



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Vesentlig endring.

Innklagede inngikk i 2016 en avtale med Vinsrygg Eigedom AS som ga selskapet rett til å deponere overskuddsmasser fra sin tomt, på innklagedes tilgrensende tomt. I tillegg til å deponere overskuddsmasser, opparbeidet Vinsrygg Eigedom AS/Vinsrygg Maskin AS deler av tomten. Innklagede solgte senere deler av den opparbeidede tomten til klager, og Vinsrygg Eigedom AS fremsatte da krav om vederlag for opparbeidelsen som var gjort på denne delen av tomten. Forhandlinger mellom partene endte med inngåelse av en avtale i 2020, som blant annet tilkjente Vinsrygg Eigedom AS et vederlag på 3 530 000 kroner for verdien som var tilført tomten som skulle overdras til klager. Klager anførte at betalingen i 2020 innebar en vesentlig endring av avtalen fra 2016, og at innklagede derfor hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at avtalen fra 2020 ikke utgjorde en vesentlig endring av en kunngjort kontrakt, og ikke kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 6. oktober 2021 i sak 2020/688

Klager: Kveen AS

Innklaget: Stryn kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arnt Skjefstad, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Stryn kommune (heretter *innklagede*) hadde i 2015 dialog med Vinsrygg Eigedom AS om salg av innklagedes eiendom gnr. 150 bnr. 56. Vinsrygg Eigedom AS eide den tilgrensende eiendommen gnr. 150 bnr. 84. Eiendommene er ca. 25 dekar hver, og utgjør samlet næringsområdet «Skarsmyra».
- (2) I et notat datert 25. september 2015, som gjelder oppfølging etter møte med Vinsrygg Eigedom AS angående tildeling av tomt på Skarsmyra, fremgår det blant annet følgende:

«[...] Kommunen tar stilling til ynskje frå Vinsrygg eigedom AS om å få overta resterande areal på Skarsmyra

Kommunen er positiv til at Vinsrygg eigedom AS får overta resterande areal, eventuelt deler av attverande areal på Skarsmyra. For å sikre at det blir etablert aktivitet på området, vil det bli sett ein frist for opparbeiding og utnytting av arealet.

Når det gjeld Vinsrygg eigedom AS sitt ynskje om å løyse ut arealet etter kvart som det blir opparbeidd og teke i bruk, må vi sjå nærmare på korleis dette i praksis kan løysast. Eit alternativ vil vere at kommunen overdrar deler av arealet ut frå dei behova Vinsrygg eigedom AS har på noverande tidspunkt, overdrege på vanlege vilkår. I tillegg får

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Vinsrygg Eigedom AS disponere tilstrekkeleg areal til mellomlagring av masse etc. for å kunne opparbeide arealet mest muleg rasjonelt. Dette arealet får Vinsrygg eigedom disponere vederlagsfritt fram til at arealet er opparbeidd. Når arealet er ferdigstilt vil det blir oppgjort av kommunen dersom Vinsrygg eigedom AS ikkje ynskjer å nytte arealet sjølv. I motsett fall blir arealet oppgjort av Vinsrygg Eigedom AS til den kostnaden som ligg på arealet (grunnpris og anleggsbidrag).

Areal Vinsrygg eigedom AS ikkje har heimel til, står Stryn kommune fritt til å selje til andre, også dei deler som Vinsrygg eigedom disponerer vederlagsfritt.

Kommunen ynskjer ein dialog med Vinsrygg eigedom AS med sikte på å kome fram til avtale og vilkår for overdraging av areal på Skarsmyra. [...]»

- (3) Innklagede og Vinsrygg Eigedom AS inngikk 13. april 2016 en avtale som ga selskapet rett til å deponere overskuddsmasse fra sin egen eiendom 150/84, på innklagedes tilgrensende eiendom 150/56.

- (4) Intensjonen med avtalen var i avtalen punkt 1 beskrevet slik:

«Intensjonen med avtalen er å legge til rette for ei mest muleg rasjonell opparbeiding av restarealet på «Skarsmyra», samt ei fysisk og økonomisk rasjonell ordning for Vinsrygg Eigedom AS for å fjerne overskotsmasse frå sin eigedom. Vinsrygg Eigedom AS eig tilgrensande areal (150/84) der det er overskotsmasse som kan nyttast til opparbeiding av tilgrensande areal på 150/56. Vinsrygg eigedom har ein intensjon om å overta attverande avtale om areal på Skarsmyra. Spørsmål om eventuell overtaking inngår ikkje i denne avtalen.»

- (5) I punkt 2 («Kva avtalen gjeld») stod det at avtalen «gjeld rett til å disponere deler av gnr. 150, bnr. 56 (Skarsmyra), eigar Stryn kommune, til deponering/fylling av skotstein/stein. Arealet er avgrensa på kart vedlagt denne avtalen datert 30.03.2016 (N107)»

- (6) I punkt 3 («Økonomiske vilkår») fremgikk det at:

«Arealet som er omfatta av denne avtalen disponerer Vinsrygg Eigedom AS inntil

a) Arealet vert selt til andre eller

b) Deponeringa er slutført eller

c) Av andre årsaker etter avgjerd av kommunen

- (7) Innklagede skulle ifølge avtalen punkt 4 ha full disposisjonsrett til arealet avtalen gjaldt. Det fremgikk også at «Eventuell ferdigstilling av arealet med toppdekke er ikkje omfatta av avtalen. Alt areal som Vinsrygg Eigedom AS ikkje har heimel til, står Stryn kommune fritt til å selje til andre på det tidspunktet det er aktuelt for kommunen.»

- (8) Punkt 5 i avtalen gjaldt «Opparbeiding av arealet»:

«Vinsrygg eigedom AS har ansvar for å traue ut myrmasse og eventuelt fjerne overskotsmasse frå området, utan kostnad for Stryn kommune. Det må ikkje fjernast meir fjell/steinmasse enn det som inneber masseballanse for heile arealet. Størrelse på stein

som blir deponert, må ikkje overstige 1/3 av lagtjukkelsen for fyllingslag. Ein lyt ta omsyn til at det skal vere muleg å etablere grøfter med 1.5m djupne på området i etterkant.»

- (9) Punkt 6 («Andre forhold») fastslo at gjennomføring av avtalen «[...] med omsyn til kotehøgde, eventuelt ulike nivå på arealet eller andre praktiske spørsmål, må avklarast i samråd med kommunen før arealet vert teke i bruk/arbeid sett i gang. Tek utgangspunkt i ferdig planert areal på kote 213 moh for areal nærmast Skarsmyrvegen (veg B). Elles etter skriffileg avtale.»
- (10) Formannskapet i kommunen godkjente avtalen ved vedtak datert 11. mai 2016. Fra vedtaket fremgår blant annet følgende:

«Presentasjon:

Vinsrygg eigedom AS ynskjer å inngå avtale med Stryn kommune om deponering av masse på Skarsmyra næringsområde. [...]

Saksopplysningar:

Vinsrygg eigedom AS er etablert på austleg del av Skarsmyra, der dei har ført opp nytt forretningsbygg. På arealet dei disponerer, om lag 23 dekar, er det masseoverskot. Direktoratet for mineralforvaltning har gitt konsesjon for kommersielt uttak av overskotsmasse. Vinsrygg maskin AS har produsert ein masse til bruk på eigne anlegg og for sal.

Ein del masse vil ikkje kunne nyttast til knusing av ulike årsaker, desse massane ynskjer Vinsrygg eigedom å kunne få deponere på det kommunal arealet som grensar inn til Vinsrygg eigedom sitt område. Arealet er regulert til næringsutbygging (industri, lager, næring).

Avtalen gjeld ikkje opparbeiding av areal, men deponering av masse. Eventuell ferdigstilling av arealet med toppdekke er ikkje omfatta av avtalen. Vinsrygg eigedom AS har ansvar for å traue ut myrmasse og eventuelt fjerne overskotsmasse frå området, utan kostnad for Stryn kommune. Det skal ikkje fjernast meir masse enn det som inneber masseballanse for heile arealet. Størrelse på stein som blir deponert, skal ikkje overstige 1/3 av lagtjukkelsen for fyllingslag.

Stryn kommune har full disposisjonsrett til arealet som inngår i avtalen. Alt areal som Vinsrygg Eigedom AS ikkje har heimel til, står Stryn kommune fritt til å selje til andre på det tidspunktet det er aktuelt for kommunen.

Vurdering:

Intensjonen med avtalen er å legge til rette for ei mest muleg rasjonell opparbeiding av restarealet på «Skarsmyra» og ei fysisk og økonomisk rasjonell ordning for Vinsrygg eigedom As for å fjerne overskotsmasse frå sin eigedom. Avtalen inneber såleis ein vinn-vinn-situasjon for begge partar, utan at den forfordeler oppdrag som skal, eller burde vore, konkurranseutsett.»

- (11) I 2019 søkte Kveen AS (heretter *klager*) og Vinsrygg Maskin AS¹ om å kjøpe hele eller deler av innklagedes eiendom 150/56. I en supplerende søknad fra Vinsrygg Maskin AS datert 26. mars 2019, fremgikk det at deler av eiendommen 150/56, ca. 8 dekar, allerede var utfyllt til kote 213 moh., som følge av selskapet hadde intensjonsavtale med innklagede om kjøp av arealet.
- (12) I et saksframlegg for formannskapet 3. april 2019, om salg av næringsareal på Skarsmyra, fremgår det at rådmannen sitt framlegg til vedtak, var at Vinsrygg Maskin AS skulle få overta om lag 25 dekar næringsareal av gnr.150 bnr. 56.
- (13) Formannskapet i kommunen vedtok 12. juni 2019 å overdra om lag 10 dekar av gnr. 150, bnr. 56 til klager (heretter «*tomt A*»), og om lag 15 dekar av samme eiendom til Vinsrygg Maskin AS (heretter «*tomt B*»).
- (14) Vinsrygg Eigedom AS søkte 1. november 2019 om tillatelse til igangsetting av arbeider på tomt 150/56. I vedlegg til søknaden fremgikk følgende:

«Den 12/4-2016 vart det inngått avtale mellom Stryn kommune og Vinsrygg Eigedom A/S om opparbeiding av arealet på tomt 150/56. Dette for å få til ei rasjonell opparbeiding av restareal på skarsmyra.

Det burde då ha vore søkt om igansettings tillatelse. Vi beklagar dette. Men dette vart ikkje gjort ettersom vi oppfatta gjennom møte med Stryn kommune at ein berre kunne sette igong med hogging av skog, avtaking av jord, samt utfylling til avtalt kotehøgde 213moh. Dette for å få til ei rasjonell opparbeiding av restarealet på skarsmyra. Arbeidet som er sett igong gjeld berre utfylling til fastsett kotehøgde, samt tilrettelegging for overvatn i området.

Det er ikkje laga planer for infrastruktur på dette arealet endå. Det som er utført til denne tid er kunn grovopparbeiding av arealet, iht til avtale med Stryn kommune.»

- (15) I brev 4. november 2019 sa innklagede opp avtalen inngått 13. april 2016 for den del av gnr. 150 bnr. 56 som var tiltenkt solgt til klager, dvs. tomt A:

«Stryn kommune avsluttar rett til å disponere den del av Skarsmyra gbnr 150/56 som er tiltenkt solgt til Kveen AS, i samsvar med § 3 punkt a og c i avtale. Sidan nye grenser ikkje er prosjektert ferdig enno lyt ein halde tilstrekkeleg avstand. Sprenging kun innanfor areal ein sjølv har heimel til.[...] Opparbeiding og bruk av areal lyt avsluttast. [...]»

- (16) I e-post 2. februar 2020 fremsatte Vinsrygg Eigedom AS ved sin advokat krav om vederlag for opparbeidelsen av tomt A, under henvisning til notatet fra 25. september 2015:

«Som opplyst i telefonen, har min klient opparbeidd eit stort areal tilhøyrande Stryn kommune under lovnad av at kommunen skal betale vederlag for opparbeidinga dersom arealet ikkje vert seld til Vinsrygg Eigedom AS. Eg viser her til vedlagde notat av 25.09.2015 der det uttrykkeleg går fram at kommunen vil betale for opparbeidinga. At spørsmålet om vederlag ikkje er omhandla i avtalen mellom partane av 13.04.16, er sjølvsgatt ikkje avgjerande for betalingsplikta. Frå min klient si side varslar ein alt no at

¹ Vinsrygg Maskin AS har en eierandel på 33 prosent i Vinsrygg Eigedom AS.

kommunen må ta høgde for ein vesentleg høgare grunnpris ved eventuelt vidaresal av arealet til andre.»

- (17) Vinsrygg Eigedom AS ga også muntlig varsel om at selskapet ville gå til søksmål dersom selskapet ikke fikk vederlag for verdiene som var tilført tomten.
- (18) Avtale om overdragelse av tomt A til klager ble inngått 14. mai 2020. Kjøpesummen var 2 786 000 kroner.
- (19) Etter deloppsigelsen av avtalen fra 13. april 2016 og Vinsrygg Eigedom AS sitt påfølgende krav om vederlag, gikk partene i forhandlinger som resulterte i at man signerte en avtale 9. juni 2020. I avtalens tre første punkter fremgår følgende:

«1. Bakgrunn

Partene inngikk avtale om deponering av masser mv. den 13.04.16. Kommunen gikk til delvis oppsigelse av avtalen for deler av arealet den 04.11.19. Det er i oppsigelsen ikke fastsatt tidspunkt for når arealet skal fravikes. Som følge av oppsigelsen er alt arbeid med utsprenging og planering stanset, men Vinsrygg har fortsatt oppbevart knuste masser på arealet som er oppsagt.

Partene er enige om at hele avtalen nå skal sies opp og at dette skjer ved signering av nærværende avtale.

Partene har vært uenige i om kommunen etter det avtalte skal yte vederlag for opparbeidelse av tomten.

Nærværende avtale er ment å regulere alle spørsmål mellom partene som vedrører deponeringsavtalen av 13.04.16 og oppsigelse og avvikling av deponeringsavtalen, herunder fastsettelse av et minnelig vederlag for ethvert mellomværende mellom partene som har sammenheng med avtalen om bruk av arealene mv.

2. Oppsigelse

Hele deponeringsavtalen og eventuelle tilleggsavtaler til denne sies med dette opp slik at partene ikke lenger har rettigheter annet enn det som fremkommer av nærværende avtale.

3. Vederlag for opparbeidelse og bruk av tomt

Kommunen skal yte vederlag for utsprengning og opparbeidelsen av tomtearealet, opparbeidelse av veigrunn og for øvrig som oppgjør for ethvert mellomværende med NOK 3.530 000,-.

Vederlaget hensyntar all bruk Vinsrygg har hatt av området og det skal ikke ytes særskilt vederlag for uttak og salg av masser fra arealet eller for annen bruk Vinsrygg har hatt av grunnen til lagring av masser mv.»

- (20) I vedtak 22. oktober 2020 ble avtalen godkjent av kommunestyret. Også kjøpekontrakt mellom klager og innklagede for tomt A, og kjøpekontrakt mellom Vinsrygg Maskin AS og innklagede for tomt B, ble godkjent.
- (21) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. september 2020.

(22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. oktober 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Avtalen av 9. juni 2020, som tilkjenner Vinsrygg Eigedom AS vederlag på 3 530 000 kroner, innebærer en vesentlig endring av 2016-avtalen om deponering av masser. Endringen må anses som en ny kontrakt som skulle vært kunngjort og innklagede har følgelig foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (24) Avtalen fra 2016 innebar at Vinsrygg Eigedom AS delvis skulle opparbeide innklagedes tomt 150/56, mot at selskapet fikk deponere overskuddsmasser på tomten og disponere arealet. I 2020-avtalen ble vederlaget endret til at Vinsrygg Eigedom AS i tillegg fikk et beløp på 3 530 000 kroner. Det er en bygge- og anleggskontrakt over kunngjøringspliktig terskelverdi. Det er tale om en vesentlig forskyving av den økonomiske balansen i kontrakten til fordel for Vinsrygg Eigedom AS, eller en betydelig utvidelse av kontraktens omfang. 2020-avtalen nevner ikke lov om hendelege eideomshøve med et ord, det gjør heller ingen andre av dokumentene innklagede har fremlagt i saken.
- (25) Avtalen fra 2016 er i seg selv en gjensidig bebyrdende avtale som er omfattet av regelverket. Avtalen innebar at Vinsrygg Eigedom AS mottok vederlag for opparbeidelse av tomt 150/56 i form av en rett til å deponere masser på tomten. Selv om vederlaget ikke bestod av en pengesum, er det tale om en ytelse med en økonomisk verdi.
- (26) Overtredelsesgebyr bør ilegges. Formannskapetets vedtak av 11. mai 2016 viser at innklagede var klar over anskaffelsesregelverket ved inngåelsen av avtalen 13. april 2016, men vurderte det slik at regelverket ikke kom til anvendelse fordi det ikke var tale om å betale Vinsrygg Eigedom AS vederlag i form av et pengebeløp, men en rett til å oppbevare masser på tomten. Til tross for eventuelle vanskeligheter med å verdsette retten til å deponere masser på tomt 150/56, må innklagede bebreides for ikke å forsøke å verdsette denne rettigheten, men i stedet inngikk kontrakt direkte med Vinsrygg Eigedom AS.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Når det gjelder 2016-avtalen, var dette ikke en kunngjøringspliktig anskaffelse. Uansett er toårsfristen for å fremsette klage om ulovlig direkte anskaffelse oversittet for denne avtalen.
- (28) Avtalen fra 9. juni 2020 mellom innklagede og Vinsrygg Eigedom AS er ikke en anskaffelse, og utgjør ikke en endring av 2016-avtalen. Avtalen er en oppgjørsavtale basert på prosessrisiko, uten element av realytelse som skal presteres etter avtaleinngåelsen. Både Vinsrygg Eigedom AS og kommunen er enige om at 2016-avtalen ikke ga Vinsrygg Eigedom AS krav på vederlag. Innklagede har imidlertid vurdert det slik at de føringene som ble gitt i notat 29. september 2015 medfører at Vinsrygg Eigedom AS hadde et krav på vederlag som følge av verdiøkningen selskapet tilførte tomten, jf. lov om hendelege eideomshøve § 10 jf. § 11.
- (29) Subsidiært, for det tilfellet at oppgjørsavtalen av 9. juni 2020 anses å være en anskaffelse, anføres det at innklagede har opptrådt forsvarlig da innklagede forlikte et krav som innklagede med god grunn anså å bygge på hendeleglova.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått.
- (31) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», jf. blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (32) Klagenemnda bemerker at partene er uenige om hvorvidt avtalen som ble inngått mellom innklagede og Vinsrygg Eigedom AS i 2016 er en gjensidig bebyrdende kontrakt, jf. forordningen § 4-1 bokstav a, og om denne i så fall var over kunngjøringspliktig verdi. Dette spørsmålet er imidlertid foreldet, og ligger utenfor det klagenemnda skal ta stilling til, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (33) Spørsmålet for klagenemnda er om avtalen innklagede og Vinsrygg Eigedom AS signerte i 2020 utgjør en ulovlig direkte anskaffelse fordi den utgjør en vesentlig endring av avtalen fra 2016, og av denne grunn skal anses som en ny, kunngjøringspliktig kontrakt.
- (34) Deponeringsavtalen mellom Vinsrygg Eigedom AS og Stryn kommune ble inngått i 2016, mens forordningen trådte i kraft 1. januar 2017 og kommer derfor ikke direkte til anvendelse. Læren om vesentlige endringer i inngått offentlig kontrakt, som er kodifisert i gjeldende forskrift, er utviklet av EU-domstolen i sak C-454 Pressetext. Læren er en konsekvens av at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet bare regulerer prosessen frem til kontrakt er inngått, mens det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. For å unngå omgåelse av anskaffelsesregelverket, er det gjort unntak fra dette utgangspunktet for det tilfellet at en kontrakt inngått etter kunngjort konkurranse endres på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny, kunngjøringspliktig kontrakt, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/29, avsnitt 38.
- (35) Læren om vesentlige endringer regulerer dermed det særskilte tilfellet at en kontrakt er inngått basert på en kunngjort konkurranse, men hvor innholdet i kontrakten senere er endret slik at kontrakten ikke lenger har det innholdet som fremgikk i kunngjøringen, og som det ble konkurrert om.
- (36) Avtalen fra 2016 gjelder etter sin ordlyd en rett for Vinsrygg Eigedom AS til å deponere overskuddsmasser midlertidig på innklagedes tomt. Det skulle ikke ytes noe vederlag, og avtalen regulerte ikke opparbeidelse av tomten utover at Vinsrygg Eigedom AS var ansvarlig for å tilrettelegge for at massene kunne deponeres forsvarlig på området. Innklagede vurderte det slik at dette ikke var en kunngjøringspliktig anskaffelse, og avtalen ble ikke kunngjort.
- (37) Slik saken er opplyst, er det ingen holdepunkter for at avtalen fra 2020, hvor Vinsrygg Eigedom AS fikk betalt for opparbeidelsen av den delen av tomten de ikke selv fikk overta, kan anses som et uttrykk for at innklagede har ment eller ønsket å anskaffe opparbeidelse av tomten. Betalingen var et resultat av at Vinsrygg Eigedom AS/Vinsrygg Maskin AS opparbeidet tomten ut fra en forutsetning om at selskapet selv skulle overta eiendommen, slik at verdien som ble tilført tomten skulle tilfalle selskapet. Dette var det verken søkt tillatelse om, eller gitt adgang til i avtalen. Etter forhandlinger mellom partene gikk imidlertid innklagede med på å yte vederlag for den verdiøkningen som var tilført

tomten. Betalingen til Vinsrygg Eigedom AS har karakter av å være et erstatnings- eller berikelsesoppgjør, uten en direkte og nødvendig sammenheng med avtalen fra 2016. Denne betalingen utgjør derfor ikke en vesentlig endring av avtalen fra 2016, og da heller ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Stryn kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk