forskriften § 4-1 bokstav d er det definert hva som utgjør en bygge- og anleggskontrakt. Bestemmelsen er forstått slik at det siste alternativet gjelder situasjoner der det ikke bygges hos oppdragsgiver, men hos andre: «*utførelsen på en hvilken som helst måte av et bygge- og anleggsarbeid som oppfyller kravene som er satt av en oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*».
- (20) Slik saken er opplyst, vil ikke kommunen ha noen innflytelse på hva som kommer til å bygges på eiendommen etter at den blir solgt. Det legges opp til at videre utvikling av eiendommen etter salget skal skje i privat regi. Dette fremgår i vedtaket om salg, at innklagede ikke ønsker at det skal legges inn en klausul om forkjøpsrett til kommunale boliger i avtalen. Det at kommunen har utarbeidet reguleringsplaner for området hvor eiendommen befinner seg, ligger innenfor en kommunes ordinære arbeidsoppgaver, og er heller ikke et forhold som kan medføre at kommunen har avgjørende innflytelse på et fremtidig arbeids art og planlegging. Sekretariatet kan derfor ikke se at kjøperens arbeid på tomten vil utgjøre en bygge- og anleggskontrakt som vil omfattes av anskaffelsesregelverket.
- (21) Sekretariatet har kommet til at klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse klart ikke kan føre frem. Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndeforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Med hilsen

Line Rakner
Juridisk seniorrådgiver

Alette Schreiner
Juridisk seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

Mottakere:
KAIKANTEN. AS, Trygve Tønnesen

Kopi til:
OSTERØY KOMMUNE