



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inngikk en samarbeidsavtale med flere grunneiere av Hanasand Industriområde. Avtalen innebar blant annet at grunneierne skulle sørge for engasjement av konsulenter til utarbeidelse av områdeplan og hvordan kostnadene skulle fordeles mellom grunneierne. Innklagede skulle blant annet bekoste 11 %. Den største grunneieren inngikk avtale med et rådgivingselskap for utarbeidelse av planarbeid for området. Prisen var 1 million kroner. Ettersom de private andel av tjenestekjøpet utgjorde hoveddelen av avtalen, og innklagede ikke kunne kjøpt sin del separat, fant klagenemnda at avtalen med rådgivingselskapet ikke var omfattet av regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 26. november 2014 i sak 2013/110

Klager: Rennesøy Fremskrittsparti

Innklaget: Rennesøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Kai Krüger

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Rennesøy Fremskrittsparti (heretter klager) mottatt 27. september 2013. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (2) Rennesøy kommune (heretter også innklagede) vedtok 8. september 2011 Kommuneplan for 2010-2022. I henhold til planen § 16, skulle det utarbeides en samlet reguleringsplan for område avsatt til næringsbebyggelse på Hanasand. Innklagede eier ca. 20 av totalt 400 mål i dette området.
- (3) Som planmyndighet besluttet innklagede å overlate utarbeidelse av områdeplan til grunneiere og rettighetshavere i henhold til plan- og bygningsloven § 12-2, andre ledd. Som planmyndighet og i egenskap av grunneier inngikk innklagede 24. september 2013 en avtale med enkelte av de øvrige grunneiere om å utarbeide forslag til områdeplan. De øvrige partene i avtalen var Hanasand Næringspark AS, Busolar AS og Jan Mikal Hanasand, som sammen med innklagede i egenskap av eier ble benevnt "*Gruppen*" i avtalen. Hanasand Næringspark AS var største eier.
- (4) Når det gjaldt utførelse av plan- og utredningsarbeidet, skulle "*Gruppen*" i henhold til avtalen blant annet engasjere konsulenter og være ansvarlig for å utarbeide planprogram, plan og konsekvensutredning. Alt planmaterialet skulle overleveres innklagede som planmyndighet ved avsluttet planarbeid. "*Gruppen*" skulle bære omkostningene med utarbeidelse av forslag til områderegulering, herunder kostnader til konsekvensutredning og til undersøkelser som var en del av planprosessen. Kostnadsfordeling innad i

"*Gruppen*" var prosentvis beregnet basert på størrelse på respektive arealer. Som grunneier skulle innklagede bekoste 11 %. De øvrige utgiftene ble dekket av Hanasand Næringspark AS og de to andre private aktørene, med henholdsvis 78 %, 2 % og 9 %.

- (5) Dimensjon Rådgivning AS ble engasjert for å utarbeide forslag til områdeplan og konsekvensutredning. Dette er dokumentert ved et tilbud fra Dimensjon Rådgivning AS adressert til Hanasand Næringspark AS, c/o Cator AS, 15. august 2013. Det er opplyst at tilbudet ble bekreftet. Innklagede har forklart at rådgivningsfirmaet tidligere har utført en del reguleringsarbeid for Hanasand Næringspark AS i området, og at det var "*Gruppen*" som engasjerte Dimensjon Rådgivning AS. Kostnadene for arbeidet var begrenset til 1 millioner kroner. Innklagede skulle som grunneier dekke 110 000 kroner.
- (6) Honoraret var i tilbudet fra Dimensjon Rådgivning AS opplyst å være fast pris på 900 000 kroner eks. mva. Kostnader til annonsering, og kjøp av kartdata var ikke inkludert, men var stipulert til 100 000 kroner. Timepris for eventuelle ekstraarbeider utført av fagpersoner var 1050 kroner per time. For arbeid utført av teknisk tegner eller administrativt hjelpepersonell ville timesats på 900 kroner gjelde.
- (7) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. november 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå avtale med Dimensjon Rådgivning AS om kjøp av tjenester knyttet til utarbeidelse av områdeplan for Hanasand industriområde. Innklagede må ta ansvar også for kostnader for utarbeidelse av områdeplan for de grunneiere av Hanasand industriområde som ikke er part i avtalen inngått mellom "*Gruppen*" og innklagede som planmyndighet. Sluttsummen antydes å være på ca. 4-5 millioner kroner og da vil innklagedes andel være mellom 2 og 2,5 millioner kroner. I og med at utarbeidelse av områdeplan i henhold til plan- og bygningsloven er et kommunalt ansvar, kan det ende med at innklagede vil måtte ta hele kostnaden med utarbeidelsen. Beløpet overstiger terskelverdiene og innklagede skulle kunngjort oppdraget i henhold til regelverket.

Innklagedes anførsler:

- (9) Klagers anførsel bestrides. Regelverket kommer ikke til anvendelse, da det er "*Gruppen*" av rettighetshavere/grunneiere og ikke innklagede som er oppdragsgiver for Dimensjon Rådgivning AS. "*Gruppen*" er ikke et "*offentligrettslig organ*" etter forskriften.
- (10) Det faktiske vederlaget for planarbeidet er 1 million kroner og kostnadene med planarbeidet er fordelt fullt ut mellom deltakerne i "*Gruppen*", basert på deltakernes eierbrøk seg imellom. Innklagede skal som grunneier dekke kroner 110 000. Dette gjelder selv om ikke alle grunneierne innenfor området er part i avtalen. Årsaken til at beløpet ikke er høyere, er at tidligere utført planarbeid skal gjenbrukes.

Klagenemndas vurdering:

- (11) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlige direkte anskaffelse i forbindelse med at Dimensjon Rådgivning AS ble engasjert for å gjennomføre planarbeid for Hanasand industriområde.

Klagenemndas behandling av spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse

- (12) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (13) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (14) De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene. For kontrakter som er inngått eller kunngjort etter 1. juli 2012 kan klagenemnda gi en rådgivende uttalelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Ettersom anskaffelsen i dette tilfellet er gjennomført etter 1. juli 2012, gir klagenemnda en rådgivende uttalelse i saken.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (15) Som planmyndighet besluttet innklagede å overlate utarbeidelse av områdeplan til grunneiere og rettighetshavere i henhold til plan- og bygningsloven § 12-2, andre ledd. Som planmyndighet og i egenskap av grunneier er innklagede part i avtalen om Hanasand industriområde. Avtalen regulerer hvordan plan- og utredningsarbeidet skal utføres, forholdet mellom partene, og hvordan kostnadene for planarbeidet skal fordeles mellom partene.
- (16) I medhold av avtalen har Hanasand Næringspark AS inngått en avtale med Dimensjon Rådgiving AS om utarbeidelse av områdeplan. I egenskap av grunneier har innklagede påtatt seg å dekke 11 % av disse utgiftene. De øvrige utgiftene dekkes av Hanasand Næringspark AS og to andre private aktører, med henholdsvis 78 %, 9 % og 2 %.
- (17) Problemstillingen i saken er om avtalen som Hanasand Næringspark AS inngikk med Dimensjon Rådgivning AS er omfattet av regelverket.
- (18) Det følger av § 1-3 (1) at forskriften kommer til anvendelse på *"tildeling av offentlige kontrakter om levering av [...]tjenester"*. Mens innklagedes kjøp av tjenester er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, er ikke de privates kjøp omfattet.
- (19) EU-domstolen har i flere saker tatt stilling til kontraktskonstellasjoner hvor deler av ytelsene som skal presteres er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. Problemstillingen er behandlet som et spørsmål om klassifiseringen av avtalen, jf. eksempelvis sak C-145/08 (Club Hotel Loutraki), hvor EU-domstolen uttaler følgende:

48 Det fremgår af Domstolens praksis, at i tilfælde af en blandet kontrakt, hvor de forskellige dele i henhold til udbudsbekendtgørelsen er uadskilligt forbundne og således udgør en udelelig helhed, skal den omhandlede operation undersøges samlet i sin helhed med henblik på den retlige kvalifikation og skal vurderes på grundlag af de bestemmelser, der regulerer den del, som udgør hovedformålet eller det fremherskende element i kontrakten (jf. i denne retning dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 19, af 19.4.1994, sag C-331/92, Gestión Hotelera Internacional,

Sml. I, s. 1329, præmis 23-26, af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 36 og 37, af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 47, og af 29.10.2009, sag C-536/07, Kommissionen mod Tyskland, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 28, 29, 57 og 61).

- (20) Sak C-145/08 gjaldt en transaksjon som innebar salg av 49 % av aksjene i et offentlig heleid kasino, hvor kjøper påtok seg å drifte kasinoet mot betaling, samt utføre visse byggearbeider. EU-domstolen kom til at aksjesalget utgjorde den dominerende delen av transaksjonen, slik at regelverket for offentlige anskaffelser ikke kom til anvendelse.
- (21) Selv om ikke EU-domstolen direkte har tatt stilling til kontraktskonstellasjoner hvor den offentlige myndighet er en av flere tjenestemottakere, kan det ikke utledes av EU-domstolens praksis om blandede kontrakter at det avgrenses mot slike kontraktskonstellasjoner. I praksis har også EU-domstolen anvendt denne tilnærmingen på et bredt spekter av forskjellige kontrakter, jf. domstolens rikholdige henvisninger til tidligere saker i Club Hotel Loutraki. Etter avgjørelsen i Club Hotel Loutraki har domstolen også anvendt den samme tilnærmingen i flere andre saker. Et eksempel er sak C-215/09 Mehiläinen Oy, som gjaldt opprettelse av et aksjeselskap sammen med en privat aktør, hvor den offentlige oppdragsgiver forpliktet seg til å kjøpe tjenester fra det felles aksjeselskapet i en fireårsperiode. Også klagenemnda har anvendt denne tilnærmingen i flere forskjellige saker, se for eksempel sak 2010/215 om en avtale om masseuttak, samt sak 2011/351 om en avtale som delvis gjaldt utvikling av et nytt trimaranfartøy, og delvis hurtigrutetransport.
- (22) Den nye direktivbestemmelsen om blandede kontrakter, artikkel 3, er også gitt en ordlyd som gjør den anvendelig i et tilfelle som det foreliggende, hvor den offentlige myndighet er en av flere tjenestemottakere. Artikkel 3 nr. 1 (2) gjelder "*mixed contracts which have as their subject-matter procurement covered by this Directive and procurement covered by other legal regimes*". Overført på foreliggende sak er innklagedes andel av tjenesteleveransen omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, mens de privates andel er underlagt andre regler.
- (23) Det er også de samme hensynene som gjør seg gjeldende i en situasjon hvor det offentlige er en av flere tjenestemottakere. Det er ikke grunn til å la anskaffelsesregelverket få anvendelse på kontrakter hvor hoveddelen ikke gjelder offentlig innkjøp. Samtidig vil også omgåelseshensyn være sentrale. Av denne grunn vil anskaffelsesregelverket få anvendelse dersom den delen av avtalen som er omfattet av regelverket kan skilles fra resten av avtalen, jf. C-215/09 premiss 37. Det nevnes i denne forbindelse at spørsmålet om noe kan skilles må avgjøres fra sak til sak, og at dette i praksis vil kunne bero på en noe sammensatt vurdering, hvor også andre regler vil være relevante. Dette illustreres for eksempel av EU-domstolens avgjørelse i sak C-215/09, hvor domstolen innledningsvis påpekte at den private kapitalen i det felles aksjeselskapet utelukket at vilkårene for egenregi var til stede. Tilsvarende betraktning er anlagt av klagenemnda i sak 2011/351, hvor klagenemnda, under henvisning til de øvrige unntakene for forsknings- og utviklingskontrakter, konstaterte at forsknings- og utviklingsunntaket for tjenester ikke gjaldt den delen av kontrakten som gikk ut på anvendelse av teknologien ut over forsknings- og utviklingsformålet.
- (24) Problemstillingen etter dette blir hva som er hoveddelen i avtalen med Dimensjon rådgiving AS, og om innklagedes tjenestekjøp kunne vært utskilt.

- (25) Tjenesten som skal leveres av Dimensjon Rådgivning AS er utarbeidelse av en områdeplan for Hanasand næringsområde. At de private partene dekker 89 % av kostnadene, en kostnadsfordeling som samsvarer med de respektive arealandelene, tilsier at hoveddelen i avtalen er privat tjenestekjøp. Også det faktum at det var Hanasand Næringspark AS som engasjerte rådgivningsfirmaet, på bakgrunn av at firmaet tidligere hadde utført arbeid på området for Hanasand Næringspark AS, trekker i samme retning.
- (26) En problemstilling er hvilken betydning det har at avtalen av 24. september 2013 angir at planen skal utarbeides i nært samarbeid med innklagede, være i henhold til innklagedes føringer, krav og rammer, og at planmaterialet ved avsluttet planarbeid skal overlates til innklagede. Ut fra sammenhengen er det klart at avtalens bestemmelser om dette gjelder innklagedes deltakelse i prosjektet som planmyndighet.
- (27) I EU-domstolens avgjørelse i sak C-451/08 (Helmut Müller) tok EU-domstolen stilling til innholdet i vilkåret gjensidig bebyrdende:

"48 Kontraktens gensidigt bebyrdende karakter indebærer, at den ordregivende myndighed, som har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til kontrakten, modtager en ydelse mod et vederlag. Ydelsen består i udførelsen af det arbejde, som den ordregivende myndighed ønsker at opnå (jf. dom af 12.7.2001, sag C399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 77, og af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 45).

49 En sådan ydelse skal efter sin natur og i henhold til opbygningen og formålet med direktiv 2004/18 bibringe den ordregivende myndighed en økonomisk fordel."

- (28) Domstolen utdyper ved flere eksempler hva som kan utgjøre en slik direkte økonomisk fordel. Om offentlige myndigheters planmyndighet uttaler domstolen:

"55 Der opstår et spørgsmål om, hvorvidt disse betingelser er opfyldt, når det omhandlede bygge- og anlægsarbejde tilsigter at opfylde et formål af almen offentlig interesse, som det påhviler den ordregivende myndighed at sikre overholdelsen af, såsom bymæssig udvikling eller sammenhæng i et område af en kommune.

56 I Den Europæiske Unions medlemsstater skal udførelsen af byggearbejder - i det mindste når arbejdet har et vist omfang - normalt gøres til genstand for en forudgående godkendelse fra den offentlige myndighed, der er kompetent på området for byplanlægning. Myndigheden skal under udøvelse af sin regulerede virksomhed vurdere, om udførelsen af bygge- og anlægsarbejdet er i overensstemmelse med den offentlige interesse.

57 Den blotte udøvelse af regulerede virksomhed på området for byplanlægning, som tilsigter at tage hensyn til den offentlige interesse, har imidlertid ikke til formål at modtage en kontraktmæssig ydelse eller at forfølge den ordregivende myndigheds direkte økonomiske interesse, således som det kræves efter artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18."

- (29) Innklagedes rolle i planarbeidet reflekterer at innklagede, i henhold til plan og bygningsloven § 12-2 andre ledd, har adgang til å la private utarbeide forslag til områderegulering. Når de overveiende private aktører – som her – velger å leie inn konsulenthjelp til formålet, vil tjenesten inngå i gruppens forslag som innklagede deretter

tar opp til behandling. Tjenesten er da ikke innhentet på vegne av kommunen og faller derfor utenfor regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagedes senere håndtering av forslaget som planmyndighet endrer ikke dette. Innklagedes deltakelse som planmyndighet endrer derfor ikke avtalens hovedkarakter av å utgjøre et privat tjenestekjøp.

- (30) Som nevnt er tjenesten som skal leveres av Dimensjon Rådgivning AS utarbeidelse av en områdeplan for Hanasand næringsområde. Dette er et arbeid som av naturlige grunner må utføres av én tjenesteleverandør. Innklagedes andel kan derfor ikke skilles fra resten av avtalen.
- (31) Avtalen med Dimensjon Rådgiving AS kan på denne bakgrunn ikke anses omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Rennesøy kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller