



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede har inngått en utbyggingsavtale med en leverandør, for utbygging av et boligfelt i Finnsnes. Utbyggingsavtalen omfatter opparbeidelse av vei-, vann- og avløpsanlegg og annen kommunalteknisk infrastruktur i planområdet, og kommunalt bidrag til oppføring av en bro og en støttemur langs en vei. Klager anførte at inngåelsen av utbyggingsavtalen måtte anses som en bygge- og anleggskontrakt, og ettersom den ikke var kunngjort – en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at kontrakten ikke kunne klassifiseres som en offentlig bygge- og anleggskontrakt.*

**Klagenemndas avgjørelse 2. juni 2014 i sak 2013/35**

**Klager:** Lenviklista  
**Innklaget:** Lenvik kommune  
**Klagenemndas medlemmer:** Gro Amdal, Tone Kleven, Andreas Wahl  
**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse

**Bakgrunn:**

- (1) Saken gjelder en utbyggingsavtale mellom Lenvik kommune (heretter innklagede) og AS Ferdighus for området Skibakken boligfelt i Finnsnes.
- (2) Kommunestyret i Lenvik vedtok 25. april 2006 reguleringsplan nr. 297 for Skibakken boligfelt. Planen var utarbeidet 12. mai 2002, og var fremmet av AS Ferdighus. Fra planens § 1 "Generelt" hitsettes:

*"Det regulerte området er vist på planen med reguleringsgrense*

*Planområdet er delt inn i følgende reguleringsformål.*

<b>Byggeområder</b>	<i>Boliger</i>
<b>Offentlige trafikkområder</b>	<i>Kjøreveier Gang- / sykkelveier</i>
<b>Offentlige friområder</b>	<i>Turveier/ stier Snødeponi/ annet grøntområde</i>
<b>Fellesområder</b>	<i>Lekeplasser Felles avkjørsel</i>

***Spesialområde for kommunalteknikk."***

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Rådhusgaten 4  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00  
Faks: 55 59 75 99

E-post:  
postmottak@kofa.no  
Nettside: www.kofa.no

- (3) I planen var det blant annet gitt bestemmelser om bygging av bro/kryssing av Sandvikelva.
- (4) AS Ferdighus søkte 12. mai 2010 innklagede om delfinansiering av en bro over Sandvikelva. Kommunestyret vedtok 23. september 2010 å inngå utbyggingsavtale med AS Ferdighus som regulerte dette, med et kommunalt bidrag oppad begrenset til 1.209.000,- ekskl. mva., i tråd med det omsøkte. Med bakgrunn i vedtaket ble det utarbeidet forslag til utbyggingsavtale, som ble lagt ut til offentlig ettersyn og kunngjort i to lokalaviser i mars 2011.
- (5) AS Ferdighus hadde i mellomtiden søkt om tillatelse til å begynne anleggsarbeidene, og dette ble innvilget 28. februar 2011. Entreprenørfirmaet Målselv Maskin & Transport AS fikk oppdraget fra AS Ferdighus.
- (6) Innklagede inngikk en utbyggingsavtale med AS Ferdighus den 28. november 2011. Fra avtalen hitsettes:

### **1. "Formål"**

*Ferdighus as, Sørreisa (heretter utbygger) har fremmet og fått godkjent **reguleringsplan nr 297 Skibakken Finnsnes**. De ønsker oppstart av et første byggetrinn i 2011 som betinger bygging av offentlig infrastruktur i tråd med planen, herunder bru over Sandvikelva. Avtalen regulerer derfor følgende to forhold:*

#### ***Bru over Sandvikelva og støttemur langs vei***

*Lenvik kommune (heretter kommunen) har i sak 83/10 fattet følgende vedtak:*

*Lenvik kommunestyre vedtar å inngå utbyggingsavtale for bru over Sandvikelva jfr. F.sak 130/10.*

*Kommunalt bidrag er oppad begrenset til kr 1.209.000,- + mva. Det forutsettes at utbygger forskutterer kostnadene.*

*I beløpet som er lagt til grunn inngår det også en andel for bygging av støttemur langs vei 2*

#### ***Øvrige kommunaltekniske formål***

*Utbyggingsavtalen skal sikre en forsvarlig utførelse og regulering/drift av kommunaltekniske formål som inngår i utbyggingen og som forutsettes overtatt av kommunen.*

*Utbygging i forsyningsområdet skal skje i tråd med godkjent reguleringsplan eller delingstillatelse gitt før denne avtalen gjelder.*

### **2. Utbyggingsvolum og utbyggingstakt**

*I løpet av 2011 planlegges det bygd vei, vann- og avløpsanlegg som inngår i et 1. byggetrinn. Følgende planelementer inngår i dette byggetrinn: B1, B2, B3, FA1*

*(fellesavkjørsel), Vei 2 (bru over Sandvikelva inngår i den), SP2 og FL1 (felles lekeplass) [...]*

### **3. Prosjektering av vann- og avløpsanlegg og gang- og sykkelvei i planområdet**

*Utbygger skal utarbeide tekniske planer for utbygging av vann- og avløpsanlegg og gang- og sykkelvei som er lagt inn i reguleringsplanen. Planene skal forelegges bygningsmyndigheten ved søknad om byggetillatelse, og arbeidet kan ikke settes i gang før byggetillatelse er gitt*

*De tekniske planene skal vise hvordan planområdet skal knytte seg til eksisterende kommunaltekniske anlegg.*

*Lenvik kommune forutsetter at krav til tiltaksklasse for prosjektering og utførelse er i samsvar med plan- og bygningslovens bestemmelser og relevante forskrifter.*

*Etablering av tilfredsstillende brannvann og eventuell etablering av pumpestasjon eller tilsvarende infrastruktur er utbyggers ansvar.*

### **4. Opparbeidelse av vei-, vann- og avløpsanlegg og annen infrastruktur internt i planområdet**

*Utbygger er ansvarlig for opparbeidelse av de prosjekterte vei-, vann og avløpsanlegg samt overvann i tråd med godkjent reguleringsplan og teknisk plan for området. [...]*

*Det skal foreligge en brukstillatelse/ferdigattest på vann- og avløpsinstallasjonene før anlegget settes i drift (se vedlegg).*

*Fellesavkjørsler og veier samt fortau/gang- og sykkelvei skal ha asfalt som slidedekke og ha veinavnskilt/nummerering og veilys.*

### **5. Kostnader**

*Utbyggingen foregår i privat regi med unntak av kommunal medfinansiering for brua over Sandvikelva som inngår i vei 2. Kommunestyrets vedtak utgjør 50 % av kostnader for å krysse elvedal (Sandvikelva) samt en forstøtningsmur og er oppad begrenset til kr. 1.209.000 + merverdiavgift. Det forutsettes at utbygger forskutterer kostnadene.*

*En grunnleggende forutsetning for utbetaling av offentlige midler er at anskaffelsen gjøres i henhold til lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrift. Det betyr at kommunens bidrag ikke kan overstige 50 % av dokumenterte kostnader for å bygge bro og støttemur. Blir totalkostnadene mindre enn stipulert, vil støttebeløpet reduseres tilsvarende.*

### **6. Oppgjør og overtakelse av kommunalteknisk infrastruktur**

*Det kan foretas delovertakelse av vann- og avløpsanlegg når disse er testet og godkjent. Endelig overtakelse av kommunaltekniske anlegg gjøres når anlegget er endelig ferdigstilt i hht tekniske planer inkl. veidekke og veilys*

*Lenvik kommune betaler 50 % av påløpte kostnader for bru- og støttemur til utbygger ved første delovertakelse av vann- og avløpsanlegg i vei 2 og etter at brua er bygd*

*Eventuelt resterende tilskudd betales når bru og støttemur er ferdigstilt og de totale kostnader er klarlagt.*

*Det må fremlegges et revisorbekreftet prosjektreknskap som grunnlag for disse utbetalingene.*

*Kommunal overtakelse av kommunaltekniske anlegg skal skje kostnadsfritt og fri for heftelser gjennom egen overtakelsesforretning. I dette inngår det kostnadsfri oppmåling og overskjøting av grunnen som inngår i vei 2 og SP 2. Videre skal det for de anlegg som kommunen skal overta avholdes en ferdigbefaring. Utbygger er forpliktet til raskest mulig etter befaringen å foreta utbedring av eventuelle feil og mangler. Dersom utbygger etter ferdigbefaringen ikke utfører de plikter som følger av første ledd, kan kommunen besørge arbeidene utført for utbyggers regning.*

*Når det gjelder FA 1 skal arealet forbli i privat eie, men kommunen gis en tinglyst rett til å ha en vann- og avløpsstamme liggende i dette arealet. På samme måte gis feltene B1, B2 og B3 eierskapet til FL 1 med tilhørende ansvar for drift og vedlikehold av eventuelle anlegg som etableres i dette felles lekearealet.*

*I de tilfeller kommunen overtar tekniske anlegg som går over eller på eiendom som ikke skal overtas av kommunen, skal utbygger sikre kommunen nødvendige rettigheter til ettersyn og vedlikehold. Utbyggeren er ansvarlig for at erklæringen blir tinglyst som heftelse på de aktuelle eiendommene, alt uten omkostninger for kommunen.*

*Vei 2 vil inngå i det kommunale veinettet med tanke på drift og vedlikehold. FA 1 skal driftes og vedlikeholdes av de eiendommer som eier og benytter denne fellesavkjørselen (jfr § 6.2 i reguleringsplanbestemmelsene).*

[...]

## **8. Sikkerhet**

*Dersom arbeidet ikke utføres i samsvar med denne avtalen og innen 3 år etter arbeidene er igangsatt, vil det ikke være grunnlag for kommunal overtakelse av de kommunaltekniske anlegg og utbetaling av tilskudd til bygging av bru over Sandvikelva.*

## **9. Grunnerverv**

*Utbygger er ansvarlig for, og påkoster, nødvendig grunnerverv fra berørte grunneiere før oppstart av anleggsarbeidene"*

- (7) AS Ferdighus fakturerte 22. oktober 2012 Lenvik kommune med kroner 1 209 000,- i henhold til utbyggingsavtalen. Det er i tillegg fremlagt et regnskapsoppsett med bilag som viser en kostnad på kr. 1 907 716,- til Målself Maskin AS, prosjekteringskostnader på kr. 160 000,- og et administrativt påslag på kr. 310 000,-. "Totale kostnader kulvert og støttemur" var angitt til kr. 2 377 873.

- (8) Klager har i tillegg fremlagt en faktura fra Målselv Maskin som viser at Lenvik kommune har betalt kroner 18 480,- for en bom, i henhold til reguleringsplanens § 4 Offentlige trafikkområder, pkt. e. Det er også fremlagt en faktura fra Målselv Maskin for VA-arbeider "*Vedr. Skibakken prosjekt Svaleveien*" på kr. 302 120,-, og fra Veidekke Industri for asfaltering m.m. "*Del av Svaleveien*" på kroner 127 346,-.
- (9) Innklagede har vist til at disse arbeidene er gjort i områder utenfor planområdet som utbyggingsavtalen gjelder.
- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. april 2013.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. mai 2014.

### **Anførsler:**

#### ***Klagers anførsler:***

- (12) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelsen av utbyggingsavtalen. Det fremgår av avtalen at innklagede skal betale 50 % av kostnadene for en bro og en forstøtningsmur, og at dette overstiger terskelverdiene i anskaffelsesreglene.
- (13) Alle arbeidene som inngår i utbyggingsavtalen – veier, vann- og avløpsledninger, veilys etc. – omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Totale infrastrukturkostnader for boligfeltet som utbyggingsavtalen gjelder, antas å være 40-50 millioner kroner eks. mva.
- (14) Arbeidene må regnes som bygge- og anleggsarbeider i forskriftens forstand, jf. forskriften § 4-1 bokstav c. Det kan ikke være tvilsomt at arbeidene oppfyller en økonomisk og teknisk funksjon. Både pålegg om teknisk infrastruktur, og vilkår om gjennomføring av rekkefølgekrav, representerer videre krav fra en offentlig oppdragsgiver. Det er heller ingen tvil om at tiltakene i den inngåtte utbyggingsavtalen er omfattet av kategoriene i forskriftens vedlegg 1.
- (15) Vilkåret om gjensidig bebyrdende kontrakt er også oppfylt. For kommunens del har dette både grunnlag i vederlaget på kroner 1,2 millioner, og i den utviste myndighetsutøvelse. Byggetillatelsene som gis fra kommunen, og retten til å utbygge området, utgjør et vederlag fra kommunens side. Det vises til sak C-399/98 og C-220/05 (Roanne), som må forstås slik at kommunens forhåndsbinding av egen myndighet i utbyggingsavtalen utgjør et slikt vederlag.
- (16) Klager har også fremmet en rekke andre innsigelser mot innklagedes saksbehandling og håndtering av den aktuelle utbyggingsavtalen. Herunder at rådmannen underskrev avtalen uten å ha den nødvendige fullmakt, og at det i stedet for å bygges bro over Sandvikelva ble lagt en kulvert som ble fylt med overskuddsmasser som entreprenøren fikk gratis fra grøftesprenning og vegbygging i boligfeltet. Selv om utførelsen ble endret vises det til at kommunen har betalt kr. 1,5 millioner til AS Ferdighus, selv om kostnaden må antas å ha blitt mindre. Det er også vist til at kostnaden er utbetalt uten at utbyggeren har fremlagt et revisorgodkjent prosjektrekskap.
- (17) Det er også anført at den aktuelle utbyggingsavtalen er i strid med kommunens vedtatte "*Forskrift om bruk av utbyggingsavtaler i Lenvik kommune*" på flere punkter.

- (18) Klager har også vist til fakturaer som viser at innklagede har betalt for noe asfaltering, og justering av fire kummer, i forbindelse med utbyggingsavtalen. Det er også hevdet at innklagede leverte vannledningen som ble lagt i elvekryssingen (altså i stedet for brøløsningen).

***Innklagedes anførsler:***

- (19) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved det økonomiske bidraget til bro og støttemur.
- (20) Det bestrides at utbyggingsavtalen kan anses som en bygge- og anleggskontrakt. Utbyggingsavtalen kan heller ikke anses som en gjensidig bebyrdende avtale. Det foreligger ingen parallell mellom foreliggende sak og EU-domstolens avgjørelse i sak C-399/98.
- (21) Det kommunale bidrag var oppad begrenset til kr. 1.209.000,- + mva og at kommunens kostnader ikke skulle overstige 50 prosent av kostnadene ved byggingen av bru og støttemur. Det ble avtalt at der kostnadene ble mindre enn stipulert, ville støttebeløpet reduseres tilsvarende. Grunnen til innklagedes bidrag var å få til bedre skoleskys. Det var videre politisk interesse for å binde sammen Granlia og Mellomlia/Einvaldfeltet.
- (22) Det bestrides også at asfalteringsarbeidene og VA-arbeidene klager har vist til ble gjort i tilknytning til infrastrukturarbeidene. Disse gjelder et annet område enn Skibakken boligfelt, og har ikke tilknytning til dette.
- (23) Når det gjelder fakturaene for asfaltering og justering av kummer, har innklagede forklart at fakturaene relaterer seg til andre prosjekter, utenfor området utbyggingsavtalen gjelder.

***Klagenemndas vurdering:***

- (24) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider ved inngåelse av utbyggingsavtale. 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. Klagen er rettidig.

***Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse***

- (25) 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.
- (26) Klager anfører at utbyggingsavtalen mellom innklagede og AS Ferdighus skal regnes som en bygge- og anleggskontrakt, og at arbeidene som skal utføres i medhold av denne derfor skulle ha vært kunngjort.
- (27) Hvorvidt, og under hvilke omstendigheter, en utbyggingsavtale skal regnes som en bygge- og anleggskontrakt omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, har vært et mye diskutert spørsmål siden EU-domstolens avgjørelse i sak C-399/98 (La Scala). Forarbeidene til plan- og bygningsloven konkluderer med at det foreligger rettslig usikkerhet om utbyggingsavtaler, der grunneieren skal utføre et bygge- og anleggsarbeid for kommunen, er omfattet av regelverket. Spørsmålet er ikke behandlet av norske domstoler eller i klagenemndspraksis.

- (28) Regler om utbyggingsavtaler er gitt i lov om planlegging og byggesaksbehandling (heretter plan- og bygningsloven eller pbl.) av 27. juni 2008 nr. 71 kapittel 17. I § 17-1 heter det at med *"utbyggingsavtale menes en avtale mellom kommunen og grunneier eller utbygger om utbygging av et område, som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan"*. Utbyggingsavtalen i foreliggende sak hviler på en reguleringsplan som ble fremmet av utbyggeren AS Ferdighus, utarbeidet 12. mai 2002, og vedtatt 25. april 2006. Reguleringsplanen gjelder regulering av det aktuelle planområdet til boligformål, og gir nærmere bestemmelser om de aktuelle boligene og oppføring av infrastruktur i området. Avtalen supplerer reguleringsplanen, og regulerer i seg selv i hovedsak to forhold – kommunalt bidrag til en bro og en støttemur langs en vei, og overtagelse av kommunal infrastruktur.
- (29) Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 får anvendelse på tildeling av *"offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*, jf. § 1-3. Problemstillingen i foreliggende sak er mer konkret om utbyggingsavtalen er en *"gjensidig bebyrdende avtale"*, jf. definisjonen av *"kontrakt"* i § 4-1 bokstav a, *"om [...] utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*, altså en *"bygge og anleggskontrakt"* i henhold til § 4-1 bokstav c. Disse bestemmelsene implementerer direktiv 2004/18/EF artikkel 1 nr. 2 a) og b), hvilket har en viss betydning for forståelsen, jf. også klagenemndas sak 2010/215 premiss (50) - (52).
- (30) EU-domstolen uttalte seg på følgende måte om kontraktsvilkåret i sak C-451/08 (Helmut Müller):
- "48 Kontraktens gjensidigt bebyrdende karakter innebærer, 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.*
- 50 Denne økonomiske interesse er klart godtgjort, når det fremgår, at den ordregivende myndighed bliver ejer af de bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for kontrakten."*
- (31) Domstolen utdyper ved flere eksempler hva som kan utgjøre en slik direkte økonomisk fordel, og foretar så en negativ avgrensning:
- "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."*
- (32) I foreliggende sak er det klart at innklagede skal bli eier av bygge- og anleggsarbeidene som utgjør den kommunale infrastrukturen, jf. utbyggingsavtalen punkt 6. I utgangspunktet er dette tilstrekkelig for å konstatere at innklagede har mottatt en ytelse som representerer en direkte økonomisk fordel. Det nevnes likevel her at det følger av

plan- og bygningsloven § 18-1 at grunn bare kan bebygges dersom veg, hovedavløpsledning og hovedvannledning er lagt, at kommunen kan gi kommuneplanbestemmelser om utførelsen av slikt arbeid, og at der slike anlegg er lagt av grunneier skal de holdes ved like av kommunen fra det tidspunkt anlegget er ferdig og godkjent, og tilfaller da kommunen uten vederlag. Det kan på dette grunnlag, altså at eierskap er lovens normalordning ved utøvelse av regulerende virksomhet, stilles spørsmål ved om eierovertagelsen for kommunen har til formål å *"modtage en kontraktmæssig ydelse eller at forfølge den ordregivende myndigheds direkte økonomiske interesse"*. Se i denne forbindelse også A. Browns analyse av dommen i 2010 (4) PPLR NA129.

- (33) Helmut Müller er kommentert i generaladvokatens innstilling i EU-domstolens sak C-306/08 (Valencia). Generaladvokaten er inne på spørsmålet om hvorvidt *"tildeling af nye byggerettigheder kan betragtes som en økonomisk modydelse for den infrastruktur, som entreprenøren har pligt til at tilvejebringe for den offentlige myndighed"*:

*"73. Ved afgørelsen af, hvad der falder inden for rammerne af offentligt udbud, følger det af Domstolens hidtidige praksis [henvisningen må forstås å gjelde C-399/98 (La Scala) og C-220/05 (Roanne)], at den har valgt en relativt bred og udbudsvenlig tilgang. Det har givet anledning til diskussion om, hvorvidt aftaler om arealanvendelse er klassificeret eller burde klassificeres som offentlige kontrakter eller nærmere bestemt som offentlige bygge- og anlægskontrakter, da de ofte, direkte eller indirekte, omfatter entreprenørens eller grundejerens udførelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder. Særligt problematisk er spørgsmålet om gensidigt bebyrdende aftaler, og nærmere bestemt, om de offentlige myndigheds tildeling af nye byggerettigheder kan betragtes som en økonomisk modydelse for den infrastruktur, som entreprenøren har pligt til at tilvejebringe for den offentlige myndighed.*

*74. I en senere dom, Helmut Müller-dommen, har Domstolen dog valgt ikke at følge den af Kommissionen foreslåede funktionelle fortolkning, som kunne have medført, at en betydelig del af de beføjelser og aktiviteter, som traditionelt tilkommer de lokale myndigheder i forbindelse med planlægnings- og byggeret, ville være blevet underlagt bestemmelserne om offentlige bygge- og anlægsarbejder. Domstolen anførte, at formålet med udbudsbestemmelserne er at anvende EU-rettens bestemmelser på indgåelse af kontrakter på vegne af staten, regionale myndigheder og andre offentligretlige organer. Den blotte udøvelse af regulerende 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 direktiv 2004/18 foreskriver.*

*75. Begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt er et selvstændigt og objektivt begreb i EU-retten. Efter min opfattelse bør Domstolen dog udvise en vis tilbageholdenhed, hvis en bred fortolkning af et begreb i EU-retten i praksis vil føre til, at et instrument i national lovgivning mister sin eksistensberettigelse, eller en detaljeret EU-retsakt finder anvendelse på omstændigheder, som lovgiver ikke havde i tankerne under lovgivningsproceduren."*

- (34) Domstolen i Valencia-saken tok ikke direkte stilling til generaladvokatens ovenfor gjengitte premisser, og avgjorde saken på at kommisjonen *"på ingen måte [har] godtgjort, at bygge- og anlægsarbeidet, der består i det pågældende areals tilslutning til og integration i eksisterende infrastruktur-, energi-, kommunikasjons- og*



*offentlige tjenesteydelsesnettverk, udgør hovedformålet for den kontrakt, der er indgået mellem den offentlige myndighed og byplanlæggeren inden for rammerne af en IAP ved indirekte forvaltning". EU-domstolen har altså sett det slik at spørsmålet i prinsippet beror på den rettslige klassifiseringen av avtalen, der kontraktens hovedformål avgjør hvilke regler som finner anvendelse, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-306/08 (Valencia) premiss 89-90, C-220/05 (Roanne) premiss 37, og C-331/92 (Gestion Hotelera) premiss 29. I Valencia-saken følger det videre i premiss 91:*

*"Denne bedømmelse skal foretages under iagttagelse af de hovedydelse, der skal præsteres og som sådan karakteriserer denne kontrakt i modsætning til dem, der blot er af accessorisk eller supplerende karakter, og som er dikteret af kontraktens formål (dom af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. 619, præmis 49)."*

- (35) Det kan ikke utledes av domstolens avgjørelse at avtaler om arealanvendelse, herunder utbyggingsavtaler, generelt ikke kan klassifiseres som *"offentlige kontrakter om [...] utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*. Kontraktsbegrepet er et EU-rettslig begrep og skal tolkes slik at anskaffelsesregelverkets effektive virkning sikres, jf. La Scala-avgjørelsen premiss 52. EU-domstolen ønsket her å reservere seg mot tilfeller nasjonale særregler førte til at direktivet ble fratatt en slik virkning.
- (36) I motsetning til det som synes å være tilfellet etter italiensk rett, som ble vurdert i La Scala-saken, har ikke norske kommuner hjemmel til ensidig å kreve infrastrukturbidrag fra utbyggeren. Plan- og bygningsloven legger begrensninger på hvilke vilkår som kan inngå i en utbyggingsavtale, og etter et lovfestet forholdsmessighetsprinsipp skal tiltak som inntas i en slik avtale stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang, og være nødvendig for gjennomføringen av planvedtaket jf. pbl. § 17-3. Det er videre gitt en forskrift som inneholder forbud mot vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler (FOR-2006-04-20-453). De restriksjonene utbyggingsavtaler er underlagt i norsk rett, innebærer at utbyggingsavtaler normalt ikke har karakter av å være "byttemiddel", eller vederlag, for bygge- og anleggsarbeider som offentlige myndigheter skal anskaffe.
- (37) Når det gjelder klassifiseringen av foreliggende utbyggingsavtale er det ikke tvilsomt at hovedformålet med denne er utbygging av et boligfelt i privat regi, og utbyggingsavtalen har nær sammenheng med reguleringsplanen som er nødvendig for utbyggingen av boligfeltet. Krav fra kommunen med hensyn til infrastruktur, og nødvendig koordinering i denne forbindelse, er forutsetninger for å kunne gjennomføre boligutbyggingen, men ikke et formål i seg selv. Infrastrukturen er med andre ord *"dikteret av kontraktens formål"*, jf. Valencia-avgjørelsen premiss 91. Dette formålet er som nevnt ikke å anskaffe et bygge- og anleggsarbeid til det offentlige, men utbyggingen i privat regi. Det vises for øvrig til omtalen av avtaler om arealanvendelse i generaladvokatens uttalelse i samme sak, premiss 68 flg. Dette taler klart for at avtalen ikke kan klassifiseres som en *"offentlige kontrakt[...] om [...] utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*, jf. forskriften § 1-3.
- (38) Som nevnt over, gjelder det en rekke begrensninger for utbyggingsavtaler i plan- og bygningsloven og tilhørende forskrifter. Så lenge utbyggingsavtaler ikke går utover det som tillates etter disse reglene, vil slike avtaler normalt falle utenfor regelverket om offentlige anskaffelser. Det kan imidlertid ikke utelukkes at dette vil kunne stille seg annerledes. Dette vil for eksempel kunne gjelde der kommunen har stilt vilkår om tiltak som er særlig omfattende, eller der tiltakene har en svakere tilknytning til prosjektet utbyggingsavtalen knytter seg til. I foreliggende sak er det imidlertid ikke holdepunkter for at avtalen er av en slik karakter. Den fremstår heller ikke som en omgåelse av

regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagedes økonomiske bidrag på 50 % av kostnadene for arbeidene med bro og støttemur, utgjør en forholdsmessig svært liten del av de samlede kostnadene for utbyggingen av infrastruktur i planområdet. Nemnda er på denne bakgrunn kommet til at avtalen ikke må klassifiseres som en "*offentlig[...]* kontrakt[...] *om [...] utførelse av bygge- og anleggsarbeider*", jf. forskriften § 1-3.

- (39) Klager har riktignok hevdet at innklagedes endelige betaling mest sannsynlig har oversteget denne andelen, fordi kostnadene ble mindre enn forutsatt. Dette er ikke tilfredsstillende dokumentert, jf. også premissene (7) - (9) ovenfor, og overskridelsene er i så tilfelle forholdsvis beskjedne.
- (40) Innklagede har ikke gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelsen av utbyggingsavtalen med AS Ferdighus.

***Konklusjon:***

Lenvik kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelsen av utbyggingsavtalen med AS Ferdighus.

Bergen, 2. juni 2014  
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl