



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inngikk en avtale om masseuttak med et privat selskap som etter klagers oppfatning representerte en ulovlig direkte anskaffelse. Avtalen innebar at det ble utført visse arbeider i tilknytning til masseuttaket som også innklagede hadde fordel av. Klagenemnda fant likevel at den aktuelle avtalen ikke kunne anses som en bygge- og anleggskontrakt i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser, og at det derfor ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 4. april 2011 i sak 2010/215

Klager: Elias Margido Haltland, Solveig Haltland, Herborg Stien og Anders Stien

Innklaget: Hitra kommune

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder en avtale mellom Hitra kommune (heretter kalt innklagede) og Norwegian Minerals AS. Innklagede har opplyst at bakgrunnen for avtalen var at innklagede på våren/forsommeren 2010 ble kontaktet av Norwegian Minerals AS med forespørsel om å få ta ut masse på Jøstenøya i kommunen. Norwegian Minerals AS så et potensielt marked for salg av masse for eksport til kontinentet og USA. Innklagede har videre opplyst at området for tiden er gjenstand for en reguleringsprosess, hvor det blant annet skal gjennomføres en konsekvensutredning for området. Denne prosessen vil kunne få direkte innvirkning på masseuttaket, herunder både om det kan skje i henhold til avtalen, men også i forhold til eventuelt omfang og plassering.

- (2) For å sikre at den planlagte avtalen ikke innebar noen form for offentlig støtte innhentet innklagede en uttalelse fra Sweco Norge AS. Sweco Norge AS konkluderte på følgende måte i notat datert 19. april 2010:

"Med de betingelsene som er skissert av HK vil rettigheten til å ta ut massene representere en verdi rundt kr 0.-, men det kan være mulig at en aktør er villig til å betale for rettigheten."

- (3) Avtale mellom innklagede og Norwegian Minerals AS ble inngått 28. mai 2010. Av avtalen fremgikk følgende:

"1. Avtalens gjenstand og geografiske begrensning

Gjennom denne avtale gis Norwegian Minerals AS en rett og en plikt til å ta ut masser fra Jøstenøya, gnr. ... bnr. ... i Hitra kommune.

Uttaket skal skje innenfor regulert område (forventes ferdig regulert i løpet av august 2010), og uttaket skal starte nord-øst på Jøstenøya.

Uttaket skal skje i henhold til de enhver tid gjeldende planer vedtatt av Hitra kommune. Norwegian Minerals AS skal rette seg etter anvisninger og vedtak fra Hitra kommune.

Norwegian Minerals AS skal stå for og bekoste planlegging, prosjektering, utførelse av uttak og istandsetting og tilbakelevering av området. Før oppstart at uttak kan skje, skal alle nødvendige godkjenninger foreligge. Herunder skal kommunen også på privatrettslig basis, akseptere planene.

I første omgang - jf. avtaleperioden (pkt. 2) - er uttaket begrenset til å omfatte et areal på 100 - 150 dekar, jf. vedlagte kartbilag (vedlegg 1). Området vil inneholde anslagsvis 1 - 3 millioner tonn masse.

Se også pkt. 3 og pkt. 12.

(...)

3. Endring av areal

Når som helst i avtaleperioden kan Hitra kommune pålegge Norwegian Minerals AS å flytte og starte uttaket andre steder på Jøstenøya. I forbindelse med et eventuelt slikt pålegg, skal kommunen gi Norwegian Minerals AS et varsel på minimum 8 måneder i forkant.

Dersom uttak flyttes, skal ikke dette ha noen påvirkning på de øvrige rettigheter og plikter etter avtalen. Herunder skal samme avtaleperiode gjelde, og plikt til istandsettelse m.v. av det nye arealet skal følge bestemmelsene i pkt. 12.

4. Tillatelser og godkjenninger m.v. - Kostnader

Norwegian Minerals AS har ansvaret for å søke om og opprettholde alle tillatelser og godkjenninger for tiltaket, det være seg fra det private (herunder naboer) som det offentlige.

Norwegian Minerals AS plikter å rette seg etter ethvert pålegg, vedtak, instruks osv. utferdiget av offentlig myndighet knyttet til virksomheten og uttaket. Slike pålegg o.l. skal etterkommes uten ugrunnet opphold.

Norwegian Minerals AS er kjent med at det kan tenkes å bli oppstilt restriksjoner og krav både i forhold til støy og støv, sprengning og tilkomst til arealet via sjøveien.

Norwegian Minerals AS skal til enhver tid følge gjeldende lov- og regelverk knyttet til slik virksomhet, herunder mineralloven. Tilbakeleveringen av arealet skal skje i henhold til pkt. 12.

Norwegian Minerals AS plikter videre å rette seg etter vedtak som forelår på avtaleinngåelsestidspunktet knyttet til arealdisponeringen i området.

Hitra kommune gir ingen garantier for om og hvordan tiltak på eiendommen kan gjennomføres, i hvilket omfang og til hvilke betingelser. Eventuelle tvister knyttet til virksomheten, er Hitra kommune uvedkommende. Norwegian Minerals AS skal håndtere slike tvister selv, for egen regning. Hitra kommune vil kunne bistå, men etter kostnadsdekning fra Norwegian Minerals AS.

Norwegian Minerals AS er ansvarlig for enhver kostnad knyttet til egen virksomhet og masseuttaket på Jøstenøya. Hitra kommune skal holdes skadesløs fra ethvert krav fra enhver tredjemann (inklusive naboer) med utspring i Norwegian Minerals AS' virksomhet eller masseuttaket på Jøstenøya.

(...)

6. Atkomst

Med retten/plikten til masseuttak, følger rett til nødvendig atkomst til arealet. Hitra kommune skal etablere godkjent avkjøring fra Rv. 714, for atkomst til arealet. Anleggsvei for atkomst fra avkjøring til uttak legges i trase for fremtidig kommunal vei, ihht. reguleringsplan. Norwegian Minerals AS er ansvarlig for å arrangere og bekoste atkomst til området og anlegg for uttransport/utskiping av masse. Veier og atkomst tilfaller kommunen, uten vederlag.

Enhver med tillatelse fra Hitra kommune skal ha rett til å bruke veien.

Norwegian Minerals AS har ansvaret for utførelsen og kostnadene forbundet med drift og vedlikehold av atkomstveier inn og ut av selve masseuttaksområdet.

7. Vederlag

Norwegian Minerals AS skal betale kr. 0,- i vederlag for rettighetene etter denne avtale. Dette har sin årsak i at forpliktelsene som påhviler Norwegian Minerals AS etter avtalen tilsvarende og balanserer størrelsen på vederlaget. Se feks. pkt. 4, 6 og 12.

Hitra kommune skal heller ikke yte noe form for vederlag til Norwegian Minerals AS.

(...)

12. Tilbakelevering av arealet og istandsetting

Arealet hvor masseuttaket er skjedd, skal leveres tilbake til Hitra kommune etter nærmere spesifikasjoner relatert til tidspunkt og øvrige vilkår gitt av kommunen og/eller andre offentlige myndigheter.

Er ikke annet avtalt, skal arealet tilbakeleveres til Hitra kommune grovplanert omkring kote + 3 (+/- 0,5 meter), med alle overskudds- og skrotmasser (inkludert løsmasser og forvitret materiale toppen) fjernet fra området dersom det kreves. Det skal i tillegg lages en kote fra land på ca. kote 3 og ut i sjøen som anlegg for kai. Partene er enige om å fastsette én minimums- og én maksimumsgrense for utfylling ut i sjø som dekker Hitra kommunes behov for etablering av kaikant. Hitra kommune

definerer hvor kaikanten skal være (minimumsgrensen). Norwegian Minerals AS plikter å sette av de nødvendige masser for å oppfylle denne minimumsforpliktelsen. Overskudds- og skrotmasser som nevnt, kan benyttes til dette formålet hvis det ikke er noe til hinder for dette. Dersom Norwegian Minerals AS får ytterligere overskuddsmasser, skal Norwegian Minerals AS konferere med Hitra kommune om disse skal brukes til utfylling ut til den definerte maksimumsgrensen, eller om Hitra kommune ønsker dette disponert på annen måte.

Selv om noe skrotmasse kan benyttes i forhold til ferdigstillelse av området i henhold til forrige avsnitt, må ytterste lag ut mot sjø være kvalitetsstein, og det må plastres med grov blokk.

Istandsettingen forutsetter pallsprengning i henhold til vedlagte målsatte skisse (vedlegg 2). Det skal etableres uavbrutt sikringsgjerde langs topp bruddkant.

Hitra kommune kan kreve at den nederste skjæringshøyden (på maksimum 10 meter) av bakveggen i bruddet, skal tilfylles med avdekningsmasse/topplag av jord for å oppnå revegetering.

Istandsettingen skal være forsvarlig og oppfylle alle krav gitt i pålegg, tillatelser, reguleringsplan, lov og øvrig regelverk.

Vrakstein benyttes til oppfylling av regulert areal på stedet ihht. kommunens reguleringsplan og etter nærmere avtale mellom partene.

Ved tilbakelevering av området til kommunen, skal arealet være varig sikret og istandsatt i henhold til gjeldende regelverk, tillatelser og vilkår i tillatelser på tidspunktet for tilbakeleveringen, samt vedlegg 2. Norwegian Minerals AS skal ha risikoen for eventuelle skjerpelser i regelverket.

Tiltakene skal være i henhold til godkjenninger eller pålegg fra offentlige myndigheter, herunder miljøvernmyndighetene.

Eventuelle separate pålegg eller vilkår stilt i konsesjon, vil komme i tillegg.

(...)

16. øvrige betingelser

Så lenge denne avtale løper, er Norwegian Minerals AS enig i at selskapet skal ha forretningsadresse i Hitra kommune.

Uttaket forutsettes å ha en miljøprofil som er akseptabel for både Hitra kommune, miljømyndigheter, naboer osv., og skal ellers være i samsvar med de krav som blir stilt til området for øvrig. Norwegian Minerals AS skal herunder holde området i orden, utstyr skal lagres på forsvarlig måte og deponier skal ikke være til sjenanse eller ulempe for øvrige brukere av området eller tilgrensende areal.

(...)”

- (4) 28. mai 2010 sto følgende artikkel på trykk i lokalavisen Hitra-Frøya:

”Jøstenøya eksporteres til verdensmarkedet

Hitraselskapet Norwegian Minerals AS har fått oppdraget med å sprengne ut og grovplanere industriområdene på Jøstenøya. Fjellet vil USA og Europa gjerne ha. Det kan også føre til storindustri på Murvollan på Forsnes.

Hitra kommune har i lang tid forhandlet med Norwegian Minerals om masseutvinning på det planlagte industriområdet på Jøstenøya. I går ble avtalen formelt vedtatt i kommunestyret. Sigrid Hansen, daglig leder i Norwegian Minerals gleder seg til å starte sprengningen.

Erfarne fjellfolk

- Dette vil bli en vinn-vinn situasjon for oss og Hitra kommune. Vi kommer i gang som nyetablert selskap her på Hitra, og kommunen får opparbeidet og grovplanert området til industriformål, forteller Hansen. Sammen med sin bror Aksel Hansen, eier de 25 % av selskapet hver. Begge har lang erfaring fra bygg og anleggsbransjen, med knusing av fjell som et av hovedområdene. Sigrid fra Statens Vegvesen og Mesta, mens Aksel er kjent fra Br. Hansens anleggsdrift her på Hitra. Den andre halvparten av aksjene eies av brødrene Eskil og Roald Austad med sitt firma Austad Maskinstasjon AS. Austad Maskinstasjon er en stor maskinentreprenør som holder til i Inderøy kommune.

Gir mange arbeidsplasser

Avtalen går ut på at Norwegian Minerals skal sprengne og grovplanere industriområdet på Jøstenøya, i første omgang gjelder avtalen området som er vist på kartet.

- Vi håper å komme i gang med arbeidet i begynnelsen av september. Vi må leie inn eksterne firma for knusing og boring, men vi vil i størst mulig grad bruke lokal arbeidskraft. Prosjektet vil gi inntil ti arbeidsplasser i driftsfasen forteller Hanssen.

Verdifullt felt

Fjellmassen på Jøstenøya er ifølge selskapet verdifull vare.

- Kvaliteten på fjellet er veldig god, og egner seg til pukk og grus for veibygging og som tilslag i asfalt. Det er en økende etterspørsel i det internasjonale markedet, og bare i fjor ble det eksportert pukk og grus fra Norge til en verdi av 858 millioner kroner. Området ligger veldig gunstig til for utskipping til USA og Europa, forteller Hanssen.

Og på Jøstenøya er det ikke småtterier de kan ta ut til eksport.

- Vi ser for oss å ta ut mellom 7 og 8 millioner tonn fjell, forteller Aksel Hanssen. Med en pris på opp til ti dollar pr tonn, kan det dreie seg om verdier for nærmere en halv milliard norske kroner. Den første båtlasten med pukk er planlagt å gå tidlig neste år.

(...)”

- (5) Ved brev datert 28. september 2010 sendte innklagede et brev til berørte parter benevnt ”Informasjon - varsel om igangsatt planarbeid og offentlig ettersyn planprogram”. Av brevet fremgikk følgende:

”I medhold av plan- og bygningslovens § 12-8 varsles herved at det igangsettes utarbeiding av reguleringsplan for Jøstenøya industriområde. Området er i kommuneplanens arealdel avsatt til næringsformål.

Bakgrunnen for planarbeidet er at det skal lages en reguleringsplan for området som omfatter næringsareal og kai, for å bidra til videre vekst og næringsutvikling i kommunen. Jøstenøyas beliggenhet er unik. Visjonene for området er mange. De spenner i alt fra etableringer knyttet til turist- og overnattingsindustrien, til arealer tilgodesett havbruket, med for eksempel bearbeiding og eksport av laks og annen sjømat til Europa.

Hitra kommune har fokus på å etablere et bærekraftig miljø med bedrifter knyttet til de gunstige kai- og havnefasiliteter området byr på. Jøstenøya vil bli utviklet i tiden fremover med sikte på å fylle kommunens og regionens behov for langsiktig og bærekraftig næringsutvikling.

Det stilles krav om konsekvensutredning i forbindelse med utarbeiding av reguleringsplanen, og det er utarbeidet et forslag til planprogram for dette arbeidet.

Teknisk komite i Hitra kommune vedtok 23.09.10, sak 90/10, å legge Forslag til planprogram — Reguleringsplan for Jøstenøya industriområde, datert 21.09.10, ut til høring og offentlig ettersyn, ihht pbl §12-9. For ytterligere orientering og informasjon om igangsatt planarbeid vises det til forslag til planprogram og vedtak i Teknisk komite lagt ut til gjennomsyn i Hitra kommune, Servicetorget, på Bunnpris Badstuvika, Hitra Turistservice på Kalvøya, samt på kommunens hjemmesider: www.hitra.kommune.no

Planprogrammet legges ut til offentlig ettersyn i perioden 01.10 — 12.11.10. Eventuelle merknader til planprogrammet må fremmes skriftlig og sendes til Hitra kommune, Avd for plan, landbruk og miljø, 7240 Hitra innen 12.11.10.”

- (6) Elias Margido Haltland, Solveig Haltland, Herborg Stien og Anders Stien (heretter i felleskap kalt klager) innga 6. juli 2010 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, med påstand om at avtalen om masseuttak representerte en ulovlig direkte anskaffelse.
- (7) Klager har fremlagt et dokument datert 21. juni 2010 som viser at innklagedes næringsfond har gitt et økonomisk tilskudd til kvalitetssikring og godkjenning av fjell/pukk som kan eksporteres fra Jøstenøya. Av kommunenes saksfremlegg fremgår det at ”ved fullført uttak av stein og overlevering av grovplanert område etter uttak vil Hitra kommune, i løpet av få år, få et ferdig opparbeidet industriareal på Jøstenøya.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Avtalen om masseuttak er en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede yter fjellmasser mot at Norwegian Minerals AS forplikter seg til å ferdigstille en industritomt etter nærmere angitte spesifikasjoner. En benyttelse av fjellmassene som vederlag endrer ikke kontraktens gjensidig bebyrdende innhold, og det faktum at det ytes et vederlag for utført arbeid. Det vises i denne forbindelse til EU-domstolens avgjørelse i sak C-399/98 (La Scala) hvor domstolen konkluderte med at regelverket fikk anvendelse ved utførelse av arbeider for den offentlige oppdragsgiver når leverandøren fikk innvilget en byggetillatelse.

- (9) En representant for Norwegian Minerals AS har uttalt at steinen har en verdi på en halv milliard kroner. Dette er etter at steinen er tatt ut. Verdi for steinen før den tas ut er ca 3 kroner pr tonn. Dette innebærer at kommunens vederlag i henhold til avtalen er kr 21 000 000 til kr 24 000 000.
- (10) Det vises i denne forbindelse også til at innklagede har gitt Norwegian Minerals AS et tilskudd på kr 100 000 til kvalitetssikring og godkjenning av fjell/pukk som kan eksporteres fra Jøstenøya. Av kommunenes saksfremlegg fremgår det at *"ved fullført uttak av stein og overlevering av grovplanert område etter uttak vil Hitra kommune, i løpet av få år, få et ferdig opparbeidet industriareal på Jøstenøya."*

Innklagedes anførsler:

- (11) Klagen må avvises. Klagen inneholder ikke navn på klagerne, og det er heller ikke angitt hvilke faktiske og rettslige forhold klagen bygger på.
- (12) Uansett bestrides det at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunnen og formålet med avtalen

- (13) Bakgrunnen for inngåelsen av avtalen var at kommunen ble kontaktet av Norwegian Minerals AS med forespørsel om å få ta ut masse på Jøstenøya i kommunen. Norwegian Minerals AS så et potensielt marked for salg av masse for eksport til kontinentet og USA. Det er til dels omfattende arbeider som må gjennomføres for at massen skal kunne tas ut og utskipes fra området.
- (14) Området er for tiden gjenstand for en reguleringsprosess, hvor det bl.a. skal gjennomføres en konsekvensutredning for området. Denne prosessen vil kunne få direkte innvirkning på masseuttaket, herunder både om det kan skje i henhold til avtalen, men også i forhold til eventuelt omfang, plassering osv. I følge Hitra kommunes egen indikasjon på fremdrift i denne prosessen, er dato for egengodkjent reguleringsplan skissert til mai/juni 2011.
- (15) For å være sikre på at det ikke ble gitt noen subsidiering gjennom at selskapet fikk tilgang til denne massen uten at det ble ytt noen form for vederlag fra Norwegian Minerals AS' side, var det viktig for innklagede å få avklart hvorvidt Norwegian Minerals AS' disponering av massene ville ha elementer av offentlig støtte i seg. På denne bakgrunn ble det innhentet uttalelse fra Sweco Norge AS. Sweco Norge AS konkluderte med at uttaket hadde så vidt mange, vidtrekkende og usikre forpliktelser knyttet til seg (bl.a. i forhold til miljø, sikkerhet og istandsetting), at å gi Norwegian Minerals AS tilgang til massene, ikke innebar noen form for ulovlig offentlig støtte, i henhold til EØS-avtalens støtteregelverk, herunder artikkel 61. Derfor ble avtalen inngått i tråd med ESA's retningslinjer del V kapittelet *"State aid elements in sales of land and buildings by public authorities"*. Selv om avtalen ikke innebærer noe salg av offentlig eiendom, ble denne prosedyren fulgt for at Hitra kommune skulle være absolutt sikker på at regelverket ble fulgt og ingen er forfordelt. Verdien ble fastsatt av Sweco Norge AS som kom til at den var *"rundt kr 0,-"*. Se også avtalens pkt. 7 som viser til de omfattende forpliktelser Norwegian Minerals AS påtar seg gjennom avtalen, her med henvisning til avtalens pkt. 4, 6 og 12.
- (16) Det altoverveiende hovedformålet med avtalen er å legge til rette for at Norwegian Minerals AS skal kunne ta ut masse fra området. Det vises i denne forbindelse til at Norwegian Minerals AS i medhold av avtalens punkt 16 er forpliktet til å ha forretningsadresse i kommunen, for blant annet å legge til rette for at det blir etablert arbeidsplasser i kommunen.

- (17) At dette var hovedformålet underbygges for øvrig også av den omstendighet at kommunen hadde fokus på at avtalen måtte inngås på markedsmessige vilkår, altså at det ikke skjedde en subsidiering. Når forholdet ble vurdert hadde innklagede ett fokus, nemlig å forholde seg til de restriksjoner som ligger i EØS-avtalens statsstøtteregulering. Innklagede har ikke tenkt tanken om at det skulle anskaffes et bygge- og anleggsarbeid.
- (18) Det foregår som nevnt en planprosess for området. Det langsiktige siktemålet i denne sammenheng er å få flere aktører til å etablere virksomhet i kommunen. Dersom de ulike berørte interesser åpner for dette, vil det kunne være aktuelt at flere virksomheter etableres i området på sikt. I denne sammenheng har kommunen vurdert det som at det i hvert fall ikke er en ulempe at masser av et visst omfang blir fjernet. Innklagede har imidlertid ikke hatt konkrete planer om dette tidligere, men er innforstått med at masseuttaket vil gjøre det området som blir aktuelt mer tilgjengelig.
- (19) Når det gjelder avtalens punkt 12, om at det i *"tillegg lages en kote fra land på ca. kote 3 og ut i sjøen som anlegg for kai"*, er bakgrunnen for denne bestemmelsen at det under samtale mellom partene kom frem at tiltaket ville gi en del overskuddsmasser som Norwegian Minerals AS ikke kunne benytte kommersielt. Det ble derfor bestemt at slike overskuddsmasser skulle legges ut i sjøen, til eventuelt bruk som anlegg for kai. Det presiseres at dette ikke er ment å forstås som etablering av en kai. Dersom det på et senere tidspunkt blir bestemt at det skal bygges en kai i området, vil denne massen kunne tenkes brukt som en start på kaien. Videre har deponeringen av massen i sjøen sammenheng med avslutningen av masseuttaket og istandsettingen av området. Det heter for eksempel i avtalen at *"ytterste lag ut mot sjø[må] være kvalitetsstein, og det må plastres med grov blokk."* Disse massene ville ellers måtte dumpes andre steder med negative konsekvenser i form av lang transportvei, godkjennelse av tiltak for å dumpe skrotmaser, og mer generelle miljøhensyn.
- (20) Når det gjelder veien som skal etableres, så er det nødvendigvis slik at Norwegian Minerals AS har behov for atkomst til området. Dette er imidlertid ikke anleggelse av ordinær vei, men en anleggsvei. Ettersom Norwegian Minerals AS får tilgang til massene, er det også naturlig at det er selskapet som har ansvar for å etablere og bekoste atkomst. Innklagede ville ikke bygget denne veien av eget tiltak. Det er også typisk at tiltakshavere ved masseuttak pålegges slike forpliktelser.

Spørsmålet om avtalen er gjensidig bebyrdende

- (21) Som det fremgår av avtalens punkt 1 gir avtalen Norwegian Minerals AS en rett og plikt til å ta ut masse. Plikten består i å gjøre seg ferdig med masseuttaket dersom dette først er påbegynt, og istandsette arealet før tilbakelevering til kommunen. Dette skal skje på den måte som er nærmere bestemt i avtalen.
- (22) Pliktene etter avtalen innebærer for Norwegian Minerals AS at selskapet blant annet må forholde seg til kommunens vedtak om hvilket område det er egnet at man tar ut masse fra. Dette for at Hitra kommune må kunne avgjøre fra hvilke områder man kan ta ut masse. Situasjonen for arealdisponeringen i området er uvisst, blant annet ut fra den pågående reguleringsprosess hvor det også skal gjennomføres en konsekvensutredning.
- (23) Norwegian Minerals AS må også søke og har risikoen for alle tillatelser, pålegg, restriksjoner med videre som er knyttet til tiltaket. Norwegian Minerals AS har også risikoen for at masseuttaket lar seg gjennomføre – praktisk og økonomisk. Det foreligger ingen ytelse fra kommunen, eller noen motytelse. Innklagede har gitt

Norwegian Minerals AS adgang til å ta ut masse dersom det viser seg mulig for Norwegian Minerals AS, men da til strenge betingelser og betydelig risiko. Det foreligger etter dette ingen gjensidig bebyrdende kontrakt i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser.

Om blandende kontrakter

- (24) Det kan på et teoretisk plan hevdes at avtalen kan oppdeles i to avtaleelementer, masseuttak og grovplanering. Det blir imidlertid en for kategorisk og for lite nyansert tilnærming. Det vises i denne forbindelse til de omfattende plikter som påhviler Norwegian Minerals AS gjennom den avtale som er inngått og det ansvar og den risiko Norwegian Minerals AS har gjennom avtalen.
- (25) Et masseuttak – for det tilfelle at dette i det hele tatt tillates ut fra bestemmelser etablert gjennom den igangsatte reguleringsprosess (inklusive konsekvensutredning) og kommunal søknadsprosesser etter plan- og bygningsloven – vil være belagt med omfattende restriksjoner og betingelser.
- (26) Disse betingelsene, som i hovedsak skal påse/garantere at området blir istandsatt på forsvarlig vis, er udelelig forbundet med selve masseuttaket. Et masseuttak i den størrelsesorden som kontrakten anslår, vil bety betydelige natur- og terrenginngrep. Av så vel miljøhensyn som bl.a. hensyn til sikkerhet og estetikk, vil tiltakshaver Norwegian Minerals AS måtte gjennomføre en rekke omfattende tiltak for å sikre og sette området i stand etter seg etter endt uttak.
- (27) Kontraktens pkt. 12 beskriver de vidtrekkende forpliktelser Norwegian Minerals AS påtar seg i forhold til tilbakelevering og istandsetting av berørt areal etter endt masseuttak. Pkt. 12 er forfattet ut fra de krav Sweco Norge AS har oppstilt for en forsvarlig avslutning av tiltaket.
- (28) Avtalen er i denne forbindelse i tråd med mineralloven. Loven tar blant annet for seg istandsetting, avsetting av midler til opprydding, kompetanse med mer. Masseuttak, steinbrudd og lignende medfører regelmessig store inngrep i terrenget. Jo større uttak, dess større inngrep. Loven bygger på at det er viktig at det settes klare grenser for inngrepet og det stilles krav til landskapstilpasning, skjermingssoner og senere istandsetting. I medhold av mineralloven kan kommunen bruke både reguleringsplan og driftsplan som verktøy overfor tiltakshaver for å konkretisere disse rammene.
- (29) Når det gjelder atkomst og vei, er dette uadskillelig forbundet med selve masseuttaket. Det må naturligvis etableres atkomst for å iverksette masseuttaket. Slikt uttak skjer med tungt og stort maskinelt utstyr, som ikke kan fraktes inn med for eksempel helikopter eller på annet vis.
- (30) Når det gjelder utfyllingen i sjø gjelder det samme. Deponeringen er typisk for avtaler om masseuttak, hvor siktemålet er å ta ut kvalitetsmasser som kan eksporteres.
- (31) De forpliktelser som ligger hos tiltakshaver Norwegian Minerals AS er med andre ord typiske for denne type avtaler, jf. at forholdet også er regulert ved lov. At det på samme vis eksisterer en innbyrdes, ufravikelig og udelelig sammenheng mellom uttak på den ene siden og istandsetting på den andre, kan heller ikke være tvilsomt.
- (32) De arbeidene som utføres er en helt naturlig konsekvens av selve masseuttaket. Det er umulig å se for seg at et masseuttak som her, kan gjennomføres uten at arbeidene med atkomst og deponering av skrotmasser også blir utført. Det samme gjelder øvrig istandsetting og sikring av området etter endt uttak. Arbeidene er uatskillelig

forbundet med masseuttaket og utgjør samlet sett en helhet som ikke kan atskilles ut fra en teoretisk tilnærming til saken.

- (33) Kontrakten mellom innklagede og Norwegian Minerals AS må etter dette vurderes ut fra det fremtredende element i kontrakten. Det fremtredende elementet i kontrakten er masseuttaket. Øvrige forhold er underordnede forhold, men som likevel er nødvendig og dermed udelelig forbundet med hovedformålet, nemlig masseuttaket. Dette er i samsvar med den rettsoppfatning EU-domstolen legger til grunn i avgjørelsene C-145/08, C-536/07 og C-215/09.

Betydningen av klagenemndas avgjørelse for den aktuelle kontrakten

- (34) Hitra kommune har vært i aktsom god tro med hensyn til hvordan avtalen med Norwegian Minerals AS skulle etableres, og partene har diskutert ut fra den klare forutsetning og intensjon om at avtalen skal være i henhold til gjeldende regelverk.
- (35) Dersom klagenemnda mot formodning skulle komme til at avtaleinngåelsen skulle ha fulgt regelverket for offentlige anskaffelser og vært kunngjort, er dette en bristende forutsetning for avtaleinngåelsen mellom partene. Hitra kommune vil i et slikt tilfelle gjøre gjeldende overfor Norwegian Minerals AS at avtalen er ugyldig for å kunne reparere en eventuell feil.

Hvorvidt overtredelsesgebyr eventuelt bør ilegges.

- (36) Dersom klagenemnda mot formodning skulle komme til at Hitra kommune har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, bør det ikke ilegges overtredelsesgebyr. Innklagedes atferd kan ikke karakteriseres som grovt uaktsomt. Det har ikke vært gjort noen forsøk på å tildekke faktum eller forfordele aktører. Innklagede har saklig og nøkternt vurdert at uttak fra området kan ha en økonomisk verdi for en gitt aktør med den nødvendige ekspertise. Etter å ha fått Sweco Norge AS vurdering, har kommunen deretter konkludert med at det ikke er noe i veien for å inngå en slik kontrakt, uten konkurranseutsetting.
- (37) Innklagede har også innhentet et råd fra advokat, hvor tilbakemeldingen var at innklagede måtte vurdere forholdet til regelverket om offentlig støtte, hvilket også innklagede har gjort. En eventuell villfarelse med henhold til regelverket for offentlige anskaffelser må i denne forbindelse anses som unnskyldelig.
- (38) Det vises også til at bestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 7b er fakultativ. Flere momenter taler hver for seg, og i hvert fall samlet, mot at det bør ilegges gebyr.
- (39) For det første vil det være vanskelig og kanskje umulig å vite hvordan man skal beregne en "kontraktssum" som gebyret skal beregnes av i denne saken, jf. nærmere om dette nedenfor.
- (40) Det vil dessuten være et moment i vurderingen at Hitra kommune ikke er blitt innklaget for klagenemnda tidligere, og kommunen er heller ikke ilagt overtredelsesgebyr tidligere. I forlengelsen av det som er sagt over, vil et eventuelt gebyr mot Hitra kommunes handlemåte ikke ha særlig preventiv effekt. Kommunen har gjort de vurderinger man har funnet forsvarlig og saklig, og man har oppriktig ment at man har vært innenfor gjeldende regelverk. Å ilegge gebyr da, vil ikke virke skjerpende, kun urettferdig.

Arbeidenes verdi

- (41) Dersom klagenemnda mot formodning skulle komme til at det her foreligger en offentlig anskaffelse, kan det ikke som klager anfører være riktig å legge til grunn

eventuell verdi av fjellmasse som tas ut, som et utgangspunkt for å beregne kontraktsverdien. Til dette foreligger det alt for mange, sammensatte og kompliserte ukjente faktorer. Det vises i denne forbindelse til at det er usikkert hvor mye masse som kan tas ut i den korte avtaleperioden, og hvilken verdi dette vil ha. Det er også usikkert hvordan markedet er for slik masse, om det finnes kjøpere og til hvilken pris. Det er også usikkert hva transportkostnadene vil være for Norwegian Minerals AS, samt hvilke etableringskostnader, herunder kapitalkostnader, Norwegian Minerals AS vil ha. Det er også usikkert hvordan tiltaket skal gjennomføres, herunder hvilke kostnader, forpliktelser og restriksjoner Norwegian Minerals AS vil bli ilagt, om Norwegian Minerals AS vil få konsesjon for å ta ut masse, eventuelt hvor mye masse og på hvilke vilkår. Det er også usikkert om Norwegian Minerals AS vil få særlige restriksjoner på seg i forhold til at tiltaket vil skje nært sjø og i umiddelbar nærhet til Hitra-tunnelen.

Klagenemndas vurdering:

- (42) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider fra Norwegian Minerals AS. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. De formelle innsigelser innklagede har gjort gjeldende er rettet av klager. Klagen er rettidig.

Generelt om masseuttak

- (43) Det nevnes innledningsvis at masseuttak i norsk rett reguleres gjennom reglene i mineralloven. I henhold til § 1 i mineralloven er formålet å *"fremme og sikre samfunnsmessig forsvarlig forvaltning og bruk av mineralressursene i samsvar med prinsippet om en bærekraftig utvikling."* Av § 2 fremgår det om *"Hensyn ved forvaltning og bruk av mineralressursene"*:

"Innenfor rammen av § 1 skal forvaltning og bruk av mineralressursene etter denne lov ivareta hensynet til:

- a) verdiskaping og næringsutvikling,*
- b) naturgrunnlaget for samisk kultur, næringsliv og samfunnsliv,*
- c) omgivelsene og nærliggende områder under drift,*
- d) miljømessige konsekvenser av utvinning, og*
- e) langsiktig planlegging for etterbruk eller tilbakeføring av området."*

- (44) Mineralloven skiller mellom de mineralene som tilhører staten, og de mineraler som tilhører grunneier. Uttak av steinmasser, som den foreliggende avtalen gjelder, er uttak av mineraler som tilhører innklagede som grunneier, jf mineralloven § 7. Betingelsen for uttak av grunneiers mineraler fremgår av mineralloven § 28:

"Den som vil utvinne forekomst av grunneiers mineraler, må inngå avtale med grunneieren. Dersom avtale ikke kommer i stand, kan det søkes om ekspropriasjon, jf. § 37."

- (45) I henhold til mineralloven § 43 kreves driftskonsesjon fra Direktoratet for mineralforvaltning for ethvert uttak av naturstein. En søknad om driftskonsesjon skal inneholde driftsplan. Tillatelser i medhold av mineralloven erstatter ikke krav som følger av annen lovgivning, jf mineralloven § 5.
- (46) En avtale som gir en offentlig oppdragsgivers medkontrahent rett til å ta ut steinmasser innebærer ikke i seg selv en anskaffelse av *"varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*, jf forskriften § 1-3. Så fremt ikke andre forhold innebærer at avtalen rettslig må kategoriseres som en kunngjøringspliktig anskaffelse, er altså en slik avtale ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. I denne saken aktualiseres spørsmålet om forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser av at det i medhold av avtalen skal utføres bygge- og anleggsaktiviteter som også innklagede har interesse av.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (47) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av Lov om offentlige anskaffelser, jf. loven § 7b og Forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 og § 18-1.
- (48) Av forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 første ledd fremgår det at *"Denne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*.
- (49) Klager har anført at avtalen om masseuttak må anses som vederlaget for de bygge- og anleggsarbeider som utføres. At fjellmassene brukes som vederlag endrer ikke kontraktens gjensidig bebyrdende innhold, og at det ytes et vederlag for utført arbeid. Innklagede har på sin side anført at ettersom kommunen ikke betaler et vederlag i medhold av avtalen, er ikke avtalen gjensidig bebyrdende.
- (50) Forskriften § 4-1 inneholder enkelte generelle definisjoner av begreper i forskriften:
- "a. kontrakt: gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører,*
- (...)*
- c. bygge- og anleggskontrakt: kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg 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 teknisk funksjon,*
- (51) Forskriften § 4-1 bokstav a) og c) inkorporerer direktiv 2004/18 artikkel 1 nr 2 a) og b). Definisjonene i forskriften og direktivet er i hovedsak likelydende, men samsvarer ikke fullt ut. De tilsvarende definisjonene i 2004/18 artikkel 1 i den engelske språkversjonen er som følger:

"(a) "Public contracts" are contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services within the meaning of this Directive.

(b) "Public works contracts" are public contracts having as their object either the execution, or both the design and execution, of works related to one of the activities

within the meaning of Annex I or a work, or the realisation, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority. A "work" means the outcome of building or civil engineering works taken as a whole which is sufficient of itself to fulfil an economic or technical function.

- (52) I den norske forskriften er det gjort en forenkling ved at begrepet "kontrakt", som tilsvarende direktivtekstens "Public contracts", ikke inneholder en henvisning til gjenstanden for avtalen. For problemstillingene i foreliggende sak har dette en viss betydning ettersom de sentrale rettskildene er direktivteksten, og EU-dommer som er avgjort på bakgrunn av direktivtekstens formuleringer. Av denne grunn er det også hensiktsmessig å knytte problemstillingene i foreliggende sak opp mot direktivtekstens definisjon.
- (53) Spørsmålet om avtalen er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser blir derfor om avtalen omfattes av direktivtekstens definisjon av "Public contract[s]".
- (54) Innholdet i begrepet er utdypet i EU-domstolens avgjørelse i sak C-451/08:

"48 The pecuniary nature of the contract means that the contracting authority which has concluded a public works contract receives a service pursuant to that contract in return for consideration. That service consists in the realisation of works from which the contracting authority intends to benefit (see Case C-399/98 Ordine degli Architetti and Others [2001] ECR I-5409, paragraph 77, and Case C-220/05 Auroux and Others [2007] ECR I-385, paragraph 45).

49 Such a service, by its nature and in view of the scheme and objectives of Directive 2004/18, must be of direct economic benefit to the contracting authority."

- (55) Det er altså et vilkår for at en avtale kan anses som en "Public contract[s]" at det ytes et vederlag av økonomisk verdi fra den offentlige oppdragsgivers side. I relasjon til foreliggende sak må en rett til å ta ut steinmasse kunne anses som et relevant økonomisk vederlag fra innklagedes side. Et annet spørsmål er om innklagede har en direkte økonomisk interesse i utførelsen av masseuttaket, og arbeidet som utføres på grunn av dette.
- (56) De bygge- og anleggsaktiviteter som utføres har, i tillegg til å representere en verdi for innklagede, klar sammenheng med retten til å ta ut steinmasse. At innklagede yter et relevant økonomisk vederlag og har økonomisk interesse av arbeidene, er ikke i seg selv tilstrekkelig for å konkludere med at regelverket kommer til anvendelse, jf definisjonen av "Public contract[s]" om at det i tillegg kreves at avtalens gjenstand er "the execution of works, the supply of products or the provision of services within the meaning of this Directive."
- (57) EU-domstolen har behandlet problemstillingen vedrørende avtaler som inneholder ulike elementer som et spørsmål om klassifiseringen av avtalen, men slik at det i tillegg vil være en plikt til å kunngjøre de deler av avtalen som er omfattet av direktivet dersom disse kan skilles fra resten av avtalen. I sak C-215/09 uttalte EU-domstolen følgende:

36 In that connection, it is clear from the case-law of the Court that, as regards a mixed contract, the different aspects of which are inseparably linked and thus form an indivisible whole, that contract must be examined as a whole for the purposes of its legal classification in the light of the rules on public contracts, and must be assessed on the basis of the rules which govern the aspect which constitutes the main object or predominant feature of the contract (Joined Cases C-145/08 and C-149/08 Club Hotel

Loutraki and Others [2010] ECR I-0000, paragraphs 48 and 49 and the case-law cited).

37 It follows that, for the purposes of the application of Directive 2004/18, it must be ascertained whether the aspect constituted by the health care services for Oulun kaupunki's staff, which fall in principle within the scope of that directive, is severable from that contract."

- (58) Det første spørsmålet er altså hvorvidt de ulike elementene i avtalen kan anses udelelige. Til dette vises det til at Norwegian Minerals AS naturligvis har behov for en anleggsvei, og at grovplaneringen av området er en av ulike måter å istandsette området etter masseuttaket. Utfyllingen av massen i sjøen som dekker kommunens "behov for etablering av kaikant" er en måte å deponere skrotmasser. Det må i denne forbindelse kunne aksepteres at den helt konkrete utførelsen er avtaleregulert på en måte som gjør at innklagedes interesser også til en viss grad tilgodeses. Det er ikke noe ved avtalen som innebærer at det utføres bygge- og anleggsaktiviteter for innklagede som er mer vidtrekkende enn de arbeider som er naturlig å utføre som en konsekvens av avtalen om masseuttak. De ulike elementene i avtalen må på denne bakgrunn anses som udelelige.
- (59) Det skal etter dette vurderes hva som er hovedformålet eller det fremtredende trekket med den aktuelle avtalen. I sak C-412/04 uttalte EU-domstolen at "*the scope of Directive 93/37 is linked to the main purpose of the contract, which must be determined in an objective examination of the entire transaction to which the contract relates.*" EU-domstolen uttalte videre at: "*The assessment must be made in the light of the essential obligations which predominate and which, as such, characterise the transaction, as opposed to those which are only ancillary or supplementary in nature and are required by the very purpose of the contract*". Det fremtredende trekket ved den foreliggende avtalen er retten til å ta ut steinmasse. De øvrige forhold ved avtalen er underordnede elementer som bidrar til oppfyllelse av hovedformålet. Det er videre ingen forhold i saken som bærer preg av at innklagede har hatt til hensikt å omgå regelverket om offentlige anskaffelser. På bakgrunn av overstående kan avtalen ikke anses som en "*Public contract[s]*". Avtalen er da heller ikke omfattet av forskriften § 4-1 bokstav a jf. bokstav c. Forskrift om offentlige anskaffelser får da ikke anvendelse. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Hitra kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser
4. april 2011


Siri Teigum