



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Klager anfører at utbetalinger fra innklagede til Time Energipark AS er betaling for tjenester knyttet til planarbeid, og at dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at utbetalingene var videreføring av tilskudd fra Rogaland fylkeskommune, og at forholdet ikke utgjorde en gjensidig bebyrdende avtale. Forholdet var derfor ikke omfattet av anskaffelsesregelverket. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 13. desember 2024 i sak 2024/0804

Klager: Lars Nedrebø, Andreas Aarsland, Bjørn Lende, Kristen Kverneland, Tønnes G. Kverneland, Ingvar Søyland, Olav Aarsland og Betuel Frøyland

Innklaget: Time kommune

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Hanne Torkelsen og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

- (1) Time kommune (heretter *innklagede*) traff den 15. juni 2021 vedtak i sak om «*Kommuneplan for Time kommune 2018-2030 – Arealdelen. Endeleg plan*». I vedtaket ble forslaget til kommuneplan godkjent. Det fremgikk også av vedtaket for det videre plan- og utviklingsarbeidet på Kalberg og Kvernaland at innklagede ønsket at traseen for omkjøringsveien ble vurdert på nytt, og at kommunestyret ba Rogaland Fylkeskommune ved Samferdsel starte reguleringsarbeidet med omkjøringsveien høsten 2021.
- (2) Den 30. september 2021 inngikk innklagede en samarbeidsavtale med Kalberg Utvikling AS for utarbeidelse av planprogram med handlingsplan eller områdeplan for område med krav om felles planlegging i arealdelen for Kvernaland.
- (3) Avtalen omfattet utarbeidelse av «*planprogram med handlingsplan eller områdeplan for områdene NK1-NK4, BK1, BK5, BK6, GK1-GK3 og RK1-RK5, i godkjent arealdel til kommuneplanen vedtatt i Time kommunestyre 15. juni 2021.*» Det var presisert at avtalen ikke ga garanti for utfallet av den politiske behandlingen. Kalberg Utvikling AS var etter avtalen ansvarlig for å utføre og bekoste nødvendige utredningsarbeider, og det skulle ikke ytes vederlag fra innklagede til Kalberg Utvikling AS for arbeidet.
- (4) Kalberg Utvikling AS skiftet navn til Time Energipark AS den 5. juli 2022.
- (5) Rogaland fylkeskommune behandlet i fylkestinget den 13. desember 2022 Handlingsprogram for samferdsel 2023-2030, om midler knyttet til rekkefølgekrav areal- og kraftkrevende industri. Vedtakspunkt 3 lød:

«Av den økte rammen disponeres 15 millioner kroner årlig i 2023 og 2024 til Samferdselsavdelingen, og midlene benyttes til å starte planlegging/regulering/oppstart

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

av vei- og g/s-veiprosjekt som er rekkefølgekrav for utvikling av nye næringsområder for areal- og kraftkrevende industri i Bjerkreim, Time, Suldal og Vindafjord. Det legges til grunn lokal medfinansiering, tredjepartsfinansiering osv. i gjennomføring av prosjektene, og det kan inngås avtaler om dette»

- (6) Den 26. januar 2023 sendte innklagede søknad til Rogaland Fylkeskommune om «midler til gjennomføring av handlingsprogram for Samferdsel 2023-2030 – omkjøringsveg om Kvernaland/Orstad.». Av søknaden fremgikk det at innklagede var i gang med områdeplan for hele området, og at forprosjektet for omkjøringsveien ville bli utført i samsvar med tidligere bestilling fra Rogaland Fylkeskommune
- (7) Den 17. mars 2023 ble det avholdt et møte hvor Rogaland Fylkeskommune, innklagede, og kommunene Bjerkreim, Suldal og Vindafjord deltok. Formålet med møtet var å informere kommunene om fylkestingets vedtak om midler til rekkefølgekrav knyttet til areal og kraftkrevende industri, og få innspill fra kommunene om aktuelle prosjekter. Fra innklagede ble områdeplan for Kalberg og omkjøringsvei Jæren i samarbeid med Klepp kommune spilt inn.
- (8) Referatet inneholdt også blant annet følgende om prosjektet:

«Prosjektet har behov for omfattende arkeologiske undersøkelser som p.t. er satt på pause fordi Time Energipark vil ha en garanti for at fylkeskommunen betaler utgravingen. Kommunen understreker at det er viktig for prosjektet å få startet opp det arkeologiske arbeidet og at arkeologene hos fylkeskommunen venter på tilbakemelding.

Det vises til undersøkelser gjennomført av Asplan Viak som viser at det er stort behov for å få på plass omkjøringsveien pga. mye trafikk gjennom Kvernaland og Orstad. Prosjektkostnadene vil avhenge av hvilken vegstandard som legges til grunn, men per nå forholder kommunen seg til fylkeskommunens tidligere kostnadsanslag.

Kommunen ser for seg en delt finansiering av prosjektet.»

- (9) Rogaland Fylkeskommune besvarte innklagedes søknad i brev av 29. mars 2023. Følgende vurdering var gjort:

«Time kommune viser til at det er igangsatt et omfattende arbeid knyttet til ny omkjøringsveg i forbindelse med industriområdet på Kalberg. Kommunen ser for seg en delt finansiering og det er gjennomført undersøkelser som synliggjør et behov for vegen. Per nå har kommunen et konkret behov for midler til omfattende arkeologiske registreringer. Fylkeskommunen vil bidra med 10 millioner til dette i år.

Samferdselsavdelingen i Rogaland fylkeskommune vil ta initiativ til videre dialog med kommunen og fylkeskommunens seksjon for kulturminnevern for avklaringer knyttet til overføring av midlene».

- (10) Den 22. juni 2023 ble det sendt en e-post fra Rogaland fylkeskommune, kulturavdelingen, med opplysninger om fakturering av entreprenørtjenester og kostnadsdekning arkeologiske registreringer på Kalberg. Innklagede mottok denne e-posten samme dag. Av e-posten fremgikk det at «utgifter til arkeologiske registreringer [må] faktureres fra seksjon for kulturarv ved Rogaland fylkeskommune til Time Energipark som har bestilt oppdraget/ står som oppdragsgiver». Det var også presisert at Time Energipark måtte

dokumentere utgiftene forbundet med arkeologiske registreringer gjennom innklagede til samferdselsavdelingen ved Rogaland fylkeskommune for overføring av midlene.

- (11) E-posten lød videre:

«Siden Time Energipark har ønsket å benytte egen entreprenør, så må utgiftene til entreprenør dekkes direkte av Time Energipark, og slike fakturaer kan ikke gå til Rogaland fylkeskommune, seksjon for kulturarv. Fakturering fra Stangeland til seksjon for kulturarv vil ikke være i tråd med regelverk for anskaffelser og den gjeldende rammeavtalen vi har med vår entreprenør. Dersom Time Energipark ønsker at seksjon for kulturarv ved Rogaland fylkeskommune skal stå som fakturamottaker for entreprenørtjenester, må vi benytte rammeavtalen og vår leverandør av entreprenørtjenester».

- (12) Den 31. august 2023 kontaktet innklagede Rogaland Fylkeskommune, seksjon for samferdsel. Det ble opplyst om at innklagede hadde mottatt en del fakturaer fra Time Energipark AS, og spørsmål om «kven til og korleis skal me merke fakturaen for å få refusjon frå tilskotet på 10 mill?». Fylkeskommunen ved samferdselsavdelingen svarte følgende:

«Dere i Time kommune kan fakturere oss etter dere har betalt. Dere må da legge ved dokumentasjon på de reelle utgiftene og skrive hva det gjelder. I tillegg kan dere merke fakturaen med «Tilskudd til kraftkrevende industri – samferdsel – Time kommune» [...]»

- (13) Den 9. februar 2024 sendte innklagede søknad til Rogaland fylkeskommune for tilskudd i 2024. Fylkeskommunen besvarte søknaden den 12. april 2024, og innklagede ble tildelt 7,75 millioner kroner i 2024. Det var opplyst i brevet om at innklagede skulle sende faktura til fylkeskommunen for påløpte kostnader fortløpende, og at siden «midlene er knyttet til årets budsjett må siste faktura sendes til fylkeskommunen innen 31. desember 2024».

- (14) I perioden 5. juli 2023 til 24. oktober 2024 mottok og betalte innklagede fakturaer fra Time Energipark AS på, etter det opplyste 12 727 260 kroner. I perioden 7. september 2023 og 31. oktober 2024 sendte innklagede fakturaer til Rogaland fylkeskommune på, etter det opplyste, 12 727 260 kroner.

- (15) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 21. mai 2024.

- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. desember 2024.

- (17) Klagenemnda har også mottatt dokumenter i saken fra klager den 10. og 11. desember 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å vesentlig endre samarbeidsavtalen som er inngått med Time Energipark AS. Anskaffelsen er heller ikke kunngjort.

- (19) Den inngåtte samarbeidsavtalen om områdeplan forutsetter at Time Energipark AS påtar seg kostnadene ved arbeidene. Innklagede har likevel betalt en rekke fakturaer for arbeidet. Dette er i strid med avtalens opprinnelige innhold, og avtalen er dermed vesentlig endret.
- (20) Utbetalingene innebærer at det i realiteten er inngått en gjensidig bebyrdende forpliktelser mellom innklagede og Time Energipark AS om utarbeidelse av forslag til områdereguleringsplan mot betaling. Det avtalte samarbeidet må anses som en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Denne avtalen er ikke kunngjort, noe som er brudd på kunngjøringsplikten, samt kravet til konkurranse.
- (21) Det faktum at innklagede har søkt om midler fra fylkeskommunen endrer ikke at det er tale om en gjensidig bebyrdende avtale der innklagede betaler Time Energipark AS for å utføre tjenester. Selv om det er en videreformidling av tilskudd, er dette likevel en gjensidig bebyrdende avtale når det har preg av å være et kontraktsrettslig vederlag. Time Energipark AS leverer en tjeneste som motytelse for økonomisk støtte. Det er også direkte sammenheng mellom betalinger og utførte tjenester. Vi er heller ikke kjent med at innklagede har fattet et eventuelt vedtak om innvilgning av offentlig støtte eller tilskudd til Time Energipark AS. Det er innklagede som har fått innvilget tilskuddet og ikke Time Energipark AS.
- (22) I en epost sendt fra fylkeskommunen fremstår det som at det forsøkes å omgå regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Det bestrides at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Utbetalingene er videreformidling av økonomiske midler som Time Energipark AS har fått i tilskudd av Rogaland Fylkeskommune. Det er ikke inngått en gjensidig bebyrdende avtale, og anskaffelsesregelverket kommer derfor ikke til anvendelse.
- (24) Alt som er fakturert innklagede, er viderefakturert Rogaland Fylkeskommune. Innklagede betaler derfor ikke for arbeidet som utføres. Det er ikke stilt andre vilkår for utbetaling av tilskudd enn at dette må knytte seg til arbeid med planlegging, regulering eller oppstart av vei- og gang- og sykkelvei som er rekkefølgekrav for utvikling av nye næringsområder for areal- og kraftkrevende industri i kommunene Bjerkreim, Time, Suldal og Vindafjord.
- (25) I dialogen med Rogaland fylkeskommune ble det tatt opp hvorvidt innvilget tilskudd kunne betales direkte til Time Energipark AS. Dette kunne ikke gjøres, men måtte gjøres gjennom innklagede.
- (26) Det forhold at Rogaland fylkeskommune har gjort midler tilgjengelig for å dekke kostnader Time Energipark AS har, og at innklagede har søkt om og fått innvilget dette, er uten betydning for innholdet i samarbeidsavtalen. Time Energipark AS er fremdeles ansvarlig for å utføre og bekoste aktivitetene som er omtalt i samarbeidsavtalen. Det er i liten grad inntatt misligholdsbeføyelser i avtalen, og regulerer heller ikke virkningen av et kontraktsbrudd.
- (27) Det er ikke sammenheng mellom arbeidene og oppgavene som er spesifisert i fakturaene fra Time Energipark AS, og det som fremkommer av samarbeidsavtalen mellom

innklagede og Time Energipark AS. Det som er fakturert for og spesifisert, er arbeid som omfattes av tilskuddsordningen til Rogaland fylkeskommune.

- (28) Det vil uansett ikke være grunnlag for å ilegge gebyr. I de tilfellene nemnda finner at det uaktsomt er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, «*kan*» det ilegges et overtredelsesgebyr. I denne vurderingen må det vektlegges at Time Energipark AS, ved sine eierselskaper, er den eneste aktøren med næringsinteresser i området. Det har formodningen mot seg at utlysning av et oppdrag om utarbeidelse av den aktuelle områdeplanen ville generert interesse hos andre aktører enn Time Energipark AS.

Klagenemndas vurdering:

- (29) 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 § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (30) Klager har anført at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av tjenester fra Time Energipark AS. Nærmere bestemt er det vist til fakturaer som er sendt fra Time Energipark AS og som er betalt av innklagede i 2023 og 2024, som klager anfører er betaling for arbeid som Time Energipark AS ifølge samarbeidsavtalen med innklagede skulle dekke selv. Innklagede har på sin side vist til at dette er videreformidling av tilskudd fra Rogaland Fylkeskommune til blant annet planlegging og regulering av vei, og gang- og sykkelvei som er rekkefølgekrav, og har anført at utbetalingene derfor ikke faller inn under regelverket om offentlige anskaffelser.
- (31) Klagenemnda skal derfor ta stilling til om utbetalingene fra innklagede til Time Energipark AS, er å anse som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (32) En ulovlig direkteanskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). En forutsetning for at det skal foreligge kunngjøringsplikt, er at anskaffelsesregelverket får anvendelse på forholdet.
- (33) Klager har for det første anført at utbetalingene medfører en vesentlig endring av samarbeidskontrakten som ble inngått mellom innklagede og Time Energipark AS 30. september 2021. En vesentlig endring av en kontrakt, er ikke tillatt etter anskaffelsesforskriften § 28-2, og en vesentlig endret kontrakt vil kunne medføre at kunngjøringsplikten er brutt.
- (34) Anskaffelsesloven og -forskriften gjelder når oppdragsgivere inngår vare-, tjenester eller bygge- og anleggskontrakter, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva., jf. anskaffelsesloven § 1 og anskaffelsesforskriften § 1-2. Samarbeidsavtalen som er inngått går ut på at Time Energipark AS skal utarbeide en områdeplan samt dekke kostnadene ved dette. Innklagede forplikter seg ikke på noe vis i avtalen, og skal heller ikke dekke kostnader eller betale andre vederlag for det arbeidet Time Energipark AS skal gjøre. Klagenemnda finner det derfor klart at samarbeidsavtalen som sådan ikke er å anse som en tjenestekontrakt som overstiger 100 000 kroner ekskl. mva., og er dermed ikke omfattet av anskaffelsesregelverket. Samarbeidsavtalen er dermed heller ikke vesentlig endret, jf. § 28-2.

- (35) Spørsmålet er imidlertid om utbetalingene i seg selv innebærer en ulovlig direkte anskaffelse, ved at utbetalingene utgjør vederlag for kjøp av tjenester, og at det dermed i realiteten foreligger en kontrakt som er omfattet av anskaffelsesregelverket.
- (36) Det følger av anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a at en «kontrakt» er en «*gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører*».
- (37) At en avtale er «*gjensidig bebyrdende*» innebærer at begge parter skal være forpliktet i henhold til avtalen. Forpliktelsene må også være avhengig av hverandre, og må skape rettslige bindende forpliktelser for alle kontraktens parter som kan gjøres gjeldende ved domstolene, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-28/23, avsnitt 44. Videre har EU-domstolen i sak C-451/08 *Helmut Müller* i avsnitt 48 uttalt at kontrakts gjensidig bebyrdende karakter innebærer at oppdragsgiveren mottar en ytelse mot et vederlag, som skal gi oppdragsgiver en økonomisk fordel. Normalt legges det til grunn at en ytelse gir oppdragsgiver en økonomisk fordel dersom oppdragsgiver har valgt å betale for den.
- (38) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at ensidig støtte eller tilskudd fra oppdragsgiver ikke omfattes av anskaffelsesregelverket, da det i slike tilfeller ikke er tale om gjensidig bebyrdende avtaler. For at det skal være tale om gjensidig bebyrdende avtale, må tilskudd og støtteordninger ha preg av å være et kontraktsrettslig vederlag. Se blant annet klagenemndas avgjørelser 2011/85, avsnitt 24, og 2008/221, avsnitt 29, med videre henvisninger.
- (39) Innklagede har anført at utbetalingene er en videreformidling av tilskudd fra Rogaland Fylkeskommune, og at det dermed ikke foreligger en gjensidig bebyrdende avtale.
- (40) I denne saken har innklagede søkt om og fått innvilget tilskudd fra Rogaland Fylkeskommune. Midlene skulle benyttes til rekkefølgekrav for areal- og kraftkrevende industri for «*planlegging/regulering/oppstart av vei- og g/s-veiprosjekt som er rekkefølgekrav for utvikling av nye næringsområder for areal- og kraftkrevende industri*» i Time kommune. For å få utbetalt tilskuddet skulle innklagede sende fakturaer for påløpte kostnader fortløpende til fylkeskommunen, med innklagede som avsender.
- (41) Innklagede har fra og med 7. september 2023 til og med 31. oktober 2024 sendt syv fakturaer til Rogaland Fylkeskommune. Totalt utgjør disse 12 727 260 kroner. Samtlige fakturaer har vært merket med «*ARKEOLOGISK REGISTRERINGER KALBERG - Tilskudd kraftkrevende industri - samferdsel - Time kommune*».
- (42) I samme periode har innklagede mottatt, og etter det opplyste betalt, fakturaer fra Time Energipark AS på tilsvarende beløp, altså 12 727 260 kroner.
- (43) Slik klagenemnda forstår saken, har fylkeskommunen dermed vedtatt at det vil gis tilskudd til arbeid med rekkefølgekrav, herunder områdeplan og omkjøringsvei på Kalberg. Det er innklagede som har søkt om og fått innvilget tilskuddet, og som krever beløpet utbetalt fra fylkeskommunen. For at tilskuddet skal utbetales, må det vises til kostnader for utført arbeid, som oppfyller vilkårene fylkeskommunen har stilt. Det er i vedtaket fra fylkeskommunen ikke stilt vilkår om hvem som skal utføre arbeidet.

- (44) Arbeidet Time Energipark AS har utført, som knytter seg til områdeplanen og omkjøringsveien er etter klagenemndas forståelse, omfattet av tilskuddsordningen. For det arbeidet som Time Energipark AS har fakturert innklagede, er det Time Energipark AS som er tiltakshaver og ansvarlig for dekning av kostnadene. Dette følger av kulturminneloven § 10 som angir at *«særskilt granskning av automatisk fredede kulturminner eller særskilte tiltak for å verne dem på grunn av tiltak som nevnt i §§ 8 og 9, bæres av tiltakshaveren»*.
- (45) Slik saken er opplyst, legger nemnda til grunn at kommunen ikke har forpliktet seg til å foreta utbetalinger til Time Energipark AS. Vilkårene for utbetaling til Time Energipark AS knytter seg ikke til en avtale mellom innklagede og Time Energipark AS, men om vilkårene i fylkeskommunens tilskuddsordning var oppfylt. Slik klagenemnda forstår faktum, har Time Energipark AS fått mulighet til å få dekket kostnader som de i utgangspunktet skal dekke selv, både etter kulturminneloven og samarbeidsavtalen, gjennom tilskudd fra fylkeskommunen. Samtlige fakturaer med bilag som Time Energipark AS har sendt innklagede, er blitt viderefakturert fylkeskommunen. For klagenemnda fremstår det som at fylkeskommunen anser alle kostnadene å være omfattet av tilskuddsordningen, og at verken innklagede eller Time Energipark AS mener Time Energipark AS har et rettskrav mot innklagede for å få dekket kostnader som tilskuddsordningen ikke dekker.
- (46) Klagenemnda kan etter dette ikke se at det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale. Utbetalingene utgjør dermed ikke en del av en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand, og regelverket om offentlige anskaffelser kommer ikke til anvendelse. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Time kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur