



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokatfirma Schjødt Trondheim AS
Advokat Jon R. Gresseth v/advokat Frode Hansen
Postboks 132
7400 Trondheom

Faks: 73 87 12 32

Deres referanse

Vår referanse
2008/157

Dato
30. januar 2009

**KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: PÅLSVEI EIENDOM AS -
LUFTFARTSTILSYNET**

Sekretariatet besluttet ved brev av 15.01.2009 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9, fordi klagen ikke kan føre frem og derfor anses som uhensiktsmessig for behandling i nemnda. Avvisningsbeslutningen ble påklaget i prosesskrift av 16.01.2009. Klage over avvisningsbeslutninger må etter klagenemnd-forskriften § 9 foreligge senest innen 3 virkedager, og klagen er dermed rettidig fremsatt.

Saksdokumentene er deretter sendt til klagenemndas leder, som etter klagenemndforskriften § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak.

I klagen over avvisningen anføres at sekretariatet har bygd på feil faktum, når det henvises til kunngjøringens punkt II 2 a som grunnlag for å konkludere med at Luftfartstilsynet har bundet seg til å følge forskriftens bestemmelser. Kunngjøringens punkt II 2 a sier intet annet enn at anskaffelsestype er oppgitt som "*Bygge og anleggsanskaffelser – Utførelse – Utførelse av et bygge- og anleggsarbeid etter spesifikasjoner fra oppdragsgiver*". Dette sier intet om hvorvidt forskriften har anvendelse eller ikke, og det kan heller ikke slutes av ordlyden i kunngjøringen at tilsynet avtalerettslig har forpliktet seg til å følge forskriften. I strid med kunngjøringens punkt II.2, følger det av punkt II.1.5 at "*Anskaffelsen er en leiekontrakt for*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

Luftfartstilsynet som allerede er etablert i Bodø". Også på informasjonsmøtet den 08.01.2008 ble det opplyst at det dreide seg om en leiekontrakt, jf. referatets punkt 7 siste setning, hvor det heter: *"Merk at Luftfartstilsynet skal inngå en leiekontrakt, ikke en byggekontrakt"*.

I klagen over avvisningen fremholdes at også andre forhold viser at tilsynet har betraktet dette som en leiekontrakt, ikke en bygge- og anleggskontrakt. For leiekontrakter kommer ikke forskriften til anvendelse, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2007/124. Dersom tilsynet hadde ment at forskriften likevel skulle følges, burde det ha fremkommet entydig i konkurransegrunnlaget.

Klager anfører at det oppleves som tilfeldig å bli avvist med hjemmel i forskriften, når det ikke er noe som tilsier at den skulle få anvendelse på anskaffelsen. I dette må det ligge et brudd på kravet til forutberegnelighet, slik det følger av anskaffelsesloven § 5. Det er dermed på ingen måte klart at klagen ikke kan føre frem, og avvisningsbeslutningen bes omgjort.

Klagenemndas leder har, foruten avvisningsbeslutningen og klagen over denne, gått gjennom samtlige dokumenter i saken. Klagenemndas leder har kommet til at sekretariatets avvisningskonklusjon må opprettholdes.

Kontrakter om leie i eksisterende bygninger er unntatt fra anskaffelsesforskriften i følge forskriften § 1-3 (2) b. Dette reiser spørsmålet om hvordan begrepet *"eksisterende bygninger"* er å forstå i forhold til nybygg og ombygninger. Dersom det skal gjøres mye med bygget før leietaker flytter inn, og leietaker har stor innflytelse på utformingen av lokalene, har det vært reist spørsmål om unntaket gjelder, eller om dette anskaffelsesrettslig må ses på som en byggekontrakt, selv om det får formen av en leiekontrakt. Klagenemnda har gjennom flere saker foretatt en grenseoppgang mellom hva som skal anses for å være leiekontrakter og dermed falle utenfor forskriften, og hva som må anses for bygge- og anleggskontrakt som må følge regelverket i forskriften. Det kan vises til sakene 2005/297, 2007/20 premiss 26-27, 2007/112 premiss 27-31 og 2007/124 premiss 31. Om kontrakten inngås som en leiekontrakt er ikke avgjørende.

Luftfartstilsynet hadde ønske om stor innflytelse på prosjektet i bygge- eller ombyggingsfasen. Dette er kommet tiluttrykk gjennom *"Kontraktsbestemmelser for prosjektering og bygging"* som er vedlagt konkurransegrunnlaget, og som skulle inngås mellom tilsynet og utleier. En slik kontrakt er det ikke normalt å inngå i et vanlig leieforhold, og på bakgrunn av den kan det hefte usikkerhet ved om unntaket i § 1-3 (2) b vil gjelde.

Under enhver omstendighet kunngjorde Luftfartstilsynet kontraktens gjenstand som en bygge- og anleggsanskaffelse, nærmere bestemt: *"Utførelse av et bygge- og anleggsarbeide etter*

spesifikasjoner fra oppdragsgiver”, jf. kunngjøringens punkt II.1.2 (a). Innklagede forpliktet seg dermed til å følge reglene for bygge- og anleggskontrakter, og det er ikke tvilsomt at disse faller innunder anskaffelsesforskriften.

At det er en leiekontrakt som skal inngås, og at dette ble presisert i orienteringsmøtet i januar 2008, skaper ingen endringer i denne klassifikasjonen. Det er som sagt ingen motstrid i at man må følge anskaffelsesforskriften selv om det inngås en leiekontrakt.

Det er derfor ikke grunnlag for klagers anførsel om at sekretariatet har bygget på feil faktum for sin vurdering.

Klagenemndas leder vil dessuten legge til at uansett det syn klager forfekter når det gjelder at forskriften ikke kommer til anvendelse, så inneholder konkurransegrunnlaget i punkt 6.7 en rett for innklagede til å avvise tilbud. Avvisning kan i henhold til denne bestemmelsen skje dersom et tilbud inneholder forbehold som ikke lar seg kostnadsberegne, og hvor det dermed blir vanskelig å sammenligne tilbudet med de andre innleverte tilbud.

Klagenemndas leder finner etter dette at sekretariatets avvisningsbeslutning må bli å opprettholde.

Kopi av denne beslutning sendes innklagede til orientering.

Björg Ven
Klagenemndas leder