



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Hyllestad Høgre
Lifjorden
6957 HYLLESTAD
Norge

Deres ref.: Geir Helge
Nordstrand

Vår ref.: 2017/0002-9

Saksbehandler: Elin Økland

Dato: 16.03.2017

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 2. januar 2017 på Hyllestad kommunes beslutning om å inngå kontrakt vedrørende anskaffelse av tre boliger i kommunen. 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) Hyllestad kommune (innklagede) mottok 21. juni 2016 et tilbud fra utbygger Soltomtar AS (Soltomtar) om tre boliger som inngikk i et boligprosjekt på Myklebu. Boligprosjektet var i sin helhet på totalt fem hus og tilbudet fra Soltomtar omfattet tre av disse. Anskaffelsens verdi var estimert til ca. 8 000 000 kroner.
- (2) I dokumentet "*Nøkkelinformasjon – Myklebu*" som var utarbeidet av Soltomtar, fremgikk følgende beskrivelse av boligprosjektet:

"Myklebu er eit bustadprosjekt i 2 etasjer med 5 kjeda bustader, der det er opsjon/moglegheit for utviding med 1 ekstra bustad tilsaman 6 bustader i kjede. Prosjektet har svært sentral beliggenheit i Hyllestad, med korte gangavstandar til skule, barnehage, butikk, post, kommunehus, fleirbrukshus, idrettsanlegg, klatrepark og kvernsteinspark m.m. Vegtilkomst via Myklebust-1 feltet og alle bustader får parkeringsplass på tilkomstsida mellom hus og intern veg. For eit mindre tillegg kan alle bustader lagast med car-port løysing der taket blir trekt vidare ut i 3 m lengde/breidde.

Alle bustader har store altanar på hovudplan mot sørvest, samt eit tilsvarande planert grusa areal på bakkeplan mot sørvest. Alle bustader har utvendig interentrapp mellom plana og eigen mellomgang frå baksida (inngangssida) til altan over bakken på hovudplan. Bustader prosjektert i 3-ulike storleikar, der fordeling mellom dei ulike bustadtypene i prosjektet vil bli endeleg avklart i forhold til sal og kundeynskjer. Bustadløyisingane har eit areal på høvesvis 75 m². BRA, 110+5 m². BRA og 130 m². BRA.

Det er også moglegheit med individuell tilpassing for deler av romløyisinga, dette gjeld særleg mellom stove/trapp/kjøkken og i forhold til kjellarstove/ekstra soverom. Bustader på 75 m². BRA har 2.soverom, medan dei øvrige løyisingane har 3-4 soverom alt etter kuneynskje.

Prosjektet har høg standard, der er bad på begge plan for 110+5 m². BRA og 130 m². BRA løyisingane, samt eige vaskerom, for 75 m². BRA løyisinga er bad/vaskerom samla i eit rom på 6,2 m². Vidare er det lagt vekt på vedlikehaldsfrie overflater for utvendige materialar, Royal impregnert kledning, glas rekkverk med rustfrie stålsøyler, folietekking tak og PVC vindu, mot eit mindre tillegg kan kundar oppgradere terrassedekke frå ubehandla standard impregnert klasse-1 til thermotre Lunadeck plan m. riller og skjult innfesting."

- (3) Kommunestyret i Hyllestad kommune vedtok den 6. oktober 2016 å gi Rådmannen fullmakt til å inngå avtale med utbyggeren Soltomtar om kjøp av disse tre boligene.
- (4) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. januar 2017.
- (5) Innklagede har opplyst at kontrakt ikke er inngått og at eventuell kontraktsinngåelse vil utsettes inntil klagenemnda har behandlet saken.

Sekretariatets vurdering:

- (6) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig. Etter klagenemnds forskriften § 6 fremgår det at "[k]lage til klagenemnda må gjelde unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne". Klagers anførsel gjelder innklagedes beslutning om å anskaffe tre boliger til Hyllestad kommune som klager hevder vil utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda kan ta stilling til dette.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (7) Grunnlaget for klagers anførsel er kommunestyrets vedtak av 6. oktober 2016 hvor Rådmannen gis fullmakt til å inngå kontrakt vedrørende kjøp av tre boliger på Myklebu fra utbyggeren Soltomtar AS. Spørsmålet er om innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å kunngjøre det planlagte kjøpet av de tre boligene i boligprosjektet på Myklebu.
- (8) Utgangspunktet er at forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 får anvendelse ved "tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider". Forskriften § 1-3 (2) bokstav b oppstiller imidlertid unntak for kontrakter om erverv eller leie av eksisterende bygninger eller annen fast eiendom.

- (9) Ut fra praksis fra EU-domstolen og nyere praksis fra klagenemnda kan det utledes at det avgjørende i denne forbindelse i første rekke er om avtalen rettslig sett må karakteriseres som en bygge- og anleggskontrakt i henhold til forskriften § 4-1 bokstav c. Denne tilnærmingen er også kodifisert i det nye anskaffelsesdirektivet gjennom at unntaket for eksisterende bygg bare gjelder for tjenstekontrakter.
- (10) Forskriften § 4-1 bokstav c definerer en bygge- og anleggskontrakt som en *"kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (...) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg [bygge- og anleggsarbeid] som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og [eller] teknisk funksjon."*
- (11) I EU-domstolens sak C-451/08 premiss (67) uttales det følgende om hva som ligger i uttrykket *"oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver"* i definisjonen av en bygge- og anleggskontrakt: *"For at det kan antages, at en ordregivende myndighed har præciseret sine behov i denne bestemmelses forstand, skal sidstnævnte have truffet foranstaltninger med henblik på at definere karakteren af bygge- og anlægsarbejdet eller i det mindste haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering."*
- (12) Slik saken er opplyst har innklagede blitt presentert for et tilbud som inneholder tre boliger hvor Soltomtar har planlagt og prosjektert rekkehusene. Innklagede har ikke vært involvert i dette. Prospektet med tegningene over rekkehusene er datert 12. oktober 2015, altså lenge før innklagede ble presentert for tilbudet. Av dokumentet *"Nøkkelinformasjon-Myklebu"* fremgår det at boligenes størrelse, utforming, rominndeling og materiale er fastsatt av Soltomtar. Selv om det er adgang til å foreta endringer på dette, er dette klart begrenset til mindre individuelle brukertilpasninger og det er dermed ikke tale om *"avgørende indflydelse på arbeidets projektering"*. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2009/1, i premiss 52 til 62, om et tilsvarende saksforhold. På bakgrunn av de opplysninger som er fremlagt er det overhodet ikke holdepunkter for at innklagede har hatt en innflytelse av et slikt omfang som gjør at kontraktens hovedformål må anses å være en bygge- og anleggskontrakt.
- (13) Så fremt ikke forholdene i betydelig grad endrer seg vil altså kontraktsinngåelsen klart måtte karakteriseres som erverv av fast eiendom, og dermed være omfattet av unntaket i forskriften § 1-2 (2) bokstav b.
- (14) 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.

Jonn Sannes Ramsvik
nestleder i sekretariatet

Dokumentet er godkjent elektronisk

Elin Økland
rådgiver

Mottaker
Hyllestad Høgre

Postadresse
Lifjorden

Poststed
6957 HYLLESTAD
Norge

Kontakt/e-post
geir.helge.nordstrand@
multioffshore.com

Kopi til:

KS Advokatene

Postboks 1378 Vika

0114 OSLO
Norge

Kristine Røed Brun
kristine.roed.brun@ks.n
o