



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg
v/advokat Øystein Serljeflot
Postboks 5485 Majorstuen
0305 OSLO

E-post: oystein.seljeflot@ebanett.no

Deres referanse

Vår referanse
2010/118

Dato
1. desember 2010

KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: EBA – SIVA TROMSØ EIENDOM AS

Sekretariatet besluttet ved brev av 17.11.2010 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9 som uhensiktsmessig for behandling fordi klagen klart ikke kan føre frem. Klage over avvisningsbeslutningen ble inngitt 20.11.2010, dvs. innenfor fristen på tre virkedager som følger av klagenemnds forskriften § 9.

Etter at klagen innkom, er alle saksdokumentene sendt til klagenemndas leder, som ifølge klagenemnds forskriften § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak.

I klagen bestrides at innklagede er et selskap med kommersiell eller forretningsmessig karakter. Sekretariatet har etter klagers oppfatning unnlatt å ta hensyn til sentrale momenter i vurderingen. I alle tilfeller foreligger et betydelig skjønnsmessig element i vurderingen av dette vilkåret, noe som gjør det langt fra klart at klagen ikke kan føre frem. Sett hen til sakens viktighet, betydningen for EBAs medlemmer og de betydelige kontraktssummer i prosjektet, bør den skjønnsmessige vurderingen av om vilkåret er oppfylt foretas av klagenemnda.

Det anføres at sekretariatet i for stor grad har bygget på en tolkning av SIVA Tromsø Eiendoms vedtekter uten å se hen til den reelle situasjonen. Selskapet er datterselskap av SIVA eiendom Holding AS og tjener som redskap for å gjennomføre regjeringens uttalte næringspolitikk. Innklagede har en monopolstilling i forhold til sin tilknytning til universitetet

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

i Tromsø og tilknyttede forskningsmiljøer. Ingen private selskaper har hatt muligheten til denne samlokalisering. De største og viktigste leietakerne er offentlige, nettopp med en tilknytning til universitetet. Betydelige midler kanaliseres gjennom SIVA-systemet til oppfyllelse av politiske vedtak, uten at bruken av midlene i datterselskapene er konkurranseeksponert. Når verken retten til samlokalisering med universitetet eller retten til å bygge en forskningspark til oppfyllelse av SIVA SFs virksomhet er konkurranseutsatt, taler en formålsbasert fortolkning av anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav a for at innklagedes virksomhet ikke anses for å være av forretningsmessig eller kommersiell art.

Klagenemndas leder har gått gjennom samtlige dokumenter i saken, og er kommet til samme resultat som sekretariatet. Sekretariatets begrunnelse kan også for det vesentlige tiltres.

Saken dreier seg utelukkende om ett spørsmål: om innklagede driver en virksomhet av "industriell eller forretningsmessig karakter", jf anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav a. Det følger av EU-domstolens praksis, gjengitt i sekretariatets avvisningsbeslutning, at det må vurderes særskilt for det enkelte selskap hvorvidt vilkårene i § 1-2-(2) er oppfylt. Dette innebærer at det utelukkende er virksomheten i SIVA Tromsø Eiendom AS som skal vurderes i forhold til kriteriet "forretningsmessig karakter", som er det aktuelle alternativ her. Det er derfor ikke SIVA-systemet som helhet, eller SIVA-konsernet som skal vurderes, slik det legges opp til i klagen over avvisningsbeslutningen.

Det er innklagedes aktuelle virksomhet som er avgjørende for bedømmelsen. Mer formelle ting som tilblivelse, forutsetninger og vedtekter kan være tilleggsmomenter som bidrar til å kaste lys over forholdene. Innklagede er et rent eiendomsselskap hvis eneste virksomhet er å oppføre næringsbygg i Tromsø for utleie til markedsmessige vilkår. Virksomheten er finansiert ved egenkapital og banklån, og utbygging finner ikke sted før det er signert et tilstrekkelig antall leiekontrakter, slik at selskapet er noenlunde trygg på å kunne betjene gjelden. Dette viser at innklagede opptrer som enhver annen forretningsmessig eiendomsutvikler. Innklagede konkurrerer om leietakere med andre utleierye av kontorlokaler i Tromsø og er derfor nødt til å holde markedsmessig leie. Dette tilsier at innklagede også må tenke forretningsmessig i forbindelse med sine anskaffelser, for å kunne holde leieprisene på et markedsmessig nivå. Dette er årsaken til at anskaffelsesforskriften ikke er gitt anvendelse for selskaper som driver industriell eller forretningsmessig virksomhet.

Videre stiller innklagedes eier krav om forrentning av egenkapitalen etter bransjestandard. Selskapet har selv den økonomiske risikoen for driften av selskapet, og rent formelt har selskapet i sine vedtekter et forretningsmessig formål. Det vises for øvrig til sekretariatets gjennomgang av de forskjellige momenter som må hensyntas. Disse levner etter min

oppfatning ingen tvil om at SIVA Tromsø Eiendom AS er et selskap som må anses for å være av forretningsmessig karakter, selv om det har konsentrert seg om forskningspark-prosjektet.

Når utfallet av skjønnsutøvelsen i dette tilfellet synes ganske opplagt, finner heller ikke klagenemndas leder det hensiktsmessig å la saken fremmes for klagenemnda til behandling.

Sekretariatets avvisningsbeslutning blir dermed å opprettholde.

Avgjørelsen sendes klager pr. e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.


Bjørge Ven

Klagenemndas leder