

Bodø kommune
Postboks 319
8001 Bodø

Saksb.: Gunn Olsboe Johannessen
e-post: fmnogjo@fylkesmannen.no
Tlf: 75 53 16 23
Vår ref: 2016/8606
Deres ref: 09/2415 og 10/986
Vår dato: 29.03.2017
Deres dato: 04.12.2016
Arkivkode: 423.1

Klagebehandling - Byggesak - Tilbaketrekking av ferdigattest - Sjøgata 45 - 47 - Luftfartstilsynet bygg - Bodø - Oppheving av kommunens vedtak

Vi viser til kommunens oversendelse av 04.12.2016.

Fylkesmannen opphever Bodø kommunes vedtak om trekke tilbake ferdigattesten. Ferdigattesten ble gitt på uriktig grunnlag, men ugyldigheten medfører i dette tilfellet ikke at ferdigattesten kan trekkes.

BAKGRUNN FOR KLAGEN

Saken gjelder tilbaketrekking av ferdigattest for Luftfartstilsynet bygg på eiendommen gnr. 138 bnr. 2212 i Bodø. Tiltakshavere er Ole Kr. Ertsvik AS. Ansvarlig søker er Consto AS.

Rammetillatelse ble gitt 13.11.2009.

Den 05.03.2012 utstedte kommunen ferdigattest for tiltaket på bakgrunn av opplysninger gitt i anmodningen av 27.02.2012.

Den 03.06.2016 varslet kommunen ansvarlig søker om tilbaketrekking av ferdigattesten. Kommunen viser her til at eiendommen kun har midlertidig atkomst til Jernbaneveien og at permanent kryssløsning ikke er etablert, jf. utbyggingsavtalens pkt. 2.5. Siden permanent atkomst ikke var etablert, skulle ikke ferdigattest vært utstedt. Kommunen finner at ferdigattesten er gitt på feil grunnlag ettersom tiltaket ikke er utført i samsvar med rammetillatelsen med senere endringer og gitte igangsettingstillatelser.

Det ble gitt frist for uttalelse til 01.07.2016. Kommunen mottok 01.07.2016 tilsvaer fra Advokatfirmaet Selmer DA på vegne av eierne Breeze Luft AS.

Med hjemmel i plan- og bygningsloven (pbl.) § 21-10 og forvaltningsloven (fvl.) § 35 første ledd bokstav c fattet kommunen 01.07.2016 vedtak om å trekke ferdigattesten utstedt 05.03.2012 for ovennevnte eiendom. Vedtaket er adressert til tiltakshaver Ole Kr. Ertsvik AS. Vi gjengir begrunnelsen for vedtaket:

«Kommunen finner at ferdigattest av 05.03.2012 er gitt på feil grunnlag. Avtalen om ny avkjørsel var inngått i utbyggingsavtalen. Dette ble vurdert til å være tilstrekkelig

da rammetillatelsen ble gitt. Når det nå viser seg at ny kryssløsning ikke er etablert og da det heller ikke foreligger avtale med veieier, foreligger det ikke lovlig avkjørsel til Jernbaneveien fra byggene.»

Det ble gitt midlertidig brukstillatelse den 01.07.2016. «Følgende krav skal være dokumentert løst før det kan gis ferdigattest: Varig løsning for atkomst og avkjørsel med rettigheter fra berørte hjemmelshavere, samt avkjørselstillatelser fra veimyndighetene. Søknad om ferdigattest skal foreligge innen 01.10.2016. Dersom det er behov for utsatt frist, må det søkes om dette innen utgangen av denne dato.» Kommunen opplyser at det etter dette er gitt utsatt frist for anmodning om ferdigattest til 01.12.2016, og at det kan gis ytterligere utsettelse ved behov.

I brev av 05.07.2016 ble vedtaket om trekke ferdigattesten påklaget av Advokatfirmaet Selmer AS på vegne av Breeze Luft AS. Klagen gjelder også nye krav stilt i midlertidig brukstillatelse. Klagen er framsatt i rett tid.

I klagen gjøres det gjeldende at det ikke er grunnlag for omgjøring etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Det anføres at verken rammetillatelsen eller ferdigattesten oppstiller noen krav relatert til utbyggingsavtalens punkt 2.5, og at det i rammetillatelsen konstateres at eiendommen har atkomst. Ferdigattest ble gitt fordi tiltaket ble vurdert å være «i samsvar med tillatelser og krav gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven». Klager mener det ikke er noe som har endret seg vesentlig siden den gang, og har innrettet seg i tillit til den utstedte ferdigattesten. Det vises også til uttalelse av 01.07.2016. Videre er vedtaket fattet samme dag som uttalelsen og klager er derfor i tvil om kommunen har tatt uttalelsen i betraktning, noe som er en saksbehandlingsfeil jf. fvl. § 16. Klager bemerker også at vedtaket har en knapp begrunnelse, og mener dette gir grunn til å stille spørsmål ved om saken har vært tilstrekkelig opplyst før vedtaket ble fattet. Det er begjært oppsettende virkning av kommunens vedtak.

Klagenemnda behandlet klagen i møte 08.11.2016 som sak 16/59. Det tidligere vedtak ble opprettholdt. Kommunen har avvist begjæringen om oppsettende virkning. Saken ble så sendt til Fylkesmannen for klagebehandling.

I brev av 26.01.2017 har Advokatfirma Steenstrup Stordrange AS v/advokat Geir Frøholm gjort oppmerksom på at de nå representerer både Sjøgata 41/43 AS og Breeze Luft AS som eier Sjøgata 45/47, jf. deres klage av 05.07.2016.

I brev av 14.02.2017 har Advokatfirma Steenstrup Stordrange ved advokat Geir Frøholm kommet med merknader til kommunens behandling av klagen. Vi viser til merknadene.

FYLKESMANNENS LOVFORSTÅELSE, VURDERING OG FORSTÅELSE AV FAKTUM I SAKEN

Innledning

Fylkesmannens avgjørelse bygger på de opplysninger som er framkommet i det skriftlige materialet som er oversendt fra kommunen, så vel kommunens egne opplysninger som de opplysninger klager har framlagt.

Fylkesmannen kan prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Vi skal vurdere de synspunkter som klageren legger fram, og vi kan også ta opp forhold som ikke er berørt i klagen. Vi skal legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn, jf. forvaltningslovens § 34 annet ledd.

Plandelen av plan- og bygningsloven ble endret med virkning fra 1. juli 2009, og byggesaksdelen er endret med virkning fra 1. juli 2010. Gammel lov benevnes i det følgende som pbl.85 og ny lov bare pbl. Vi vil gå inn på overgangsbestemmelser m.v. der dette er nødvendig.

Plangrunnlag og utbyggingsavtale

Eiendommen omfattes av reguleringsplan for Sjøgaten 29-47, plannr. 1023, vedtatt 11.03.2004. Av plankartet fremgår det at det aktuelle byggeområdet er benevnt som K5. Deler av tiltaket ligger også innenfor område K4 da inngangspartiet er lagt i NAV-bygget, område K4.

Felles adkomst/avkjørsel og parkering er vist på opprinnelig plankart mellom F1 og F2, og mellom F1 til Sjøgata. Bestemmelsenes § 5 angir at felt F1 er felles adkomst/trafikkområde for eiendommene i området. Felt F2 kan benyttes som felles garasjeanlegg for de tilstøtende eiendommene.

På revidert plankart datert 17.06.2009 er felles avkjørsel, parkering benevnt som F4, F5 og F6. Fra F6 er det vist avkjørsel inn til tilgrensende planområde.

Mindre vesentlig reguleringsendringer mht. byggegrensener for Sjøgata 45 - 47 er vedtatt 01.06.2005.

Mindre vesentlig reguleringsendring for Sjøgata 29-47 vedrørende økning i gesimshøyde i område K4, samt noen nye bestemmelser som er knyttet til utbyggingen av K4, ble vedtatt 01.07.2008. Det ble bl.a. vedtatt at gjennomkjøring mellom F2 og Jernbanevegen skal sikres.

Mindre vesentlig reguleringsendring, kontorbygning Luftfartstilsynet Sjøgata 45/47, ble vedtatt 23.06.2009. Gjelder byggeområde K5. Nye bestemmelser. Plankartet er revidert – revisjonsdato påført plankartet er 17.06.2009.

Ved denne mindre vesentlige reguleringsendringen ble det også gitt nye bestemmelser under nytt hovedpunkt **UTBYGGINGSAVTALER/REKKEFØLGEBESTEMMELSER**

«Utbyggingsavtale

Før det gis rammetillatelse for felt K5 skal det være inngått utbyggingsavtale mellom Bodø kommune og tiltakshaver. Utbyggingsavtalen skal regulere og avklare ansvar og utbyggingsstandart for offentlig infrastruktur som utløses av byggetiltaket.

«Rekkefølgebestemmelser

- *Før det kan gis brukstillatelse/ferdigattest skal atkomst fra Jernbanevegen/kryssløsning være opparbeidet etter planer godkjent av Bodø kommune og Statens vegvesen. Dersom reguleringsplan for kryssløsning eller*

finansiering ikke er klar når bygget er ferdig, kan det gis tillatelse til midlertidig avkjøring for ett år med mulighet for forlengelse.

- *Før det kan gis brukstillatelse/ferdigattest skal atkomst fra Sjøgata være opparbeidet etter planer godkjent av Bodø kommune.*
- *Før det kan gis brukstillatelse/ferdigattest skal havnepromenade langs K5 være opparbeidet etter planer godkjent av Bodø kommune.*
- *Før det kan gis brukstillatelse/ferdigattest skal havnepromenade mellom K3 og K5 være opparbeidet etter planer godkjent av Bodø kommune.»*

Da rammetillatelse ble gitt var eiendommen også omfattet av kommuneplanen for Bodø, arealdel, vedtatt 18.06.2009.

Områderegulering for Bodø stamnetterminal, ble vedtatt 17.02.2011, dvs. etter at rammetillatelse var gitt.

Området for adkomst til Jernbaneveien var på det tidspunkt rammetillatelsen ble gitt omfattet av reguleringsplan for et område ved Jernbaneveien, Sjøgata og Bodø havn med tilhørende bestemmelser vedtatt av kommunestyret 24.04.1997 i KS 43/97.

Det forelå utbyggingsavtale mellom kommunen og utbygger Ole K. Ertsvik AS, og Sjøgata 41-43 AS, da rammetillatelsen ble gitt den 13.11.2009.

Kommunen har lagt til grunn at løsningen med adkomst og utkjøring fra eiendommen til Jernbaneveien ikke var tilfredsstillende løst i reguleringsplan for Sjøgaten 29-47. Dette er nærmere redegjort for i klagesaken for NAV-bygningen, vår sak 2016/8604 av 14.03.2017.

Vedtaket om å trekke tilbake ferdigattesten

Kommunen utstedte ferdigattest for tiltaket 05.03.2012 på bakgrunn av opplysninger gitt i søknaden.

01.07.2016 fattet kommunen vedtak om å trekke ferdigattesten for ovennevnte eiendom med hjemmel i plan- og bygningsloven (pbl.) § 21-10 og forvaltningsloven (fvl.) § 35 første ledd bokstav c da de mener ferdigattesten ble gitt på feil grunnlag. Den nærmere begrunnelsen er gjengitt foran.

Etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c kan et forvaltningsorgan omgjøre sitt eget vedta uten at det er påklaget *dersom vedtaket må anses som ugyldig*.

Det er etter gjeldende rett ikke tvilsomt at ferdigattest som er avgitt på feil grunnlag etter omstendighetene vil kunne trekkes tilbake etter regelen i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c som ugyldig på grunn av uriktig faktisk grunnlag.

Tilbaketrekkingen er slik Fylkesmannen forstår av vedtaket begrunnet i at tiltaket, Luftfartstilsynet-bygg, ikke har lovlig permanent avkjørsel etter plan- og bygningsloven til Jernbaneveien. I varselet er det anført at tiltaket ikke er utført i samsvar med rammetillatelsen med senere endringer og gitte igangsettingstillatelser.

På det tidspunkt rammetillatelse ble gitt, gjaldt byggesaksdelen i plan- og bygningsloven av 1985.

Pbl.85 § 66 nr. 1 om atkomst lød:

«1. Eiendom kan bare deles eller bebygges dersom byggetomta(ene) enten er sikret lovlig atkomst til veg som er åpen for alminnelig ferdsel eller ved tinglyst dokument eller på annen måte er sikret vegforbindelse som kommunen godtar som tilfredsstillende. Avkjørsel fra offentlig veg må være godkjent av vedkommende vegmyndighet, jf. vegloven av 21. juni 1963 §§ 40-43.

Hvor vegforbindelse etter kommunens skjønn ikke kan skaffes uten uforholdsmessig vanske eller utgift kan kommunen godta en annen ordning.»

Bestemmelsen er med enkelte presiseringer videreført i ny lovs § 27-4.

Andre punktum klargjør at der atkomsten skjer fra offentlig veg, må avkjørsel fra denne være godkjent av vegmyndigheten i henhold til veglova §§ 40-43.

SAK10 § 6-4 slår fast at rammetillatelse blant annet skal omfatte sikkerhet for godkjent veg-, vann- og avløpsløsning, så langt det er relevant for tiltaket. I § 5-4, fjerde ledd, om opplysninger som skal gis ved søknad om rammetillatelse, bokstav c) er fastsatt at for forhold som atkomst, vannforsyning, avløp og fjernvarmetilknytning, jf. tredje ledd bokstav j, er det tilstrekkelig at det er dokumentert at nødvendige rettigheter er sikret.

Byggesaksforskriften § 6-4 jf. § 5-4 fjerde ledd, er en videreføring av tidligere rettstilstand.

Dersom det i ettertid avdekkes at alle nødvendige forhold ikke er avklart i en gitt rammetillatelse, må det på vanlig måte sendes inn endringssøknad til kommunen.

Spørsmålet om kravet til lovlig avkjørsel er oppfylt

Kommunen mottok revidert søknaden om rammetillatelse for oppføring av kontorbygg med parkeringskjeller for Luftfartstilsynet 10.08.2009. Ansvarlig søker er Space group arkitekter.

Det er i skjema for opplysninger om tiltakets ytre rammer krysset av for at tomta gir endrede avkjøringsforhold, at tomta har atkomst til kommunal veg og at avkjøringstillatelse er gitt. Jf. pbl §§ 66 og 67. Det er i en kommentar til dette vist til punkt 2.5 *Vegvesenet og adkomst til Jernbaneveien* i utbyggingsavtale for Sjøgata 41,43, 45 og 47, jf. vedlegg. Det er videre opplyst i brev av 06.08.09 at parkering er løst under bakken i et felles parkeringsanlegg med Sjøgata 41/43. Anlegget får innkjørsel fra Sjøgata mens utkjøring etableres mot Jernbaneveien i øst.

Fylkesmannen bemerker at området for adkomsten til Jernbaneveien på det tidspunkt rammetillatelsen ble gitt var omfattet av reguleringsplan for et område ved Jernbaneveien, Sjøgata og Bodø havn med tilhørende bestemmelser vedtatt av kommunestyret 24.04.1997 i KS 43/97. Området var her regulert til felles trafikkareal.

Den 23.06.2009 ble det vedtatt en ny rekkefølgebestemmelse som en reguleringsendring til reguleringsplan for Sjøgata 29-47. Rekkefølgebestemmelsen har følgende ordlyd:

"Før det kan gis brukstillatelse/ferdigattest skal atkomst fra Jernbaneveien/kryssløsning være opparbeidet etter planer godkjent av Bodø kommune og Statens vegvesen. Dersom reguleringsplan for kryssløsning eller finansiering ikke er klar når bygger er ferdig, kan det gis tillatelse til midlertidig utkjøring for ett år med mulighet for forlengelse."

Etter pbl.85 § 66 nr. 1 må avkjørsel fra offentlig veg være godkjent av vedkommende vegmyndighet, jf. vegloven av 21. juni 1963 §§ 40-43.

I veglova § 40, første og andre ledd heter det:

«Avkjørsle frå offentleg veg må berre byggast eller nyttast etter reguleringsplan eller arealdel av kommuneplan etter plan- og bygningsloven.

Ligg det ikkje føre nokon reguleringsplan som nemnd, eller planen ikkje omfattar avkjørsle må avkjørsle frå riksveg eller fylkesveg ikkje byggast eller nyttast utan løyve frå regionvegkontoret og avkjørsle frå kommunal veg ikkje byggast eller nyttast utan løyve frå kommunen.»

Den aktuelle avkjørselen lå da rammetillatelsen ble gitt i et regulert område innenfor reguleringsplan «område ved Jernbaneveien, Sjøgata og Bodø havn vedtatt av kommunestyret 24.04.1997. Avkjørselen er vist som felles avkjørsel. Det følger da av pbl § 66 jf. veglova § 40, første og andre ledd, at avkjørsel skal løses gjennom reguleringsplan og at det er kommunen som er myndighet til å treffe avgjørelse i saken. Søkes det om byggetillatelse på grunnlag av regulert avkjørsel, er det ikke nødvendig med noe særskilt vedtak etter veiloven. Vi viser til O. J Pedersen m.fl. 2011 s. 464. Det heter videre på side 465 at «{D}ersom den omsøkte avkjørsel er i strid med planen, kreves det enten reguleringsendring eller dispensasjon hvis tillatelse skal gis.» Statens vegvesen ønsket/krevde ny regulering for å avklare atkomstforhold og trafikkavvikling i Jernbaneveien.

Av det opplyste i saken legger Fylkesmannen til grunn at det var enighet om at atkomsten/krysset ved Jernbaneveien måtte oppgraderes og at ny atkomst/kryssløsning skulle reguleres, noe som også fulgte av rekkefølgebestemmelsen. Dette kunne vært løst ved at byggesøknaden ble stilt i bero i påvente av ny regulering, eventuelt ved bruk av bygge- og deleforbud. Eller ved å stille vilkår/rekkefølgekrav.

Rammetillatelsen av 13.11.2009

Søknaden om rammetillatelse for oppføring av Luftfartstilsynet bygg ble godkjent av kommunen i vedtak av 13.11.2009 i medhold av pbl85 § 93 a og § 95 nr. 1.

Det er opplyst at tomten har atkomst til kommunal vei via gnr. 138/2211 og riksvei via 138/2149 og 138/700.

Det foreligger en uttalelse fra Statens vegvesen av 02.12.2009. Vegvesenet viser her til at Sjøgata 41, 43, 45 og 47 har en midlertidig tillatelse til utkjøring fra parkeringsanlegget til Jernbaneveien. Innkjøring skal skje fra Sjøgata. Vegvesenet har her ingen merknader til utbyggers søknad om midlertidig tillatelse for både inn- og utkjøring fra Jernbaneveien til NAV-byggets garasje i byggeperioden fram til 01.07.2011.

Kommunens forståelse av rammetillatelsen med hensyn på godkjent avkjøring

Vi gjengir fra innstillingen i klagesaken:

«Da rammetillatelsen ble gitt forelå det midlertidig avkjøringstillatelse fra Statens vegvesen til å kunne benytte eksisterende avkjørsel til Jernbanevegen. Høring er gjennomført i forbindelse med søknad om oppføring av NAV-bygget. Statens vegvesen og kommunen har stilt krav om utarbeidelse av plan for å sikre opparbeidelse av ny adkomst og kryssløsning. Arbeidet med områderegulering av Bodø Stamnetterminal var igangsatt da rammetillatelsen ble gitt.

I Områderegulering for Bodø stamnetterminal, vedtatt 17.02.2011, er det tatt inn bestemmelser som skulle sikre adkomst til Jernbanevegen for NAV-bygget og Luftfartstilsynets bygg som ligger utenfor planområdet. {...}

Plankartet viser at felles veg F1 med tilknytning til Jernbanevegen forutsetter at eksisterende veg skal endres og at ny kryssløsning må opparbeides.

Jernbanevegen er i det aktuelle område klassifisert som riksveg (RV 80).»

Fylkesmannen mener at kommunen i og med at det er gitt rammetillatelse har akseptert den midlertidige avkjøringen til Jernbanevegen som tilfredsstillende jf. pbl § 66 for å gi rammetillatelsen. Dette etter samtykke fra Statens vegvesen, og med den forutsetning at endelig atkomstløsning skal finne sin løsning i ny reguleringsplan. Vi mener dette fremgår av rammetillatelsen sammenholdt med uttalelse fra Statens vegvesen av 15.08.2008 i saken om NAV-bygget og rekkefølgebestemmelser vedtatt 23.06.2009. Av rekkefølgebestemmelsen fremgår det at {f}ør det kan gis *brukstillatelse/ferdigattest* skal atkomst fra Jernbaneveien/kryssløsning være opparbeidet etter planer godkjent av Bodø kommune og Statens vegvesen.

Spørsmålet om vilkår/rekkefølgebestemmelse

Kommunen mener krav om ny avkjørsel/kryssløsning var forutsatt av Statens vegvesen og kommunen da rammetillatelse ble gitt. Kommunen har lagt til grunn at kravet om ny adkomst/kryssløsning er sikret gjennom nye rekkefølgebestemmelser i reguleringsplan for Sjøgaten 29-47, gjennom utbyggingsavtale inngått 13.11.2008, og gjennom områdereguleringsplan for Bodø stamnetterminal, vedtatt 17.02.2011.

Kommunen skriver i innstillingen i klagesaken blant annet følgende om dette:

«Det faktum at det kun forelå en midlertidig avkjøringstillatelse til Jernbanevegen var utvilsomt kjent for tiltakshaver og ansvarlig søker da søknaden ble innsendt og rammetillatelse gitt. Dersom det forelå varig avkjøringstillatelse ville reguleringsendringen med rekkefølgebestemmelser i tilknytning til atkomsten til Jernbanevegen, samt krav om inngåelse av utbyggingsavtale, ikke vært nødvendig. I rammetillatelsen er det derfor kun angitt hvordan adkomst og avkjørsel rent faktisk skal skje. Byggetomten har atkomst til kommunal vei via gnr. 138 bnr. 22 11 (inngang via NAVbygget), og riksvei via 138/2149 (NAV) og 138/700 (kommunal eiendom).

Utkjøring til Jernbanevegen var ikke i samsvar med plan da søknad om rammetillatelse ble behandlet og godkjent. Den aktuelle delen av Jernbanevegen hvor utkjørings skal skje er klassifisert som riksveg (RV80). Det ligger da ikke til kommunen å kunne gi avkjøringstillatelse slik klager hevder at kommunen har gjort.

Rette myndighet var Statens vegvesen, som gav midlertidig avkjøringstillatelse for både NAV-bygget og Luftfartstilsynets nye bygg.»

Fylkesmannen bemerker at det som her er sagt om hvem som var/er myndighet til å godkjenne aktuelle avkjøring til Jernbaneveien etter vår oppfatning er feil eller i hvert fall misvisende, jf. det som er sagt foran under pbl85 § 66.

Fylkesmannen legger til grunn at kommunen som rette myndighet har akseptert atkomstforholdene på rammestadiet, og at permanent avkjøring først skulle løses i plan. Den ble vedtatt først 17.02.2011 i områderegulering for Bodø stamnetterminal.

Av pbl § 18-1 om krav til opparbeidelse av veg og hovedledning for vann og avløpsvann, tredje ledd fremgår det at kommunen kan gi tillatelse til tiltak som nevnt i pbl § 20-1 første ledd bokstaver a, d og m på vilkår av at arbeidene etter første ledd blir utført før tiltaket ferdigstilles. Bokstav a omfatter blant annet oppføring av bygning, og arbeidene etter første ledd omfatter opparbeidning og godkjenning av offentlig vei så lang den er vist i planen, fram til og langs den side av tomta hvor den har sin atkomst. Dette fremgikk også av pbl85 § 67, av tredje ledd i den gamle bestemmelsen framgikk det at kommunen kan gi regler om utføringen.

Fylkesmannen legger etter dette til grunn at kommunen i en rammetillatelse må kunne gi vilkår om det samme før ferdigstilling, herunder det vilkåret som i dette tilfellet fremgår av rekkefølgebestemmelsen.

Kommunen har ikke i rammetillatelsen stilt vilkår om at søkeren må opparbeide atkomst etter framtidig plan før ferdigattest kunne gis. På det tidspunkt rammetillatelsen ble gitt var det imidlertid vedtatt en rekkefølgebestemmelse som nevnt foran, og det er i rammetillatelsen vist til plangrunnlaget der disse inngår. Bestemmelsen er juridisk bindende jf. pbl § 12-14 første ledd jf. § 12-7 nr. 10, pbl85 § 31 første ledd jf. § 26.

Fylkesmannen mener at kommunen burde ha presisert/tatt inn rekkefølgekravet i rammetillatelsen. Selv om dette ikke er gjort, kan vi ikke se at det er ulovlig å anvende rekkefølgekravet for dette byggeprosjektet.

Vi har med dette ikke tatt stilling til om de inngåtte avtaler mellom kommunen og tiltakshaver/utbygger er gyldig eller ikke. Dette er et spørsmål som eventuelt må løses ved domstolen.

Fylkesmannens vurdering av om det var grunnlag for å trekke ferdigattesten

Ferdigattesten av 05.03.2012

Det følger av pbl § 21-10 at søknadspårlig tiltak skal avsluttes med ferdigattest, som utstedes av kommunen når det foreligger nødvendig sluttokumentasjon og erklæring om ferdigstilling fra tiltakshaver eller ansvarlig søker. Sluttokumentasjonen skal vise at tiltaket er utført i samsvar med tillatelsen og bestemmelser i eller i medhold av denne lov.

Når det gjelder ferdigattest for tiltaket følger det av pbl. 85 § 99 nr. 1 at den kontrollansvarlige skal foreta sluttkontroll når et tiltak som går inn under § 93 er ferdig. Sluttkontrollen skal også omfatte utearealer, adkomst og andre vilkår som eventuelt er stilt i tillatelsen.

Vi gjengir fra innstillingen i klagesaken:

«Tiltaket er basert på at det skal være avkjørsel til Jernbanevegen via eiendommer som ligger til NAV-bygget, NRK-bygget og kommunal grunn. Sikring av adkomsten var en forutsetning for at det kunne gis tillatelse. Ny plan skulle utarbeides. Det var inngått utbyggingsavtale mellom tiltakshaverne for NAV- bygget og Luftfartstilsynets bygg, og kommunen om bl.a. etablering av ny avkjørsel/kryssløsning. Nye rekkefølgebestemmelser som gjelder ny adkomst og kryssløsning ble også tatt inn i forbindelse med mindre vesentlig reguleringsendring av reguleringsplan for Sjøgaten 29-47, vedtatt 23.06.2009.

Forhold ved adkomst/avkjøring til Jernbanevegen var ikke kontrollert av den kontrollansvarlige, eller av tiltakshaver da søknad om ferdigattest ble sendt inn. Det er ikke gitt varig adkomstrett for tiltaket, kun midlertidig. Ny adkomst og kryssløsning, slik som forutsatt av kommunen og Statens vegvesen, er ikke etablert.

Bygningssjefen konkluderer derfor med at ferdigattest utstedt 05.03.2012 er gitt på uriktig grunnlag og er ugyldig. Feilen, dvs. mangler ved sluttkontrollen og dokumentasjon for at tiltaket er i samsvar med tillatelsen og bestemmelser i eller i medhold av denne lov, herunder pbl. 85 § 66 nr. 1 og reguleringsplan for Sjøgaten 29-47, har virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. fvl. § 35 første ledd bokstav c). Ferdigattesten er derfor trukket tilbake.

Søknad om ferdigattest skulle ha blitt avvist av kommunen, inntil forholdet til Statens vegvesen og etablering av ny avkjørsel og kryssløsning var opparbeidet, og spørsmålet om lovlig varig adkomst var avklart.

Det foreligger nå kun en midlertidig avkjøringstillatelse til Jernbanevegen. Når ny adkomst og kryssløsning etableres vil tiltaket, slik saken nå står, mangle lovlig adkomst.

Forholdet til lovlig og varig adkomst er forsøkt sikret med reguleringsendring av gjeldende plan, tatt inn i ny områdeplan, og ikke minst forsøkt sikret gjennom avtale med utbyggerne. Et så vesentlig spørsmål kan ikke være uavklart når ferdigattest gis. Bygningssjefen beklager at mangler ved adkomsten ikke ble avdekket av kommunen før ferdigattesten ble gitt. Det er også beklagelig at mangelen først ble avdekket flere år etter at ferdigattesten var gitt. Bygningssjefen kan imidlertid ikke se at kommunen kan lastes for feilen. Ferdigattest er gitt på bakgrunn av opplysninger fra ansvarlig søker. Selv om ansvarlig søker er endret underveis vil det nye foretaket ha ansvar og plikt til å sette seg inn i plangrunnlaget, og øvrig forutsetninger som er lagt til grunn for tillatelser gitt i tiltaket. Videre bemerker Bygningssjefen at dersom utbyggerne av Luftfartstilsynet og NAV-bygget hadde oppfylt reguleringsplanens bestemmelser, og sin del av utbyggingsavtalen, ville mangelen blitt avhjulpet i ettertid og tilbaketrekking av ferdigattestene ikke vært nødvendig. Ansvaret for at krav og forutsetninger angitt i reguleringsplan og manglende oppfyllelse av utbyggingsavtalen ligger hos utbygger.»

Fylkesmannen

Rekkefølgebestemmelsen som rammetillatelsen er bygget på lød:

«Før det kan gis brukstillatelse/ferdigattest skal atkomst fra Jernbanevegen/kryssløsning være opparbeidet etter planer godkjent av Bodø kommune og Statens vegvesen. Dersom reguleringsplan for kryssløsning eller finansiering ikke er klar når bygget er ferdig, kan det gis tillatelse til midlertidig avkjøring for ett år med mulighet for forlengelse.»

Luftfartstilsynet bygg er ferdig. Ferdigattest ble gitt 05.03.2012. På dette tidspunkt var ny kryssløsning/rundkjøring regulert i tilgrensende plan som er områdereguleringsplan for Bodø stamnetterminal, vedtatt 17.02.2011. Atkomsten var imidlertid ikke ferdig opparbeidet/etablert som forutsatt i rekkefølgebestemmelsen. Man benyttet fortsatt den midlertidig godkjente løsningen for utkjøring til Jernbaneveien. Det er i forbindelse med ferdigattest ikke søkt om, og kommunen har ikke gitt forlengelse av den midlertidige godkjenningen/gitt dispensasjon fra rekkefølgebestemmelsen. Fylkesmannen mener at det i dette tilfellet ikke kunne gis ferdigattest uten at det samtidig ble gitt dispensasjon fra rekkefølgekravet.

Vi mener etter dette at kravene i rammetillatelsen og de vedtatte rekkefølgebestemmelsene ikke var oppfylt og at ferdigattesten av 05.03.2012 ble gitt på uriktig grunnlag.

Vedtaket er likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. fvl. § 41. Vi mener det ikke kan være tvil om at feilen har påvirket vedtakets, ferdigattestens, innhold.

Vedtaket om ferdigattest må etter dette anses som ugyldig. Kommunen har da etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper en plikt til å vurdere omgjøring etter fvl. § 35, første ledd bokstav c.

Fylkesmannens vurdering av ugyldigheten

Etter fvl. § 35 bokstav c er det ikke nok at vedtaket som ønskes omgjort er ugyldig. Omgjøringsadgangen beror på en konkret vurdering, hvor tiden som er gått, partenes innrettelse og i hvilken grad de er å bebreide, samt feilens art, er blant de sentrale momentene, jf. ordet «kan» i bestemmelsen og uttalelser fra Sivilombudsmannen.

Kommunen har vurdert dette i innstillingen til klagenemnda, vi viser til det som er gjengitt nedenfor under vurderingen av klagen.

Det er en mangel at tiltaket da ferdigattest ble gitt, ikke hadde godkjent og etablert avkjørsel til riksveg slik rekkefølgebestemmelsen krever.

Rekkefølgebestemmelsen er klar med hensyn til at avkjørselen skal være ferdig opparbeidet. Vi legger til grunn at tiltakshaver og ansvarlig søker har vært klar over at avkjørselen ikke var i henhold til rekkefølgebestemmelsen og dermed rammetillatelsen. Fylkesmannen mener ut fra foreliggende dokumentasjon at det ikke kan legges til grunn eller tillegges særlig vekt at utbygger har innrettet seg etter vedtaket.

Ferdigattest ble utstedt 05.03.2012, og trukket 01.07.2016. Det er nesten 4 år og 4 måneder i mellom. Vi viser til SOM—2014-3496:

«Loven oppstiller ikke noen frist for når forvaltningen kan omgjøre. I SOM-2012-1080 uttalte ombudsmannen at det vanskelig kan sies noe presist om hva som er for lang

tid ved omgjøring etter fvl. § 35 første ledd bokstav c, men at grensen for det akseptable som et generelt utgangspunkt er passert når det er gått to og et halvt år. Det er imidlertid grunn til å presisere at ombudsmannen med dette ikke har oppstilt en tidsfrist for forvaltningens adgang til omgjøring etter fvl. § 35 første ledd bokstav c. Omgjøringsadgangen må bero på en konkret vurdering, hvor tiden som er gått, partenes innrettelse og i hvilken grad de er å bebreide, er blant de sentrale momentene, jf. SOM-2013-2835.»

Det gikk over 4 år fra ferdigattest ble gitt til den ble trukket. Dette er svært lang tid. I tillegg er det i foreliggende sak, etter vårt syn, gjort feil både av søker og kommunen.

Avkjørselssituasjonen er i ferd med å ordne seg i tråd med rekkefølgebestemmelsen. Luftfartstilsynet-bygget er ferdig og den nye adkomst/kryssløsningen er under opparbeiding av Statens vegvesen i henhold til planen. De planfaglige utfordringene knyttet til atkomstforholdene er dermed i ferd med å bli løst i samsvar med forutsetningene og rekkefølgebestemmelsen som lå til grunn for å gi rammetillatelse i 2009. Tiltaket er dermed nær ved å oppfylle kravene i plan- og bygningsloven, planer, herunder rekkefølgebestemmelser og tillatelser gitt i medhold av denne.

Å trekke ferdigattesten under henvisning til at det ikke foreligger varig avkjøringstillatelse i denne situasjonen fremstår etter Fylkesmannens vurdering ikke som skjønnsomt eller nødvendig for at Luftfartstilsynet-bygg skal komme i overenstemmelse med plan- og bygningsloven, rammetillatelsen og rekkefølgebestemmelsen. Vi mener etter en helhetsvurdering at kommunen ikke hadde adgang til å omgjøre ferdigattesten. Vedtaket om tilbaketrekking oppheves derfor.

Midlertidig brukstillatelse av 01.07.2016

Det ble gitt midlertidig brukstillatelse den 01.07.2016. «Søknad om ferdigattest skal foreligge innen 01.10.2016. Dersom det er behov for utsatt frist, må det søkes om dette innen utgangen av denne dato.» Kommunen opplyser at det etter dette er gitt utsatt frist for anmodning om ferdigattest til 01.12.2016, og at det kan gis ytterligere utsettelse ved behov.

Følgende krav skal være dokumentert løst før det kan gis ferdigattest:

«Varig løsning for atkomst og avkjørsel med rettigheter fra berørte hjemmelshavere, samt avkjørselstillatelser fra veimyndighetene.»

Fylkesmannen har kommet til at det ikke var grunnlag for å trekke ferdigattesten. Kommunen kunne da ikke stille vilkår som nevnt i brukstillatelsen. Spørsmålet er imidlertid ikke lenger aktuelt da tiltaket har ferdigattest.

Fylkesmannen finner ikke grunn til å gå nærmere inn på klagene.

Vedtak

Fylkesmannen opphever kommunens vedtak av 01.07.2016 om å trekke ferdigattesten.

Vedtaket er fattet med hjemmel i plan- og bygningsloven § 1-9, jf. rundskriv T-2/09 fra Miljøverndepartementet og brev datert 28. september 2009 fra Kommunal- og regionaldepartementet, jf. forvaltningsloven § 34.

Avgjørelsen kan ikke påklages videre, jf. forvaltningsloven § 28.

Sakens parter er underrettet ved kopi av dette brev.

Med hilsen

Egil Johansen (e.f.)
Kommunal- og beredskapsdirektør

Tor Sande
underdirektør

Dette brevet er godkjent elektronisk og har derfor ikke underskrift.

Kopi til:
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA Postboks 1829 Vika 0123 OSLO