

Juss for det offentlige





Eurojuris Norge AS er en sammenslutning av 17 selvstendige advokatfirmaer spredt over hele landet. Våre advokater bistår næringslivet, organisasjoner, det offentlige og privatpersoner med alle typer juridiske tjenester

Advokatfirmaene i Eurojuris Norge har en sterk lokal forankring og god lokalkunnskap, og de er ledende firmaer innen sine regioner. Eurojuris Norge er dessuten tilsluttet Eurojuris International, Europas ledende uavhengige nettverk av advokatfirmaer.

Ved utgivelsene av Eurojuris Informerer ønsker vi å dele vår kunnskap om relevante og praktiske temaer på ulike rettsområder. Denne gangen byr vi på artikler som omhandler offentlig forvaltning og rammene for deres arbeid.

Staten, fylkeskommuner og kommuner forvalter fellesskapets verdier. Den overordnede disponeringen og prioriteringen er under demokratisk kontroll ved at folkevalgte vedtar budsjetter og planer. Det er så de administrative ressursene i forvaltningsorganene som disponerer og saksbehandler. Forvaltningsutøvelsen skal påse at byrder og goder fordeles rettferdig og etter forutsigbare og åpne prosesser. Saksbehandlingsreglene gir partsrettigheter, innsynsmuligheter, begrunnelsesplikt og klagerett. Systemets autoritet og legitimitet er avhengig av tillit fra borgerne.

Et godt samspill mellom private initiativ og det offentlige skaper verdier og er en viktig del av samfunnsutviklingen. Forutsetningen er en gjensidig forståelse for roller og oppgaver. Advokater har i all tid arbeidet som rådgivere, både for det offentlige og for de private, i spillet for å finne gode og presise løsninger.

I dette heftet viser vi frem kompetansen til noen av de dyktige advokatene tilknyttet vårt nettverk. I Eurojuris Norge har vi mange advokater med særskilt høy kompetanse som rådgivere hvor forvaltningen er part, samarbeidspartner eller motpart. De rådgir og bistår ulike parter i mangfoldet av sakstyper og problemstillinger. Gjennom deres arbeid høstes erfaringer som deles i nettverket, og som benyttes til ytterligere å øke kvaliteten på våre tjenester. Vi håper tekstene skaper forståelse og kommer til nytte. Ved spørsmål til artiklene eller annet kan advokatene i Eurojuris Norge selsagt kontaktes for mer informasjon.

God lesing!

Bjarte Røyrvik
Styreleder i Eurojuris Norge AS

Besøk vår hjemmeside
www.eurojuris.no

Utgivelsesdato: April 2022

Innhold

	Side
Hvordan gjennomføre en god anskaffelse, lovlig og effektivt? <i>Advokatfullmektig Stina Sel</i>	4
Grønne offentlige anskaffelser – et sentralt virkemiddel for å nå Norges klima- og miljømål <i>Advokat Karoline Nilsson Hollund</i>	14
Forslag om endringer i reglene om utbyggingsavtaler <i>Partner/advokat (H) Gro Hamre</i>	24
Kjøp av juridiske tjenester – dynamiske innkjøpsavtaler som alternativ til rammeavtaler <i>Advokatfullmektig Thomas Lynum</i>	32
Kommunalt erstatningsansvar ved bygging i skredutsatte områder <i>Partner/advokat Øystein Vartdal Riise</i>	40
Unntaket for leiekontrakter i anskaffelsesregelverket i lys av Wiener Wohnen-dommen <i>Advokatfullmektig Christina Røvær</i>	48
Stiegler Advokatfirma	55



Stina Sel er advokatfullmektig i Projure Advokatfirma AS i Stavanger, og hun er tilknyttet faggruppen for fast eiendom. Stina har lang erfaring fra offentlig anskaffelse og entrepriserett fra tidligere stillinger. De siste årene har hun jobbet med anskaffelser tilknyttet bygg og anlegg, samt oppfølging og tvisteløsning tilknyttet bygge- og entreprisekontrakter.

Hvordan gjennomføre en god anskaffelse, lovlig og effektivt?

Av advokatfullmektig Stina Sel
stina.sel@projure.no

Det offentlige inngår kontrakter med verdi på om lag 600 milliarder kroner årlig. Dette gjør offentlige anskaffelser til et relevant og viktig rettsområde.

TI PRAKTISKE TIPS FOR Å KOMME VELBERGET I MÅL MED EN GOD ANSKAFFELSE

Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når offentlige aktører skal inngå avtale om kjøp av varer, tjenester eller bygge- og anleggskontrakter, samt gjennomfører plan- og designkonkurranser, og verdien overstiger 100 000 kroner.

Det offentlige inngår kontrakter med verdi på om lag 600 milliarder kroner årlig. Dette gjør offentlige anskaffelser til et relevant og viktig rettsområde. Mange offentlige aktører finner det vanskelig og tidkrevende å gjennomføre gode

anskaffelser. Konkurransetsetting omtales ofte som et nødvendig onde, fremfor et verktøy for å inngå gode kontrakter. I 2016 ble anskaffelsesregelverket forenklet, men fremdeles er det flere oppdragsgivere som strever med å gjennomføre anskaffelser som både oppleves gode, treffende og effektive.

Når store og viktige innkjøp skal anskaffes, skal ikke nødvendigvis anskaffelsen være rask og enkel. Det tar tid og ressurser å utforme en god konkurranse. Konkurranses grunnlaget med vedlegg utgjør sammen med leverandørs tilbud kontraktsdokumentene. Godt forarbeid i forkant

Brukes feil del av regelverket, utgjør dette en risiko for oppdragsgiver, som i verste fall kan resultere i en ulovlig direkteanskaffelse.

av konkurransen er da avgjørende for å oppnå en god kontrakt.

Nedenfor følger ti enkle råd og tips alle som forvalter regelverket kan dra nytte av:

I. HVILKEN DEL AV REGELVERKET SKAL BENYTTES?

Anskaffelsesforskriften er inndelt i ulike deler, med ulike regelsett og krav til konkurransen. Hva som skal anskaffes, og verdien av dette, avgjør hvilken del av regelverket som kommer til anvendelse, jf. anskaffelsesforskriften kapittel 5. Anskaffelser med lav verdi gir færre og enklere krav til konkurransen, med desto større handlingsrom for oppdragsgiver. Større anskaffelser, med høyere verdi, gir flere og mer detaljerte krav til anskaffelsesprosessen og et mindre handlingsrom for oppdragsgiver.

Det vil være avgjørende å fastsette anskaffelsens verdi, for å kunne bruke riktig regelsett. Det er den *anslåtte* verdi som skal legges til grunn, og det bør foretas en tilstrekkelig god vurdering av anskaffelsens omfang og verdi. Det er i det offentlige interesse å benytte riktig del av regelverket. Arbeidsmengden her trenger ikke være omfattende, men man må ha et bevisst forhold til verddivurderinger. Brukes feil del av regelverket, utgjør dette en risiko for oppdragsgiver, som i verste fall kan resultere i en ulovlig direkteanskaffelse.

Det bør alt nå vurderes hvilke kontraktsregler som skal legges til grunn. Dette er tett knyttet til hva som skal anskaffes og hvordan. Skal det benyttes egne standardavtaler, Norsk Standard (NS), statens standardavtaler eller andre standardavtaler? Dette kan selvsagt justeres underveis i prosessen, men en bevissthet tidlig i prosessen vil være positivt for det videre arbeidet.

2. RIKTIG Plassering av KVALIFIKASJONSKRAV, KRAV OG TILDELINGSKRITERIER

Konkurranses grunnlaget med vedlegg inneholder en rekke ulike krav, både til leverandør, tilbudet og den kommende leveransen. Det er viktig å plassere disse kravene riktig i konkurransen, og påse at disse både passer sammen og er tilpasset anskaffelsen som skal gjennomføres.

2.1 Kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er krav som stilles til leverandør for å kunne delta i konkurransen. Hvor strenge krav som skal stilles til leverandøren, avgjøres blant annet av hvordan man bygger opp konkurransen, anskaffelsens verdi, hvor sensitiv leveransen er, og vanskelighetsgraden av leveringen. Levering av standardprodukter eller varer som ikke er kritiske for oppdragsgiver, bør tilsi åpnere konkurranser og lavere terskel for å kunne inngi tilbud. Ved gjennomføring av komplekse anskaffelser eller



svært kritiske leveranser, bør det stilles strengere krav til leverandør.

Kvalifikasjonskrav vil også kunne benyttes for å stimulere ulike markeder. Ønsker man å gi små, mellomstore eller nystartede bedrifter anledning til å delta, må kvalifikasjonskravene utformes for å ta hensyn til dette.

Prekvalifisering vil være effektivt i store og komplekse anskaffelser, og benyttes ofte i forbindelse med bygge- og anleggskontrakter. Det er kun de prekvalifiserte tilbyderne som

gis anledning til å inngi tilbud. Dette er en form for begrenset konkurranse, som medfører at oppdragsgiver får færre tilbud å evaluere. Tilbyder vet ved innlevering av tilbudet at han er en av et gitt antall tilbydere som er prekvalifisert.

2.2 Krav

Krav knyttes til selve leveransen – det vil si det som skal leveres i kontrakten. Oppgis kravene som absolutte minstekrav, vil selv mindre avvik fra kravet medføre plikt til avvisning av hele tilbudet. Vær dermed nøye med bruk og formulering av krav. Det er viktig å ha et

Det kan være en fordel for oppdragsgiver å utarbeide konkurranser som beskriver hvilke behov som skal dekkes, og la markedet selv beskrive løsningen.

bevisst forhold til hvilke konsekvenser utforming av kravene gir. I verste fall må det antatt beste tilbudet avvises, på grunn av krav som i ettertiden fremstår lite hensiktsmessige.

2.3 Tildelingskriterier

Anskaffelsesforskriften § 8-11 og kapittel 18 omhandler tildelingskriterier for del II og del III. Bestemmelsene sier hvilke tildelingskriterier som kan benyttes, og hvordan disse skal utformes. Innkjøpers handlingsrom ved utforming av tildelingskriteriene er derimot stort. Tildelingskriteriet benyttes for å avgjøre hvilket tilbud som er det beste.

Å utforme et godt tildelingskriterium er en kunst og bør vies tilstrekkelig oppmerksomhet i arbeidet med konkurransen. Oppdragsgiver bør sette av nok tid og ressurser til å utforme tildelingskriterier som er tilpasset den enkelte konkurranse, og må unngå klipp og lim fra tidligere konkurranser.

3. AVKLARING AV BEHOV – HVA SKAL ANSKAFFES. PLASSERING AV ANSVAR FOR BESTILLING.

I forbindelse med kjøp av større vare- og tjenestekontrakter settes det ofte ned et brukerutvalg sammen med innkjøper. Dersom innkjøper ikke er jurist, bør denne rollen ha tilgang til nødvendig støtte fra annen jurist eller advokat. Brukerutvalget bør bestå av

representanter for dem som skal benytte varene og tjenestene som anskaffes. Det samme gjøres innen bygg og anlegg, da gjerne representert ved prosjektleder.

Innkjøper bistår i selve anskaffelsesprosessen. Denne rollen skal påse at anskaffelsesreglene følges, og benyttes for å få på plass et ønsket produkt ved at valg av prosesser, krav og løsninger er i tråd med behov og bestilling. For å oppnå ønsket resultat er det viktig at innkjøper involveres tilstrekkelig tidlig i innkjøpsprosessen. Valg av innkjøpsstrategi må tas tidlig i prosessen, før de andre dokumentene utformes. Innkjøpsstrategien skal si noe om de overordnede valgene for anskaffelsen, hva som anses viktig og andre formål som skal hensyntas i prosessen. Justeringer og endringer kan selvsagt gjøres underveis for å nå strategiens mål.

Brukerutvalget eller prosjektleder har det faglige ansvaret for anskaffelsen og bestillingen som ligger i dette. Det er de som skal benytte varen eller tjenesten, og de må være sitt ansvar bevisst. En god beskrivelse av behovet er gull verdt for å oppnå en vellykket anskaffelse. Tilstrekkelig med tid, ressurser og oppmerksomhet må dermed avsettes til dette arbeidet. Behovsvurderingen bør være nøye og nøktern ved å angi de ønsker, behov og det budsjett som ligger til grunn for anskaffelsen.



4. FORARBEID OG DIALOG MED MARKEDET

I prosessen med å avklare behovet bør det gjennomføres undersøkelser av markedet, og hvilke løsninger og muligheter som foreligger. Endringer kan ha skjedd siden forrige konkurranse eller kontrakt ble utarbeidet. Det kan være en fordel for oppdragsgiver å utarbeide konkurranser som beskriver hvilke behov som skal dekkes, og la markedet selv beskrive løsningen. På denne måten dekkes behovet, og man får tilgang til de beste løsningene på markedet.

Skal det offentlige selv beskrive løsning og produkt i detalj, må man være fullt ut oppdatert for å unngå å etterspørre gamle løsninger.

Markedsdialog kan være en effektiv og enkel måte å innhente opplysninger på. Videre vil markedsdialog kunne bidra til å nå mer politiske målsetninger, ved å varsle markedet om hvilke behov, ønsker og visjoner oppdragsgiver har. Det grønne skiftet, klima og bærekraft er her praktiske eksempler. Dialog med markedet

vil også være viktig for å få innspill og tips til konkurransens utforming, metodevalg og annet direkte fra leverandørene. Etter utlysning av konkurransen kan markedet ikke komme med innspill til forbedringer av konkurransen.

Ofta er det små justeringer eller endringer som skal til for å få bedre anskaffelser. Selv små justeringer vil kunne anses vesentlige ut fra et konkurranseperspektiv. Det er ikke anledning til å foreta vesentlige endringer etter publisering, da dette vil medføre brudd på anskaffelsesregelverket.

5. VALG AV KONKURRANSEFORM – DPS (Dynamisk innkjøpsordning), rammeavtaler, parallelle rammeavtaler, enkel anskaffelse

Det finnes en rekke ulike konkurranseformer, som alle har sine sterke og svake sider. Hvilke behov som skal dekkes, brukergruppen, anskaffelsens omfang og volum, tidshorisonten, markedet og leveransens kompleksitet vil være med på å avgjøre hvilken konkurranseform man bør velge.

Oppdragsgiver bærer risikoen for feil knyttet til konkurransegrunnlaget med vedlegg.

Det viktigste er likevel en bevisst og faglig vurdering, fremfor en ukritisk gjenbruk av forrige konkurranse. Det «enkle» er ikke alltid det beste innen offentlig anskaffelse.

6. UTFORMING AV KONKURRANSEGRUNNLAG MED VEDLEGG

Når behovet er avklart, og markedsundersøkelse og/eller markedsdialog er gjennomført, gjenstår utarbeidelse og ferdigstilling av konkurranse-dokumentene – ofte omtalt som konkurransegrunnlag med vedlegg.

Det finnes en rekke ulike måter å bygge opp en konkurranse på innad i de ulike konkurransegrunnlagene (KGV). Dokumentene bør likefullt være enkle å finne frem i, og gjerne delt i ulike dokumenter med ulike tema, for eksempel egne dokumenter for konkurranseregler, kravspesifikasjon som beskriver bestillingen, tegninger, tekniske tegninger, kart, prisskjema (for entrepriser og større anskaffelser) og avtaledokument, herunder egne dokumenter om endring/tillegg ved bruk av NS-kontrakter.

Konkurransegrunnlaget med vedlegg vil (sammen med leverandørs tilbud) utgjøre kontrakten og da selve bestillingen. Konkurransedokumentene må være ferdigstilt og i orden ved publisering.

Det er hjemmel i anskaffelsesforskriften kapittel 28 til å foreta visse endringer, men det er kun endringer som ikke er vesentlige, man kan foreta.

Den klare hovedregel er at avtalen består av konkurransens dokumenter og vinnerens tilbud – uten videre endringer eller justeringer.

7. GJENNOMFØRING AV KONKURRANSEN

Etter at konkurransegrunnlaget med vedlegg er ferdigstilt, skal konkurransen publiseres på Doffin (og TED for del III-konkurranser). Dette skjer via den valgte KGV-løsning.

Leverandører kan stille spørsmål til den publiserte konkurransen. Det varierer hvor mange og hvor omfattende spørsmål som kommer inn. Dersom det kommer inn svært mange spørsmål, kan dette tyde på at konkurransedokumentene ikke er tilstrekkelig klare, inneholder feil eller fremstår lite gunstige for leverandør.

Påpekes det feil i konkurransedokumentene med vedlegg, skal disse rettes ved versjonsendring i valgt KGV. Oppdages feil i vedlegg (tegninger, kart el.), bør disse oppdateres og dokument med feil fjernes. I praksis velger ofte oppdragsgiver å laste opp de oppdaterte dokumentene, uten å fjerne dokument med feil. Dette blir gjerne rotete, og feil kan oppstå. Oppdragsgiver bærer risikoen for feil knyttet til konkurransegrunnlaget med vedlegg. Det er derfor viktig å foreta den nødvendige ryddejobben.

Svar på spørsmålene som kommer inn, bør resultere i et eget spørsmål- og svardokument,



også kalt Q&A. Det faglige ansvaret for å besvare spørsmålene ligger hos brukertvalg/bestiller. Det er viktig å være bevisst sine svar, slik at svarene ikke står i motstrid til andre krav eller dokumenter i konkurransen. Svar derfor kort og konsist på spørsmålet, men påse at spørsmål blir besvart raskt. Sjekk at svaret er riktig, og at det ikke endrer eller får innvirkninger på andre dokumenter i konkurransen. Q&A-dokumentet skal inntas i kontrakten.

Etter utløp av innleveringsfristen, evalueres tilbudene. Oppdragsgiver må innhente og sjekke oppfyllelse av kvalifikasjonskrav før tildeling, men det er kun krav om å sjekke vinneren. Oppdragsgiver velger selv når denne dokumentasjonen skal innhentes. Noen ganger

er det hensiktsmessig å sjekke dette før evalueringsarbeidet startes.

Tilbudene skal evalueres i tråd med oppgitte tildelingskriterier. Her kan det ikke foretas endringer, og man er prisgitt det arbeid som ble gjort før publisering. Gode tildelingskriterier gir et tilstrekkelig handlingsrom for oppdragsgiver for å rangere tilbudene som er kommet inn. Samtidig skal kriteriene være tydelige og klare slik at tilbyder forstår hvordan evalueringen er gjennomført, og kan etterprøve evalueringen.

Etter evaluering skal tildeling foretas og karenstid settes. Karenstiden er ti dager for del III-an-skaffelser, mens den for del I- og II-konkurranser skal være rimelig tid. Formålet



er at leverandørene i denne perioden skal ha tilstrekkelig tid til å vurdere tildelingen og påse at denne er i tråd med konkurransen. Karenstiden kan benyttes til å be om innsyn, og utvidet tilbakemelding fra leverandør. Frem til dette har dokumentene i saken vært unntatt offentlighet.

En eventuell klage bør behandles før kontrakt signeres. Dette gir lavest risiko for oppdragsgiver. Unntak foreligger selvsagt, som når klagen er klart ubegrunnet, eller når leveransen haster. Det er likefullt god forvaltningsskikk å besvare klagen før kontrakt signeres.

Kontrakten består av konkurransegrunnlag med vedlegg, spørsmål og svar samt tilbyders tilbud. En avtaleforside/blankett bør benyttes. Gjennomføres det avklarings- eller oppstartsmøter skal referat vedlegges kontrakten. For del III-konkurranser er det ikke anledning til å gjennomføre forhandlinger, og avklarings- og oppstartsmøter skal ikke åpne opp for endringer eller forhandlinger rundt kontrakten.

8. INNSYN OG EVALUERING AV KONKURRANSEGENNOMFØRINGEN

Det koster tid, penger og ressurser både å gjennomføre og å delta i konkurranser. Det er viktig å søke forbedring i anbudsprosessene, for alle parter i prosessen. En evaluering av den gjennomførte konkurransen bør foretas, både internt og eksternt. Arbeidet trenger ikke være

omfattende, men det krever et bevisst forhold til anskaffelsesprosessen som virkemiddel for bedre kontrakter. Forbedringen av prosessen bør stå sentralt.

Konkurranser bør sjelden kopieres eller gjenbrukes uten tilpasninger. Gode maler og dokumentstruktur bør derimot utarbeides og brukes, for mest mulig effektive prosesser.

Deltakere i konkurransen ber ofte om *innsyn* etter en kontraktstildeling. Dette er det hjemmel til etter offentleglova § 3 og forvaltningsloven § 18. Rett til innsyn begrunnes med behov for åpenhet og for å kontrollere det offentliges avgjørelse, ved å kunne påse at konkurransen er gjennomført og evaluert i tråd med utlysningen og anskaffelsesregelverket. Ønsket om forbedring av tilbud og læring til kommende konkurranser er ofte leverandørs begrunnelse av innsynsbe-
gjæringen.

Oppdragsgiver skal gi innsyn i alle sakens dokumenter, uansett formål, men har samtidig plikt til å unnta taushetsbelagt informasjon og har rett til å unnta interne arbeidsdokument, jf. forvaltningsloven. Oftest er det nettopp denne typen informasjon som er mest interessant for leverandør. For å møte dette behovet hos leverandør, kan et møte mellom partene etter tildelingen være effektivt. Her kan oppdragsgiver friere uttale seg og forklare sin evaluering og de avgjørelsene som

Anskaffelser hos andre enn valgt aktør vil kunne være å anse som ulovlige direkteanskaffelser, noe som innebærer risiko for oppdragsgiver – og et økonomisk tap for valgt leverandør.

foreligger, uten å utgi taushetsbelagt informasjon. Leverandør vil i større grad få dekket sitt behov, enn ved å motta en rekke mer eller mindre sladdede tilbudsdokument. Leverandør kan i slike møter også gi sine innspill til oppdragsgiver, slik at også fremtidige konkurranser kan forbedres.

9. KONTRAKTSOPPFØLGNING

Konkurransens dokumenter utgjør kontrakten, og da videre hva som skal bestilles. Det er unntaksvis mulighet for endringer etter anskaffelsesforskriftens kapittel 28.

I praksis er det viktig å påse at avtalene benyttes, slik at handelslekkasje unngås. Anskaffelser hos andre enn valgt aktør vil kunne være å anse som ulovlige direkteanskaffelser, noe som innebærer risiko for oppdragsgiver – og et økonomisk tap for valgt leverandør. Oppdragsgiver skal respektere og følge de avtaler som er inngått, og leverandør skal levere i henhold til tilbudet sitt.

10. FORBEREDELSE TIL NY KONKURRANSE

Markedet endres stadig, med nye produkter, krav til produksjon eller andre forhold oppdragsgiver må forholde seg til ved kommende konkurranser. Det er viktig både for leverandør og oppdragsgiver å holde seg oppdatert i avtaleperiodene.

Innen anskaffelsesregelverket kommer det videre endringer og presiseringer fra både KOFA, rettspraksis og EU-domstolen. Dette vil igjen påvirke hvordan kommende konkurranser og avtaler skal gjennomføres og utformes, og hvilket handlingsrom oppdragsgiver har. Dersom oppdragsgiver ikke er oppdatert, men benytter gamle konkurransegrunnlag eller dokumenter, kan det få uheldige konsekvenser. I verste tilfelle kan dette medføre at konkurransen inneholder så store feil at det foreligger brudd på regelverket. Kjøp etter en slik konkurranse vil kunne anses som en ulovlig direkteanskaffelse med den risiko som dette medfører.



Karoline Nilsson Hollund er advokat i Svensson Nøkleby Advokatfirma i Drammen. Hun arbeider særlig med offentlige anskaffelser, konkurranserett, kontraktsrett, handelsrett og generell forretningsjuridisk rådgivning. Hun har erfaring fra en rekke sektorer og bransjer, som varehandel, mat og næringsmidler, transport, helse og legemidler, energi, avfall og bygg og anlegg.

Grønne offentlige anskaffelser – et sentralt virkemiddel for å nå Norges klima- og miljømål

Av advokat Karoline Nilsson Hollund
knilssonhollund@eurojuris.no

Offentlig sektor kjøper årlig varer og tjenester for nærmere 600 milliarder kroner. Klimafotavtrykket fra offentlige anskaffelser i Norge ligger årlig på ca. 11 millioner tonn CO₂. I 2017 utgjorde dette 16 % av Norges totale klimafotavtrykk.

Dette betyr at offentlige anskaffelser har stort potensiale for å være et viktig verktøy i kampen om å nå klima- og miljømål. Utfordringen ligger i hvordan anskaffelser kan gjennomføres på en mer klima- og miljøvennlig måte.

I. KLIMAUTFORDRINGEN

I august 2021 publiserte FN's klimapanel en rapport, skrevet av 234 forskere fra 66 land, som FN's generalsekretær António Guterres beskriver som «kode rød for menneskeheten».

Klimaendringene går raskere og blir mer intense samtidig som noen av trendene er irreversible ifølge rapporten fra FN's klimapanel. Parisavtalens hovedmål om å holde den globale oppvarmingen under 1,5 grader celsius er ifølge rapporten i ferd med å ryke.

Generalsekretæren har uttalt at bevisene er entydige – klimagassutslipp fra forbrenning av fossilt brensel og avskoging kveler planeten vår og setter milliarder av mennesker i umiddelbar fare. Videre uttaler han at dersom vi går sammen nå, kan vi avverge en klimakatastrofe, men som dagens rapport tydeliggjør er det ikke tid til hverken forsinkelser eller unnskyldninger.

Det offentlige har et stort potensiale til å påvirke næringslivet til satsing på klima- og miljøvennlige løsninger. Spørsmålet er hvordan dette best gjøres.



Det har de siste årene vært en vedvarende politisk støtte til mer grønne anskaffelser i Norge. I statsbudsjettet for 2022 foreslår regjeringen flere tiltak for å sette fart på omstillingen mot et grønnere samfunn. Den foreslår blant annet en betydelig satsing på klimavennlige transportløsninger og stiller krav til null- eller lavutslippsløsninger ved utlysning av nye riksveiferjeanbud, der det ligger til rette for det.

2. STORT POTENSIALE

Riksrevisjonen har undersøkt i hvilken grad offentlige oppdragsgivere innretter anskaffelsespraksisen slik at den bidrar til å redusere

skadelig miljøpåvirkning og fremmer klimavennlige løsninger slik Stortinget har forutsatt. Undersøkelsen ble publisert 3. februar 2022 i rapporten «Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser» – Dokument 3:5 (2021-2022).

I rapporten trekker Riksrevisjonen disse konklusjonene:

- Offentlige oppdragsgiveres anskaffelsespraksis bidrar ikke i stor nok grad til å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger.
- Mange offentlige oppdragsgivere mangler

en helhetlig tilnærming for å ivareta klima- og miljøhensyn i anskaffelser.

- Det er utarbeidet omfattende veiledningsmaterieil om grønne offentlige anskaffelser; men det er behov for å gjøre det mer brukervennlig og kjent.
- Det mangler statistikk og styringsinformasjon om status for grønne offentlige anskaffelser.
- Arbeidet med grønne offentlige anskaffelser krever god koordinering mellom ansvarlige departementer.

3. STANDARDISERTE MINIMUMSKRAV

Regjeringen har i kjølevannet av kritikken fra Riksrevisjonen uttalt at det kan komme standardiserte minimumskrav for å øke andelen grønne anskaffelser.

Den 7. februar 2021 stilte Miljøpartiet De Grønne ved stortingsrepresentant Une Bastholm spørsmål om hvilke konkrete endringer klima- og miljøministeren vil foreta seg for å gjøre offentlige innkjøp mer bærekraftige. Næringsminister Jan Christian Vestre svarte den 14. februar 2022 at det kan være hensiktsmessig å etablere sentralt fastsatte, standardiserte

Vi har allerede eksempler på at offentlige anskaffelser har bidratt til å endre hele markeder, få frem klimavennlige og innovative løsninger og på den måten påvirket næringslivet til satsing på klimaløsninger.



minimumskrav på prioriterte innkjøps kategorier. Standardiserte minimumskrav vil kunne egne seg for innkjøps kategorier der markedene er modne og hvor det er behov for at offentlige oppdragsgivere drar i samme retning for å oppnå klima- og miljømål.

Videre viser statsråden til regjeringens politikk for offentlige anskaffelser slik den er formulert i Hurdalsplattformen. Plattformen inneholder en rekke punkter om offentlige anskaffelser som samlet er et uttrykk for at regjeringen ønsker å føre en aktiv og målrettet politikk for bruk av

offentlige anskaffelser i arbeidet for å nå klima- og miljømålene.

Han uttaler videre at regjeringen vurderer hvordan det er hensiktsmessig å endre regelverk og praksis for offentlige anskaffelser slik at det støtter klima- og miljømålene.

4. HVORFOR ER KLIMA OG MILJØ VIKTIG I ANSKAFFELSER?


Det faktum at det offentlige kjøper inn varer og tjenester for nærmere 600 milliarder kroner årlig (ca. 17 % av BNP), og har et klimafotavtrykk

på ca. 11 millioner tonn CO₂ per år (16 % av Norges totale klimafotavtrykk), innebærer at vektleggingen av klima og miljø i offentlige anskaffelser vil ha stor betydning for å løse klima- og miljøutfordringene. Det offentlige har et stort potensiale til å påvirke næringslivet til satsing på klima- og miljøvennlige løsninger. Spørsmålet er hvordan dette best gjøres.

Temaet er komplekst, og det finnes ikke et enkelt svar på hvordan oppdragsgiver kan gjennomføre sine anskaffelser på en mer klima- og miljøvennlig måte. Erfaring viser imidlertid at mulighetene er mange, og potensialet er stort.

Vi har allerede eksempler på at offentlige anskaffelser har bidratt til å endre hele markeder, få frem klimavennlige og innovative løsninger og på den måten har påvirket næringslivet til satsing på klimaløsninger. Et eksempel her er utslippsfrie maritime løsninger; hvor Norge er verdensledende. Krav til nullutslipp, miljøvekting og miljøbonus i fergebud har endret hele maritimbransjen.

I denne artikkelen skal vi se nærmere på hvilke plikter oppdragsgiver har til å hensynta klima og miljø etter lov og forskrift, hvordan plikten bør følges opp, og hvilke virkemidler oppdragsgiver har.



For å skape forutberegnelighet og gi incentiver til markedet bør virksomhetens anskaffelsesstrategi kommuniseres til markedet.

5. OPPDRAGSGIVERS PLIKTER

Anskaffelsesloven § 5 er en overordnet klima- og miljøbestemmelse. Bestemmelsen stiller krav til at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal «*innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant*».

Videre stiller anskaffelsesforskriften § 7-9 krav om at oppdragsgiver «*skal legge vekt på å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger*» ved sine anskaffelser og «*kan stille miljøkrav og kriterier i alle trinn*

av anskaffelsesprosessen der det er relevant og knyttet til leveransen». Der miljø brukes som tildelingskriterium, «*bør det som hovedregel vekt minimum 30 prosent*».

Bestemmelsene innebærer at oppdragsgiveren må gå gjennom sin anskaffelsespraksis og få en oversikt over hvor de største miljøbelastningene er, og hvordan de mest hensiktsmessig kan reduseres. Det må utarbeides overordnede rutiner eller retningslinjer for hvordan klima- og miljøhensyn skal ivaretas, og retningslinjene må gjenspeiles i de enkelte anskaffelsene.

6. GRØNNE INNKJØP SOM DEL AV ANSKAFFELSESSTRATEGIEN

Den rettslige kontrollen av om oppdragsgiver har overholdt de pliktene som følger av lov og forskrift, vil ta utgangspunkt i oppdragsgivers anskaffelsesstrategi eller -rutiner og om disse er fulgt opp i den enkelte anskaffelse. Plikten retter seg mot oppdragsgiver på virksomhetsnivå.

Dette innebærer at oppdragsgiver må ha en skriftlig anskaffelsesstrategi, som er forankret på ledelsesnivå, hvor alle anskaffelser gjennomgås med sikte på å finne ut hvilken miljøbelastning anskaffelsene medfører. Hvilke anskaffelser utgjør

en vesentlig miljøbelastning, og hvordan kan miljøbelastningen mest hensiktsmessig reduseres – i hvilke anskaffelser er det relevant å stille miljøkrav/-kriterier?

Videre bør utvalgte grunnprinsipper tilpasset virksomheten defineres, for eksempel utslippsfri byggeplass, nullutslippskjøretøy eller lignende.

For å skape forutberegnelighet og gi incentiver til markedet bør virksomhetens anskaffelsesstrategi kommuniseres til markedet.

7. VIRKEMIDLER

7.1 Er innkjøpet nødvendig?

Miljø kan hensyntas på ulike måter og på ulike stadier i en anskaffelse – som kvalifikasjonskrav for å kunne delta i konkurransen, minimumskrav i kravspesifikasjonen, tildelingskriterium eller som et kontraktskrav.

Før oppdragsgiver skal planlegge hvordan den aktuelle anskaffelsen kan gjennomføres på en klima- og miljøvennlig måte, bør det stilles spørsmål ved om innkjøpet er nødvendig eller kan reduseres, utsettes eller avlyses, om materialer eller ressurser kan gjenbrukes, repareres eller oppgraderes i stedet for å kjøpes nytt, og om leie fremfor eie er et alternativ.

Dette handler om at samfunnet må bevege seg over i en sirkulær økonomi, det vil si en økonomi hvor vi forvalter ressursene på en slik måte at vi forebygger at avfall oppstår, i stedet for en økonomi hvor vi utvinner ressurser, produserer, forbruker og kaster.

Dersom innkjøpet er nødvendig, bør oppdragsgiver utnytte sin påvirkningskraft på klima og miljø ved å gi uttelling til leverandører som tilbyr klimavennlige løsninger. Men hvordan gjøres dette best mulig? Uansett hvordan klima og miljø hensyntas er fellesnevneren for suksess at oppdragsgiver setter av tid og ressurser til forarbeid.

7.2 Forarbeid – markedsundersøkelser

Det er viktig å forstå den aktuelle bransjen og markedet for å kunne stille egnede krav til klima og miljø. Det første steget i alle anskaffelsesprosesser bør derfor være analyser og eventuelt markedsdialog.

Dialog med markedet kan gjennomføres som én til én møter mellom oppdragsgiver og potensielle leverandører, som fellesmøte/

leverandørkonferanse eller som veiledende kunngjøring på Doffin hvor potensielle leverandører kan gi sine tilbakemeldinger på et foreløpig utarbeidet konkurransegrunnlag. Formålet er å få informasjon om hvor leverandørene står med hensyn til klima- og miljøvennlige løsninger – hva markedet er «modent» for – for på den måten å kunne stille konkrete, ambisiøse og realistiske krav/kriterier til klima og miljø i anskaffelsen.

Et praktisk eksempel fra transportintensive vare- og tjenesteanskaffelser, hentet fra Oslo kommunes metodikk, er å spørre aktuelle leverandører om de kan levere transporten med kjøretøy på elektrisitet, hydrogen eller biogass. Dersom tre eller flere leverandører sier ja, stilles det som minimumskrav. Dersom det er færre enn tre leverandører som sier ja, benyttes det som tildelingskriterium, eventuelt en kombinasjon av minimumskrav og tildelingskriterium.

Når oppdragsgiver har kartlagt behovet, brukerne og markedet, kan egnede klima- og miljøkrav og -kriterier oppsettes for den aktuelle anskaffelsen.

7.3 Tildelingskriterium

Klima og miljø som tildelingskriterium kan være hensiktsmessig der oppdragsgiver ønsker å premiere det mest miljøvennlige tilbudet der det ikke er hensiktsmessig å stille absolutte miljøkrav av hensyn til manglende konkurranse. Det vil si tilfellene hvor markedet ikke er «modent» for at miljø er en forutsetning for å delta i konkurransen (miljø som kvalifikasjonskrav eller absolutte krav i kravspesifikasjonen). Miljø som tildelingskriterium kan også stimulere til mer innovative og nye miljøvennlige løsninger.

Eksempel på miljø som tildelingskriterium kan være at leverandøren skal redegjøre for rutiner for bruk av miljøvennlig emballasje, gjenvinning og gjenbruk av emballasje, rutiner for å redusere

Samfunnet må bevege seg over i en sirkulær økonomi, det vil si en økonomi hvor vi forvalter ressursene på en slik måte at vi forebygger at avfall oppstår, i stedet for en økonomi hvor vi utvinner ressurser, produserer, forbruker og kaster.

behovet for transport (for eksempel effektiv lasting av kjøretøy). I hvilken grad leverandørene oppfyller tildelingskriteriene er basert på en skjønsmessig vurdering av tilbyders redegjørelse. Vurderingen tar utgangspunkt i kvaliteten på beskrivelsen og leverandørens ambisjonsnivå premieres.

7.4 Kvalifikasjonskrav, absolutt krav i kravspesifikasjonen og/eller kontraktskrav

Ved å stille miljø som et minstekrav i kravspesifikasjonen eller som et kvalifikasjonskrav, kan oppdragsgiver sikre at bare miljøvennlige tilbud eller leverandører får delta i konkurransen. En forutsetning for å gjøre dette er at markedet er «modent» for det, slik at kravet ikke fører til manglende konkurranse om anskaffelsen, eller fører til uforholdsmessig fordyrende løsninger. Det at tre eller flere leverandører potensielt kan levere, innebærer som utgangspunkt at oppdragsgiver sørger for at det ikke stilles strengere krav enn at det vil være konkurranse om anskaffelsen.

Dersom miljø inntas som kontraktskrav, er det viktig at disse er klart definerte i kontrakten. Videre bør det knyttes sanksjoner til tilfellet hvor leverandøren eventuelt bryter miljørettslige plikter og krav. Incentivordninger eller kontraktsvilkår som gir bonus dersom leverandøren

tilbyr eller utvikler mer klima- og miljøvennlige alternativer er også en god løsning for å oppnå større miljøgevinster.

8. OPPSUMMERT

For å overholde de plikter som følger av anskaffelsesregelverket når det gjelder klima og miljø, må oppdragsgiver ha en anskaffelsesstrategi som gjenspeiler hvilke anskaffelser som utgjør en vesentlig miljøbelastning, og hvordan miljøbelastningen mest hensiktsmessig kan reduseres. Dette vil endre seg i takt med utviklingen i markedene, og en anskaffelse som var miljøvennlig i går, er det kanskje ikke i dag. Det kreves derfor at anskaffelsesstrategien er et «levende dokument» som oppdateres i takt med utviklingen.

Hvilke krav og kriterier som er egnet for den aktuelle anskaffelse, beror på en konkret vurdering, hvor det er viktig at oppdragsgiver tar seg tid til forarbeid, for eksempel ved å gjennomføre markedsdialog.

Til slutt er det viktig å drive god kontraktsoppfølging, det vil si følge opp at krav i kontrakten overholdes i den perioden kontrakten gjelder. Det hjelper lite å stille krav til ytelsen dersom de ikke også oppfylles av leverandøren.

Forslag om endringer i reglene om utbyggingsavtaler

Av partner/advokat (H) Gro Hamre
gh@advtofte.no

Der områdemodellen blir brukt, vil den føre til at kommunene må innrette planarbeidet sitt på en annerledes – og muligens mer arbeidskrevende måte – enn dagens situasjon.

Sommeren 2021 sendte Kommunal- og moderniseringsdepartementet forslag til endringer i plan- og bygningsloven ut på høring. Høringsfristen utløp 1. november 2021.

Lovforslaget inneholder mange og til dels ulikeartede forslag til endringer i plan- og bygningsloven. Av særlig interesse er forslaget om å innføre en såkalt «områdemodell» som alternativ til bruken av dagens utbyggingsavtaler. Denne foreslåtte modellen tar sikte på å avhjelpe utfordringene med bruk av utbyggingsavtaler i såkalte «transformasjonsområder», ofte omtalt som fortettingsområder. Der områdemodellen

blir brukt, vil den føre til at kommunene må innrette planarbeidet sitt på en annerledes – og muligens mer arbeidskrevende måte – enn dagens situasjon.

Det er imidlertid ikke gitt at områdemodellen vil bli brukt i stor utstrekning utenfor de større byene. Det er nemlig foreslått at reglene om utbyggingsavtaler videreføres parallelt, og at disse benyttes der områdemodellen ikke passer. En bør likevel merke seg at det er foreslått presiseringer av vilkårene for inngåelse av utbyggingsavtaler i plan- og bygningslovens kapittel 17. Flere av høringsinstansene har ansett disse presiseringene



Gro Hamre er advokat og partner i Advokatfirma Tofte i Kristiansand. Hun har bred erfaring med plan- og bygningsrett. Hamre var medlem av Advokatforeningens lovutvalg for bygningsrett og reguleringssspørsmål i perioden 2014-2016. Hun fikk møterett for Høyesterett i 2013.



Områdemodellen er en form for utbyggingsavgift for private utbyggere som skal bidra til å finansiere nødvendig teknisk infrastruktur over større geografiske områder.

som faktisk innstramning av adgangen til å benytte utbyggingsavtaler. Nedenfor vil forslaget om bruk av såkalt områdemodell gjennomgås først, og deretter vil de foreslåtte presiseringene i reglene om utbyggingsavtaler diskuteres.

1. HVA INNEBÆRER OMRÅDEMODELLEN?

Områdemodellen er en form for utbyggingsavgift for private utbyggere som skal bidra til å finansiere nødvendig teknisk infrastruktur over større geografiske områder. Forslaget går ut på at det skal fastsettes en såkalt hensynssone.

I kommuneplanens arealdel kan det fastsettes at ett område blir avsatt som transformasjonsområde, og at dette kan bli omfattet av områdemodellen ved senere reguleringsplan.

Dersom modellen blir brukt i reguleringsplan, følger det av forslaget til ny plan- og bygningslov (pbl.) § 11-8 a femte ledd at detaljerte krav

må være oppfylt for at det lovlig skal kunne oppstå en betalingsforpliktelse for utbyggere. Selve betalingsforpliktelsen blir først utløst ved søknad om rammetillatelse, jf. forslaget til ny pbl. § 11-8 e. Nedenfor vil de sentrale elementene i forslaget om områdemodellen gjennomgås kort. Omfanget av denne artikkelen gir ikke anledning til en uttømmende gjennomgang, og lovforslaget inneholder en rekke detaljer og bestemmelser utover de som er nevnt.

2. SENTRALE ELEMENTER I OMRÅDEMODELLEN

2.1 Hva kan finansieres?

Det er et krav at bare såkalt teknisk infrastruktur kan finansieres. Dette reguleres i forslaget til ny pbl. § 11-8 a femte ledd jf. ny pbl. § 17-9 som oppstiller forbud mot sosial infrastruktur, som for eksempel skoler, barnehager, sykehjem eller tilsvarende tjenester som det offentlige skal skaffe til veie. I tillegg kreves det at betalingsforpliktelsen bare kan gjelde

infrastruktur som vil bli belastet av eiendommen, jf. ny pbl. § 11-8 b. Det oppstilles altså et krav om årsakssammenheng som ligner på dagens vilkår for utbyggingsavtaler.

2.2 Hvordan skal man gå frem?

Det må i reguleringsplanen gis detaljerte bestemmelser om type, omfang, kvalitet og standardnivå på infrastrukturen. Det må anslås hva dette vil koste og hvilken fordelingsnøkkel som skal benyttes for eiendommene i sonen. Videre må det opplyses om kostnadsrammene, eller fordeling av kostnadsbidragets størrelse, gjennom faste satser eller som en prosentvis andel av kostnadene, og justering av kostnadene over tid i tråd med kostnadsutviklingen for infrastrukturen. Bestemmelsene vedtatt etter pbl. § 11-8 a femte ledd vil kun være gyldige i 20 år. Etter dette må bestemmelsene revideres og vedtas på nytt dersom planen ikke er gjennomført.

I forslaget til ny pbl. § 11-8 b er det gitt nærmere bestemmelser om hvordan kostnaden skal beregnes og fordeles. Sentralt her er at kostnadsestimat skal utarbeides med ekstern sakkyndig bistand med mindre det er åpenbart unødvendig.

2.3 Krav ved planendringer

I tillegg til de kravene som er gjennomgått ovenfor, er det krav om å gjennomføre en ny fordeling av kostnadene dersom det gjøres en senere planendring som i vesentlig grad endrer forutsetningene for fordelingen av tidligere fastsatte kostnadsrammer eller betalingsforpliktelser jf. ny pbl. § 11-8 c. Denne bestemmelsen er nødvendig for at fordelingen av kostnadene skal bli rettfærdig. At man må fastsette en ny fordeling med det arbeid og de kostnader dette vil medføre, vil nok likevel føre til en viss tilbakeholdenhet med å endre vedtatte reguleringsplaner med områdemodell.



Dersom bidragene overstiger kostnadene til byggingen av infrastrukturen, har kommunen en plikt til å tilbakebetale slike bidrag til utbygger.

2.4 Avtale om naturaloppfyllelse

Det er i forslag til ny pbl. § 11-8 d bestemt at kommunen kan inngå avtale om bidrag i tilknytning til betalingsforpliktelsen. Her åpnes det for at utbygger, blant annet, kan avtale å yte naturalbidrag som hel- eller deloppfyllelse av betalingsforpliktelsen i områdemodellen. Dette kan for eksempel være opparbeiding av fortau tilknyttet eiendommen, idet utbygger gjerne ser seg tjent med at dette kommer på plass samtidig med byggingen. Denne avtalen skal ikke anses som tradisjonell utbyggingsavtale og kan bare inngås der områdemodellen er vedtatt.

2.5 Oppfyllelse av betalingsforpliktelsen og rettsvirkningene av dette

I forslaget til ny pbl. § 11-8 e er utgangspunktet at utbygger må innbetale kostnadsbidraget før det kan gis rammetillatelse. Det er imidlertid adgang til å utskyte fristen til det søkes om ferdigattest, men da må det stilles sikkerhet. Rettsvirkningen av oppfyllelse av betalingsforpliktelsen er at

eventuelle rekkefølgekrav om infrastruktur anses oppfylt, med mindre noe annet er fastsatt.

Dersom bidragene overstiger kostnadene til byggingen av infrastrukturen, har kommunen en plikt til å tilbakebetale slike bidrag til utbygger.

Ettersom det for mange prosjekter nok vil være vanskelig å fastsette kostnadene helt nøyaktig, er det åpnet for å fastsette betalingsforpliktelsen som en ramme. I slike tilfeller skal kommunen foreta et sluttoppgjør når infrastrukturen er etablert. Det er videre stilt krav om at kommunen da skal føre oversikt over alle kostnadsbidrag til tiltak i planområdet og de endelige kostnadene for infrastrukturen som skal bygges. Denne oversikten må kommunen gjøre tilgjengelig.

2.6 Klageadgang

Reglene for klageadgangen er ikke foreslått endret. I praksis innebærer dette at dersom en

ønsker å klage på bruken av områdemodell, hvilke tiltak som skal finansieres, eller den konkrete betalingsforpliktelsen må dette skje ved at reguleringsplanen påklages. Det er ikke åpnet for at betalingsforpliktelsen kan påklages i forbindelse med at rammetillatelse gis. Dette henger sammen med at forpliktelsen blir fastsatt med bindende virkning i reguleringsplanen og kun utløses ved bygging. Dette ville også ført til svært uryddige forhold ettersom betalingsforpliktelsen skal gjelde for alle eiendommene som er omfattet av områdemodellen.

For utbyggingsavtalene er det som kjent ikke noen klageadgang som følge av at dette anses som vanlige avtaler og ikke myndighetsutøvelse. At det nå blir mulig å påklage det økonomiske bidraget som skal ytes fra private parter, vil gi økt rettsikkerhet. I tillegg vil det kunne bli strengere kontroll med om vilkårene for bruk av områdemodellen er oppfylt, sammenlignet med systemet med utbyggingsavtaler. Ulempen med dette sett fra kommunenes side er at en nok kan forvente at utbyggere regelmessig påklager reguleringsplaner med områdemodell for å redusere betalingsforpliktelsen og infrastrukturtiltakene, noe som kan forlenge saksbehandlingstiden.

2.7 Oppsummering

Kjernen i de krav som er stilt ovenfor, er at kommunen ved utarbeidelse og endring av reguleringsplan med områdemodell må gå

detaljert til verks for å utrede både hvilke infrastrukturbehov som foreligger, hva det vil koste og hvordan kostnadene skal fordeles. Det fremstår som tydelig at en slik modell vil kreve mer av kommunene på planleggingsstadiet sammenlignet med dagens system der en gjerne bruker rekkefølgekrav og utbyggingsavtaler for å sørge for privat finansiering av kommunal infrastruktur. Rekkefølgekravene undergis normalt ikke noen detaljert utredning utover et nødvendighetssskjønn. Det er først ved eventuell utbygging at spørsmålet om prosjektering og finansiering blir aktuelt, gjerne i forbindelse med inngåelsen av en utbyggingsavtale. Dette vil forhåpentligvis føre til større forutsigbarhet for utbyggere. Samtidig kan det være at kravene til planlegging blir så omfattende at områdemodellen for mange kommuner ikke vil være aktuell.

Til dette kommer også at klagemulighetene blir utvidet som følge av omleggingen av systemet. Igjen er dette noe som vil styrke rettsikkerheten for borgerne samtidig som det vil kunne føre til en mer tidkrevende planprosess.

Også administrative forhold knyttet til betalingsforpliktelsen kan by på merarbeid for kommunene. Det har særlig sammenheng med at betalingsforpliktelsen må fastsettes på et tidlig tidspunkt i planleggingsfasen, noe som øker usikkerheten knyttet til kostnadsanslagene. Dette fører igjen til at tilbakebetaling av for mye betalt bidrag og korrigerende sluttoppgjør vil være aktuelt i mange situasjoner.

... en krever at infrastrukturen utbygger skal besørge helt eller delvis skal «direkte tjene eiendommen som bebygges». Ordlyden «direkte» tilsier at kravet til årsakssammenheng er relativt strengt.

3. FORSLAG TIL PREISERING AV GJELDENE REGELVERK OM UTBYGGINGSAVTALE

Der områdemodellen ikke benyttes, kan man fortsatt bruke utbyggingsavtale der vilkårene for dette er oppfylt. Det sier seg nesten selv at utbyggingsavtalen ikke skal brukes sammen med områdemodellen, men for sikkerhets skyld er dette presisert i forslaget til endringer i pbl. § 17-2.

3.1 Presisering av nødvendighetskriteriet

Mer interessant er det at en ønsker å presisere kravet til sammenheng mellom den konkrete utbyggingen og innholdet utbyggingsavtalen kan ha. Det foreslås derfor at dagens pbl. § 17-3 som åpner for at «tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak», kan besørges helt eller delvis av utbygger blir flyttet til pbl. § 17-4. Og videre at dette «nødvendighetskriteriet» presiseres i § 17-4 tredje ledd bokstav a. Dette gjøres ved at en krever at infrastrukturen utbygger skal besørge helt eller delvis skal «direkte tjene eiendommen som bebygges». Ordlyden «direkte» tilsier at kravet til årsakssammenheng er relativt strengt. Og det er flere av høringsinnspillene til lovforslaget som har uttrykt at en mener at dette i praksis vil føre til en innstramming fra dagens praksis. Gitt at forslaget blir vedtatt, gjenstår det å se om vilkåret vil bli tolket slik at dagens praksis strammes inn.

3.2 Presisering av forholdsmessighetskriteriet

En ytterligere presisering i pbl. § 17-4 tredje ledd bokstav b er at det også kreves at utbyggers bidrag ikke kan «overstige den belastningen infrastrukturen får som følge av utbyggingen på eiendommen». Denne bestemmelsen er ment som en forenkling av vilkåret om forholdsmessighet i dagens § 17-3.

3.3 Rettsanvendelsesskjønn

Avslutningsvis presiserer departementet at rammene for de private forpliktelsene utbygger kan pålegges i en utbyggingsavtale, er underlagt et såkalt rettsanvendelsesskjønn. Dette betyr at domstolene kan gå inn å overprøve de vurderingene kommunene har gjort med hensyn til om infrastrukturen direkte tjener eiendommen, og om bidrag ikke overstiger den belastningen infrastrukturen får som følge av utbyggingen på eiendommen.

Dette spørsmålet har tidligere vært omstridt. Det var blant annet gjenstand for behandling i den såkalte «Tullinløkka-saken» (LB-2019-135154). Her konkluderte lagmannsretten med en form for mellomløsning der en la til grunn at domstolene kunne overprøve vurderingen, men burde utvise stor tilbakeholdenhet når de gjorde dette. At det nå i lovforslaget er presisert at bestemmelsen gir anvisning på et såkalt rettsanvendelsesskjønn, og at bestemmelsen er formulert på en klarere måte, vil nok gjøre at domstolene vil føle seg mer komfortable med å overprøve kommunenes vurderinger.

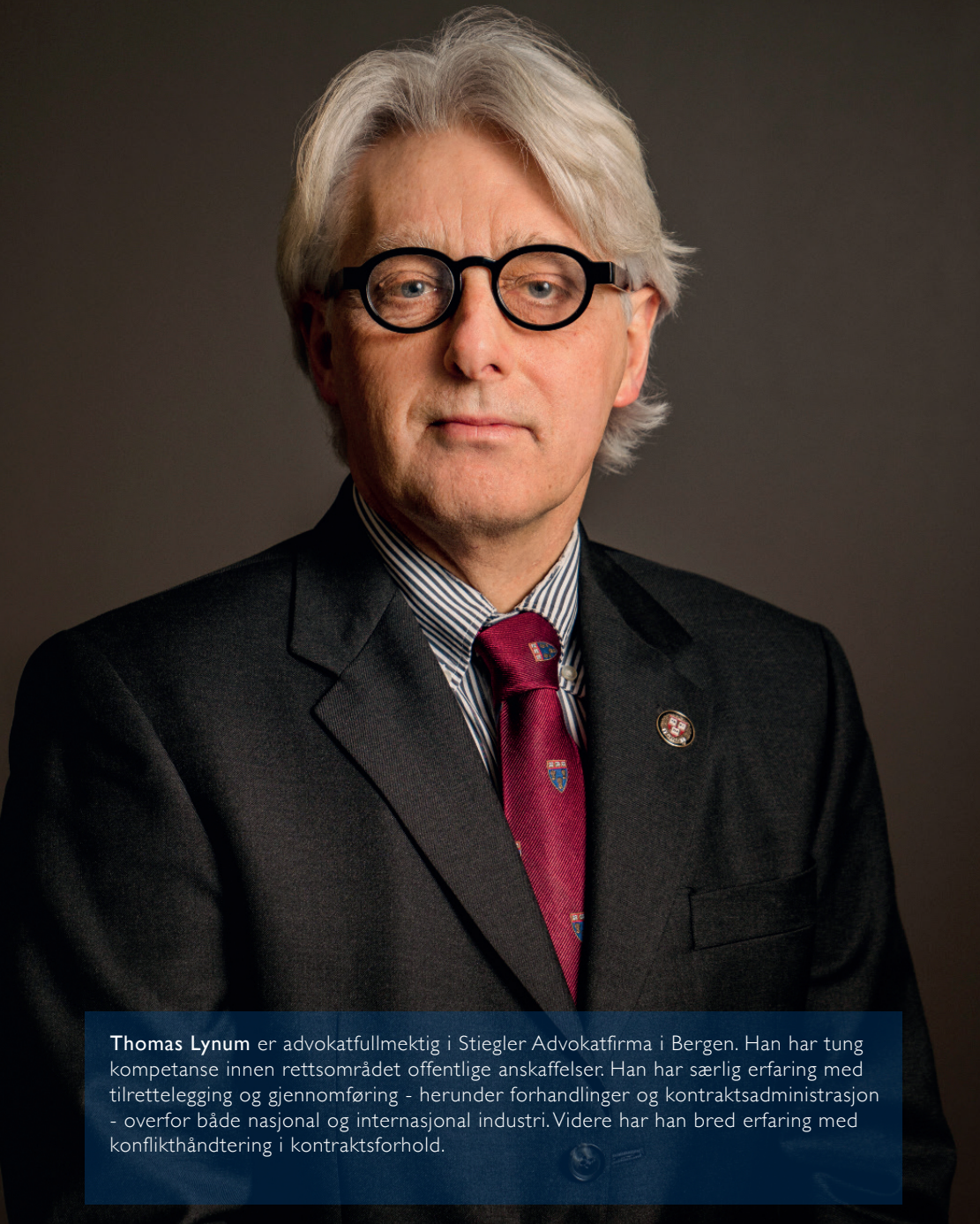
© Rafael Ben-Ari | Dreamstime.com



4. NOEN AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

Forslaget om å innføre en områdemodell styrker forutsigbarheten for utbyggerne og fremstår prinsipielt sett som en bedre løsning enn utbyggingsavtalene. Samtidig økes kravene som stilles til kommunenes planlegging dersom implementering blir som foreslått. For mindre kommuner er det derfor en risiko for at områdemodellen ikke fremstår som attraktiv og derfor ikke blir benyttet.

Slik forslaget nå er lagt opp, vil en da kunne fortsette å benytte seg av utbyggingsavtaler der dette er aktuelt. Imidlertid bør en da være oppmerksom på at det også her er foreslått presiseringer som nok samlet sett forbedrer utbyggerens forhandlingsposisjon sammenlignet med dagens regler. Det er særlig summen av klarere regler og tydeligere signaler om mer intensiv domstolskontroll som tilsier dette.



Thomas Lylum er advokatfullmektig i Stiegler Advokatfirma i Bergen. Han har tung kompetanse innen rettsområdet offentlige anskaffelser. Han har særlig erfaring med tilrettelegging og gjennomføring - herunder forhandlinger og kontraktsadministrasjon - overfor både nasjonal og internasjonal industri. Videre har han bred erfaring med konflikthåndtering i kontraktsforhold.

Kjøp av juridiske tjenester – dynamiske innkjøpsavtaler som alternativ til rammeavtaler

Av advokatfullmektig Thomas Lylum
tlynum@stiegler.no

*Regelverket for offentlige anskaffelser
har utviklet seg over tid og er i dag svært komplekst,
hvilket krever både kompetanse og kapasitet
for korrekt etterlevelse.*

I. INNLEDNING

Offentlig sektor har løpende behov for juridisk kompetanse for å sikre at ansvar og oppgaver ivaretas på en forsvarlig måte. Lovreguleringen blir stadig mer omfattende og komplisert, og dermed øker behovet for juridiske tjenester i sektoren.

Behovet dekkes i varierende grad av intern juridisk kompetanse, og sektoren har til enhver tid behov for å supplere egen kompetanse og kapasitet med kjøp av eksterne juridiske tjenester. Sektoren må derfor ha tilgang på ulike eksterne juridisk kompetanse og kapasitet i tillegg til interne ressurser, innenfor et bredt faglig spenn.

For innhenting av slike eksterne juridiske tjenester er sektoren i stor grad avhengig av å gjøre tjenesteanskaffelser under de ulike alternativer som Lov om offentlige anskaffelser (LOA) og tilhørende forskrifter gir mulighet for. Sentralt her står Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA).

2. REGELVERKET

Regelverket for offentlige anskaffelser har utviklet seg over tid og er i dag svært komplekst, og krever i seg selv både kompetanse og kapasitet for korrekt etterlevelse. Den 1. januar 2017 trådte ny lov og nye forskrifter om offentlige anskaffelser i kraft. Det nye

Imidlertid er det nasjonalt bestemt at også de særlige tjenestene skal underlegges regelverket om offentlige anskaffelser, slik dette nå reguleres i § 5-1:

anskaffelsesregelverket gjennomførte de nye anskaffelsesdirektivene fra EU, og fulgte videre opp forslag fra Forenklingsutvalget i NOU 2014:4 «Enklere regler - bedre anskaffelsen».

Slik det følger av regelverket (FOA Vedlegg 2), utgjør Juridiske tjenester (under CPV kodeserie:79100000-79140000) en «særlig tjeneste». Dette innebærer at slike tjenester er unntatt fra konkurranse under EØS-regelverk (FOA del III). Imidlertid er det nasjonalt bestemt at også de særlige tjenestene skal underlegges regelverket om offentlige anskaffelser, slik dette nå reguleres i § 5-1:

«§ 5-1. Anvendelsesområde.

(1) Del I gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av forskriften.

(2) Del II gjelder for

b) kontrakter om særlige tjenester med en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner ekskl. mva)»

For tilgang på nødvendige juridiske tjenester må sektoren – derfor tilsvarende som for øvrige typer tjenester – konkurranseutsette sine anskaffelser etter regelverket. Dette innebærer at alle anskaffelser over kr 100 000, skal konkurranseutsettes under Del I, mens anskaffelser over terskelverdi skal følge reglene i Del II.

Avgrenset her til Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) under LOA står sektoren her overfor følgende alternative konkurranseformer

med tilhørende avtaleformater:

1. Oppdrags-/bistandsavtaler
2. Rammeavtaler (eksklusive/parallele)
3. Dynamiske innkjøpsordninger

Etter FOA § 1-1 er anskaffelser med en verdi under kr 100 000 (eks. mva) i sin helhet unntatt anskaffelsesregelverket, da også anskaffelsesloven.

Direkte anskaffelser alene er således tillatt innenfor en beløpsgrense på kr 100 000 og ved enkelte typer unntaksanskaffelser, slik dette er regulert i FOA § 2-4 d: «Unntak for visse tjenestekontrakter» - som fastsetter at «Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for kontrakter om:

d) følgende juridiske tjenester:

1. representasjon ved advokat i tvestesaker for nasjonale eller internasjonale domstoler, nemnder, offentlige myndigheter eller institusjoner, eller ved nasjonal eller internasjonal voldgift eller mekling
2. juridisk rådgivning ved advokat til forberedelse av en sak som nevnt i nr. 1 eller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at spørsmålene rådgivningen gjelder, vil bli gjenstand for en slik sak
3. notarialforretninger
4. tjenester som blir utført av en formuesforvalter, verge eller annen person som er oppnevnt av en domstol eller nemnd eller ved lov til å utføre bestemte oppgaver under tilsyn fra en domstol eller nemnd



For disse typer juridiske tjenester kan sektoren benytte direkte anskaffelse – om ønskelig. Her må en være oppmerksom på at unntak fra del II under FOA § 5-2 ikke gjelder for kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdien (§ 5-3 annet ledd).

Men med lovendringen og tilhørende forskrifter kom også en videreutvikling av Dynamisk innkjøpsordning – DPS (etter engelsk Dynamic Purchasing System) – som anskaffelsesprosess. Som konsept representerer ikke DPS ikke noe nytt, da dette også var regulert i 2006-forskriften.

I tråd med anbefalingen fra det nasjonale utvalget som vurderte det nye regelverket (NOU 2014:4) ble det besluttet at tidligere gjeldende bestemmelser om DPS skulle strykes, og at de nye direktivbestemmelsene bare ble gjennomført for Del III (over EU/EØS-terskelverdiene). En videre regulering under terskelverdiene ble ikke ansett som hensiktsmessig ettersom verdien av det som vil bli anskaffet gjennom DPS, normalt vil overstige EU/EØS-terskelverdiene Således ble

tidligere gjeldende regulering for DPS (§ 6-4) tatt ut av Del II. Dette i motsetning til rammeavtaler som vedvarende er regulert også i Del II (§ 11-1).

Det følger imidlertid av forarbeidene til LOA (NOU 2014:4 - pkt. 7.2) at en oppdragsgiver som i utgangspunktet kunne ha fulgt reglene i del II, kan velge å følge reglene i forskriften del III. Det ble også formodet at uansett vil oppdragsgiver, dersom det skulle være ønskelig, kunne benytte seg av DPS som en del av tilbudskonkurranser i Del II (forutsatt at dette beskrives i konkurransegrunnlaget).

Derved foreligger også DPS som en alternativ anskaffelsesform for juridiske tjenester etter gjeldende regelverk. Under FOA Del III er rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger sammen med gjennomføring av innovasjonspartnerskap regulert i kapittel 26.

3. REGELVERKSANVENDELSE

3.1 Oversikt

Det foreligger ingen oversikt over foretrukket

Kort kan DPS defineres som en fullstendig elektronisk prosess for å foreta ordinære anskaffelser som oppfyller den offentlige oppdragsgiverens krav.

avtaleformat for anskaffelse av juridiske tjenester fra sektoren, og heller ikke med hensyn til direkteanskaffelse utenfor regelverket (under kr. 100.000). For anskaffelser som ikke faller under FOA § 2-4 d, har imidlertid rammeavtaler vært en foretrukket anskaffelsesform for både statlig og kommunal sektor. Trolig skyldes dette at det jo både under Del I og II skal foregå en konkurranseutsetting for etablering av oppdrags-/bistandsavtaler. Ved stadig behov for juridiske tjenester vil dette fort bli ressurskrevende, for oppdragsgiver, og enkeltoppdrag ivaretar heller ikke behov for kontinuitet i juridisk rådgivning. Dette gjelder trolig også innenfor kommunal sektor, enten anskaffelser foretas av kommunen selv og/eller gjennom felles innkjøpsentraler.

Inngåelse av rammeavtale tilbyr da her oppdragsgivere både redusert ressursbruk og mulighet for kontinuitet – dog avgrenset til 4 år for den enkelte avtale.

Dynamiske rammeavtaler, som alternativ til enkeltstående oppdrags-/bistands- og rammeavtaler, benyttes overraskende her i langt mindre utstrekning – både under tidligere regelverk og så langt under gjeldende.

Til tross for at DPS nå benyttes ved kjøp av ganske komplekse tilpassede tjenester, er det nok fremdeles flere offentlige anskaffelsesorganisasjoner som ikke er oppmerksomme på fordelene med dette alternativet for effektiv anskaffelse av tjenester, blant annet juridiske tjenester.

3.2 Dynamisk Innkjøpsordning

Kort kan DPS defineres som en fullstendig elektronisk prosess for å foreta ordinære anskaffelser som oppfyller den offentlige oppdragsgiverens krav. Ordningen er åpen i gyldighetsperioden for alle leverandører som oppfyller stilte kvalifikasjonskrav. Kvalifiserte leverandører inviteres til å gi tilbud gjennom «minikonkurranser» som oppdragsgiver løpende måtte etablere under ordningen.

Ordningen er forankret i en oppfatning om at størst mulig konkurranse sikres gjennom et system som tillater at oppdragsgiver til enhver tid mottar tilbud fra så mange relevante leverandører som mulig.

I tråd med EU-direktivet (2014/24/EU) var lovgiver også nasjonalt opptatt av hvordan DPS bedre kunne tilpasses for å gjøre konseptet mer fleksibelt og operativt tilgjengelig enn det som var tillatt i tidligere regulering. FOA/2016 gir således en klarere regulering om når og hvordan DPS-ordninger kan brukes, kombinert med større fleksibilitet.

Målsettingen med en slik utvikling av DPS er fra EU sin side å tilrettelegge for en mer effektiv prosess som er egnet der det er en rask utvikling i markedet.

DPS reguleres nå i FOA for Del III-anskaffelser under § 26-4 til 26-7, med innhold i overensstemmelse med Direktivet (art. 34).

© Christopher Hall | Dreamstime.com



Samstemt med direktivet er reguleringen forenklet og effektivisert på flere måter i forhold til tidligere regulering, og omfatter nå følgende trinn for etablering av DPS:

1. Kunngjøring av konkurranse med kvalifikasjonskrav
2. Forespørsel om deltakelse
3. Vurdering av kvalifikasjoner
4. Adgang til systemet
5. Etablering av «minikonkurranser» mellom kvalifiserte tilbydere.

Alle markedsaktører som sender inn en søknad om deltakelse, og som oppfyller utvelgelseskriteriene/kvalifikasjonskravene, vil ha rett til å delta i en dynamisk innkjøpsordning, så lenge den varer.

Kommunikasjon mellom oppdragsgiver og leverandører skal skje skriftlig med elektroniske kommunikasjonsmidler, jf. FOA § 22-1 (1). Det betyr at muntlig dialog ikke er tillatt. Samtaler med eller intervjuer av tilbyderne kan ikke gjennomføres, selv om de foregår elektronisk via Teams, Zoom og lignende, da det ikke oppfyller kravet til «fullt ut elektronisk prosess». Dette

Det følger av ovenstående at DPS er en anskaffelsesform som absolutt bør få større oppmerksomhet ved forvaltningens anskaffelse av juridiske tjenester.

gjelder selv om kommunikasjonen skriftliggjøres i ettertid i form av referat og lignende.

Unntaket om bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler mellom oppdragsgiver og leverandører, jf. FOA § 22-1 (2) og § 22-4, gjelder ikke for DPS.

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) har på sin hjemmeside lagt ut en god beskrivelse av prosessene for etablering og gjennomføring av DPS.

4. DPS SOM ALTERNATIV TIL RAMMEAVTALE

Ett av formålene med DPS er at leverandører fortløpende kan delta i konkurranser og ikke være utestengt fra å bli tildelt kontrakter. Oppdragsgivere vil derfor til enhver tid kunne ha tilgjengelig et bredt utvalg av kvalifiserte leverandører – og dermed mulighet for å sikre optimal bruk av offentlige midler.

På neste side følger en oversikt over enkelte overordnede parametere for DPS – søkt sammenholdt med rammeavtale – som alternative anskaffelsesformer.

Slik det fremgår av oversikten, skiller DPS seg fra rammeavtaler først og fremst ved at nye leverandører kan søke om opptak i ordningen under hele ordningens varighet.

DPS er en fleksibel ordning, og formålet er å bidra til effektiv ressursbruk som gir

oppdragsgiver mulighet til å få inn et stort antall tilbud med markedets beste betingelser til enhver tid.

Ikke minst er det verdt å peke på at mens en rammeavtale kan ta opptil 6 måneder (+) å etablere, vil en DPS med tilhørende første «minikonkurranse» kunne være på plass innenfor 2 måneder.

5. OPPSUMMERING

Det følger av ovenstående at DPS er en anskaffelsesform som absolutt bør få større oppmerksomhet ved forvaltningens anskaffelse av juridiske tjenester. Det er en fleksibel ordning og formålet er å bidra til effektiv ressursbruk som gir oppdragsgiver mulighet til raskt å få inn et stort antall tilbud med markedets beste betingelser – til enhver tid. DPS sikrer konkurranse så lenge ordningen varer; kan ha ubegrenset varighet, og nye leverandører kan tas opp så lenge ordningen varer.

Under etterlevelse av LOA § 1 bør oppdragsgiver alltid vurdere DPS som et relevant alternativ til rammeavtaler. En utvikling mot rammeavtaler i kombinasjon med dynamiske innkjøpsordninger vil også være spennende, men her ligger foreløpig «upløydt mark» under dagens regelverk.

PARAMETER	DPS	RAMMEAVTALE	MERKNAD
Kort etableringstid	X		Kan etableres innenfor 2 mnd
Kvalifisering under ordningen - søknadsfrist på (min) 30 dager	X		
Nye leverandører kan løpende tas opp i ordningen.	X		Mulighet til enhver tid å få markedets beste tilbud
Bundet til samme leverandør(er) over en lengre periode		X	
Kan fortløpende beskrive hva oppdragsgiver har behov for.	X	X	
Mulig å løpende dele ønsket ytelse opp i ulike kategorier som legger til rette for at leverandør med spisskompetanse eller som har spesialisert seg på den spesifikke kategorien kan inngi tilbud.	X		
Leverandør kan gi deltilbud på en av flere ytelser	X		
Minimumsfrist på 10 dager for kvalifiserte leverandører til å inngi tilbud på utlyst konkurranse.	X	(X)	For parallelle avtaler
Leverandør kan når som helst søke om opptak i ordningen	X		
Leverandør som ikke ble funnet kvalifisert, kan søke på nytt om opptak i ordningen	X		
Kan være med i nye konkurranser fortløpende såfremt kvalifisert for ordningen	X		Ikke avskåret fra å delta som ved rammeavtaler der de ikke er avtalepart
Det kan legges opp til at en ønsket ytelse er delt i delkontrakter	X	(X)	Kun ved parallelle rammeavtaler
Leverandør kan selv velge om de vil inngi tilbud i den aktuelle konkurransen, bl.a. avhengig av om de har ledig kapasitet	X	(X)	Avhengig av vilkår

Kommunalt erstatningsansvar ved bygging i skredutsatte områder

Av advokat/partner Øystein Vartdal Riise
oystein@judicia.no

Denne artikkelen gjennomgår hovedtrekkene i det potensielle erstatningsansvaret som kan følge av uaktsomhet fra kommunens side når kommunen har gitt tillatelser til bygging i skredutsatte områder, til tross for at forholdene tilsa at tillatelse ikke burde ha vært gitt.

I. INNLEDNING

Klimaendringer er i ferd med å endre grensene for hvor det er trygt å bygge. Samtidig har nye undersøkelsesmetoder gjort det lettere å kartlegge risikoen for farlige naturhendelser. Dette gjør at man kan få flere tilfeller av saker hvor det er gitt tillatelse i et område der det etter dagens viten må anses trygt, men der det i ettertid viser seg at forholdene i området medfører fare.

Denne artikkelen gjennomgår hovedtrekkene i det potensielle erstatningsansvaret som kan følge av uaktsomhet fra kommunens side når kommunen har gitt tillatelser til bygging i

skredutsatte områder, til tross for at forholdene tilsa at tillatelse ikke burde ha vært gitt.

Artikkelen har også overføringsverdi til andre fareområder, som for eksempel flom, stormflo, kvikkleire etc.

2. ROLLEFORDELING ETTER PLAN- OG BYGNINGSLOVEN

2.1 Kommunens arbeid med skredfare

Etter plan- og bygningsloven («pbl.») § 4-3 er kommunene pålagt å gjennomføre risiko- og sårbarhetsanalyser ved utforming av alle planer for utbygging. Fare for skred er en type risiko som må kartlegges og avmerkes som hensyns-



Øystein Vartdal Riise er partner og daglig leder i Advokatfirmaet Judicia DA i Ålesund. Øystein bistår næringsklienter, kommuner og privatpersoner innenfor et bredt spekter av fagfelt, med hovedvekt på kontraktrettslige problemstillinger og tvisteløsning.

Det er kommunen som har ansvaret for å foreta den endelige vurderingen av vilkåret «tilstrekkelig sikkerhet».

sone i kommuneplanens arealdel og reguleringsplan, jf. pbl. §§ 11-8 og 12-6.

2.2 Byggetillatelse i skredutsatt område

Det følger av pbl. § 28-1 første ledd at grunn bare kan bebygges dersom det er tilstrekkelig sikkerhet mot fare eller vesentlig ulempe som følge av natur- eller miljøforhold. For grunn som ikke er tilstrekkelig sikker, er kommunen pålagt, om nødvendig, å «nedlegge forbud mot opprettelse eller endring av eiendom eller oppføring av byggverk, eller stille særlige krav til byggegrunn, bebyggelse og uteareal».

Utgangspunktet etter pbl § 28-1 første ledd er at det ikke må bygges på steder hvor det er markert risiko for at fare kan oppstå. Kommunen skal om nødvendig, etter bestemmelsens andre ledd, nedlegge dele- og byggeforbud for områder som ikke har tilstrekkelig sikkerhet mot fare og ulempe. Som et alternativ til å nedlegge forbud mot bygging eller deling, kan bygningsmyndighetene stille særlige krav til bebyggelse, uteareal og sikringstiltak.

Det er lagt til grunn i forarbeidene til pbl. § 28-1 at begrepet «tilstrekkelig sikkerhet» innebærer en konkret vurdering av risikomomentene. Lovens sikkerhetskrav må ses i sammenheng med tilhørende byggeteknisk forskrift. Sikkerhetsnivået for noen viktige naturfarer er regulert i byggeteknisk forskrift, herunder sikkerhet mot skred i forskriften § 7-3.

Bestemmelsens første ledd fastsetter at byggverk

hvor konsekvensen av en naturhendelse er særlig stor, ikke skal plasseres i skredfarlig område. Det siktes da særlig til bygninger som har stor betydning i en beredskapssituasjon. Annet ledd gjelder byggverk der faren ikke er lik null. I disse områdene skal det etter forskriften fastsettes en sikkerhetsklasse, og byggverkene må plasseres og bygges slik at største nominelle årlige sannsynlighet i forskriftens tabell, ikke overskrides.

Tabellen skiller mellom sikkerhetssone 1, 2 og 3. Forskriften må forstås slik at det ikke kan settes opp boliger – herunder fritidsbebyggelse – på områder hvor skredrisikoen overstiger 1/1000. Kravet kom inn i 1987.

Det er kommunen som har ansvaret for å foreta den endelige vurderingen av vilkåret «tilstrekkelig sikkerhet». Dersom det søkes om bygge- eller delingstillatelse i utsatte områder, har kommunen en selvstendig aktivitetsplikt for kartlegging av tomten. Har kommunen konkret kunnskap om fare, skal det meddeles tiltakshaver, som må dokumentere at faren ligger innenfor tålegrensen før tillatelse gis.

Det er likevel slik at der kommunen ikke har kjennskap eller ikke burde hatt kjennskap til om en byggetomt er tilstrekkelig sikker, har kommunen ikke plikt til å utrede tryggheten mot naturfarer nærmere ved behandling av byggesøknaden. Denne plikten ligger i utgangspunktet på utbyggersiden.

Områder med kjente farer vil imidlertid ofte

© Lilian Tveit | Dreamstime.com



fremgå av rettslige bindende planer og eventuelt reguleringsbestemmelser, jf. pbl. § 11-8. I de tilfeller der den konkrete naturfaren er tilstrekkelig vurdert under kommunens planarbeid og det ikke har kommet opplysninger som endrer situasjonen etter vedtak av planen, må kommunen selv ta ansvar for at det omsøkte tiltaket er i samsvar med gjeldende plan.

3. UTGANGSPUNKTET FOR ERSTATNINGSANSVAR

3.1 Skadeerstatningsloven § 2-1

Kommunens godkjenning innebærer som utgangspunkt ingen garanti mot naturskader, og

den har i utgangspunktet ingen erstatningsplikt for skader som måtte oppstå.

Kommunen kan likevel bli erstatningsansvarlig som følge av at det er gitt byggetillatelse i et område som er utsatt for naturskader. Om kommunen var berettiget til å gi byggetillatelse, avhenger som nevnt under punkt 2.2 om kravene til «tilstrekkelig sikkerhet» etter pbl. § 28-1 var oppfylt på vedtakstidspunktet.

Grunnlaget for en eventuell erstatningsplikt for kommunen er ansvaret for skadevoldende handlinger som er gjort av ansatte etter skadeerstatningsloven § 2-1. Denne bestemmelsen

«Bygningsmyndighetene kan således ikke holdes ansvarlig der det er gitt tillatelse i et område der det etter dagens viten må anses trygt, og det i ettertid viser seg at forholdene i området medfører fare.»

fastsetter at arbeidsgiver «svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten er tilsidesatt».

Aktsomhetsvurderingen tar utgangspunkt i den alminnelige culpa-normen. En mildere norm har vært anført i enkelte saker etter pbl. § 28-1, men dette har i liten grad ført frem. Se eksempelvis RG-2001-238 (omtales nedenfor).

3.2 Relevant rettspraksis

Erstatningsansvar som følge av kommunens uaktsomme vurdering etter pbl. § 28-1, har vært behandlet i en rekke saker for domstolene.

Domstolenes praksis viser at vurderingen i all hovedsak bygger på hvilken kunnskap som var tilgjengelig for kommunen på vedtakstidspunktet.

Rt. 2015 s. 257 (Lom-saken) gjaldt en kommune som hadde gitt byggetillatelse for oppføring av hytter i et område som i ettertid viste seg å ha større sannsynlighet for skred enn regelverket tillot. Høyesterett kom til at kommunen ikke hadde handlet erstatningsbetingende uaktsomt ved å gi byggetillatelse uten å foreta ytterligere rasutredning. Førstvoterende uttalte at vurderingen av ansvar må ta utgangspunkt i situasjonen på vedtakstidspunktet, og henviste i den forbindelse til en uttalelse i rundskriv T-5/97 side 42:

«Bygningsmyndighetene kan således ikke holdes ansvarlig der det er gitt tillatelse i et område der det etter dagens viten må anses trygt, og det i ettertid viser seg at forholdene i området medfører fare.»

Høyesterett vektla i avgjørelsen at det var tatt hensyn til kjent rasrisiko, og at da tillatelsene ble gitt hadde hverken kommunen eller byggherren opplysninger om ras på det aktuelle området. Det ble også lagt vekt på at det dreide seg om hytter som bare skulle leies ut om sommeren, og at det generelt var liten rasfare i kommunen.

Det samme var tilfellet i LG-2001-1531, hvor kommunen også ble frikjent for ansvar. Saken gjaldt erstatningsansvar for Vestvågøy kommune for å ha gitt byggetillatelse i et skredfarlig område i 1980. Kommunen ble ansett å ha vært tilstrekkelig aktsom i saksbehandlingen. Lagmannsretten la avgjørende vekt på at det ikke etter tilgjengelig kunnskap på vedtakstidspunktet forelå markert risiko for skred, og at faresonekart først ble utarbeidet på et senere tidspunkt. Det ble også lagt en viss vekt på at beboerne hadde tilknytning til stedet og kjennskap til området.

Hålogaland lagmannsrett kom imidlertid til motsatt resultat i RG-2001-238. Flakstad kommune ga i 1996 byggetillatelse for oppføring av bolighus i Skjeldfjorden. Noen tid etter oppføring av bolighuset gikk et større snøras like syd for tomten. To mennesker omkom i raset. Lagmannsretten kom til at Flakstad kommune hadde opptrådt uaktsomt i byggesaken, og

© Xdairix | Dreamstime.com




derfor var erstatningsansvarlig. På tidspunktet da søknaden ble behandlet, var det utarbeidet faresonekart som viste at området var utsatt for ras. Lagmannsretten uttalte i den forbindelse:

«Kommunen kan likevel ikke, slik Flakstad kommune synes å ha gjort, unnlate å vurdere spørsmålet om rasfare i relasjon til de krav som stilles i lov og forskrift, når man – på bakgrunn av rashistorikk i området og faresonekartet fra NGI – vet eller må vite at tomten er potensielt rasutsatt.»

Betydningen av faresonekart er nærmere behandlet i RG-2006-107. Saken gjaldt et snøskred i Ulsfjord kommune i Tromsø februar 2000, hvor fem hytter ble ødelagt. Lagmannsretten

kom til at kommunen ikke hadde opptrådt uaktsomt ved godkjenning av de tre første hyttene. Avgjørende var at det ikke forelå dokumentasjon som tilsa markert risiko for skred.

Kommunen var heller ikke erstatningsansvarlig for den fjerde hytten. Byggetillatelsen ble gitt etter utarbeidelse av detaljert faresonekart, men lå utenfor detaljkartets grense for 1000-årsskred. Retten kom imidlertid til at kommunen var erstatningsansvarlig for den siste hytten. Hytten lå innenfor skredgrensen, og ble godkjent på et tidspunkt hvor kommunen var i besittelse av faresonekartet og burde foretatt nærmere undersøkelser.



Det er på det rene at kommunen kan bli erstatningsansvarlig for uaktsom saksbehandling ved byggetillatelse i områder utsatt for naturpåkjenninger.

Det fremgår også av praksis at tiltakshavers lokale tilknytning til stedet og farens synbarhet er relevante momenter i aktsomhetsvurderingen. Blant annet i RG-2001-238 ble erstatningen nedsatt grunnet skadelidtes medvirkning. Skadelidte var født og oppvokst i området, og var kjent med at boligen ble oppført i et rasutsatt område. Farens synbarhet var også tema i TKONG-2009-168916 om kvikkleire. Retten pekte på plastringsarbeid av en ravine like ved tomten som var «meget godt synlig som et terrenginngrep av nyere dato», og at dette var godt kjent i lokalmiljøet.

I LE-2018-10723 (Kvam-saken) hadde en kommune gitt tillatelse til gjenoppbygging av hus som var skadet av flom. To år senere ble huset igjen skadet av flom. Lagmannsretten kom til at kommunen ikke hadde handlet erstatningsbetingende uaktsomt ved å gi byggetillatelse. Det ble særlig lagt vekt på flomhistorikken der huset lå, at kommunen hadde tatt hensyn til vurderinger fra NVE, at flomfaren var kjent, og at også tiltakshaver/ ansvarlig søker hadde vurdert flomfaren.

4. OPPSUMMERING

Det er på det rene at kommunen kan bli erstatningsansvarlig for uaktsom saksbehandling ved byggetillatelse i områder utsatt for naturpåkjenninger. Kommunen har plikt til å vurdere farenivået før det gis byggetillatelse. Etter rettspraksis er det sentrale vurderingstemaet i ansvarsspørsmålet hva kommunen visste eller burde visst på tidspunktet da byggetillatelsen ble gitt.

Totalt sett må det foretas en helhetsvurdering av om kommunen har opptrådt uaktsomt ved å gi byggetillatelse. Dette vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak. Der kommunen

har gitt byggetillatelse i dokumentert rasutsatte områder uten å foreta nærmere undersøkelser, vil dette tale for at det er opptrådt uaktsomt.

Tiltakshaver kan videre kreve erstattet ethvert økonomisk tap som oppstår som følge av kommunens uaktsomhet. Det stilles imidlertid krav til at det er påregnelig årsakssammenheng mellom misligholdet og det oppståtte tap. Etter skadeerstatningsloven § 5-2 kan erstatningen lempes, herunder også hvis det er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden, blant annet som følge av egen kompetanse, lokalkunnskap og farens synbarhet.



Christina Røvær er advokatfullmektig i Stiegler Advokatfirma i Bergen. Hun har spisskompetanse innenfor offentlige anskaffelser, og har god erfaring med å bistå både offentlige oppdragsgivere og private aktører innenfor fagområdet. For offentlige oppdragsgivere kan det være krevende å sikre en riktig gjennomføring av anskaffelsesprosesser, tildeling og oppfølging av kontrakt.

Unntaket for leiekontrakter i anskaffelsesregelverket i lys av Wiener Wohnen-dommen

Av advokatfullmektig Christina Røvær
cr@stiegler.no

Leie av fast eiendom er unntatt anskaffelsesloven og -forskriften. Slike kontrakter er dermed unntatt plikten til å kunngjøre på Doffin og TED. Bygge- og anleggskontrakter er imidlertid omfattet av anskaffelsesregelverket

I en nylig avgjørelse går EU-domstolen nærmere inn på skillet mellom disse to typene kontrakter, og videreutvikler retningslinjene for vurderingen av om en kontrakt er å anse som en leiekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt.

Avgjørelsen er relevant for alle offentlige oppdragsgivere som har behov for å inngå avtaler om leie av bygg, og da særlig kontorbygg som ikke er oppført ennå.

I. UTGANGSPUNKT

Utgangspunktet i anskaffelsesregelverket er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva. i Doffin. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i anskaffelsesforskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen (Tenders Electronic Daily).

Det såkalte leieunntaket fremgår av anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav a) som sier at kontrakter om «*erverv eller leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom*» er unntatt anskaffelsesloven og -forskriften.

Selv om unntaket etter ordlyden gjelder leie av «eksisterende bygningen», er det forstått slik at det også omfatter leie av bygg som skal oppføres.

Selv om unntaket etter ordlyden gjelder leie av «eksisterende bygningen», er det forstått slik at det også omfatter leie av bygg som skal oppføres.

Når det offentlige inngår langvarige leiekontrakter, aktualiseres ofte spørsmålet om hvor grensen mellom disse to kontraktstypene går. Ofte er det behov for en del tilpasninger i de leide lokalene. Slikt arbeid utgjør bygge- og anleggsarbeid. Dersom utleier bekoster slikt arbeid som en del av leieavtalen, er det da tale om en bygge- og anleggskontrakt, og hvordan stiller dette spørsmålet seg ved inngåelse av leieavtaler i bygg som ennå ikke er oppført?

2. WIENER WOHNEN-SAKEN

Spørsmålet ble drøftet i EU-domstolen sak C-537/19. Et kommunalt eiendomsforvaltnings-selskap i Østerrike, Wiener Wohnen, inngikk i 2012 en langvarig leiekontrakt med en privat boligutvikler. På dette tidspunktet var det kun planlagt at den aktuelle kontorbygningen skulle oppføres. Bygningen bestod av to fløyer (A og B), og i henhold til kontrakten hadde Wiener Wohnen opsjon på å få bygget en bro mellom de to fløyene, i tillegg til å få bygget tre nye etasjer i fløy B.

EU-kommisjonen anla sak mot Østerrike for brudd på anskaffelsesdirektivet. Kommisjonen mente at kontrakten utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, da det reelt sett var tale om en bygge- og anleggskontrakt. Det ble anført at

Wiener Wohnen hadde påvirket kontorbyggets utforming knyttet til de tre nye etasjene og broen mellom fløy A og B.

Kommisjonen anførte videre at Wiener Wohnens kravspesifikasjon til leiekontrakten tilsa at det forelå ytterligere påvirkning av byggets tekniske utforming, og at denne påvirkningen gikk langt utover det som var vanlig ved en leiekontrakt. Det var blant annet stilt krav til heisene, til byggets bæreevne, til ventilasjonsanlegg og til oppnåelse av gull-krav i en sertifiseringsordning for bærekraftige bygg. I tillegg mente kommisjonen at oppdragsgiver hadde opptrådt som en byggherre ved å engasjere et konsulentselskap til å følge opp byggeprosessen.

EU-domstolen var imidlertid ikke enige med kommisjonen, og frikjente staten Østerrike for brudd for på anskaffelsesregelverket. Domstolen fant at byggets egenskaper var bestemt forut for avtaleinngåelsen med Wiener Wohnen, og at byggingen av tilleggsetasjene, inkludert broen, utgjorde en opsjon på leiekontrakten – ikke et krav til byggets konstruksjon.

Når det gjaldt oppfølgingen av byggeprosessen og krav til gull-sertifisering, så mente domstolen at slike krav ikke var uvanlig for en leietaker. Dessuten var det fordelaktig for utleieren både å oppnå denne sertifiseringen, og at leietakeren var engasjert i byggeprosessen.

© Kheng Ho Tich | Dreamstime.com





«[e]t sentralt moment i denne vurderingen er om innklagede kun har stilt krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille, eller om man har gått ut over dette ved å spesifisere tilpasninger til egne behov, og i så fall om disse ekskluderer andre leietakere...»

3. AVGJØRELSENS PÅVIRKNING AV RETTSTILSTANDEN

I sin avgjørelse gjentok EU-domstolen at leieunntaket kan gjelde i tilfeller hvor det aktuelle leieobjektet ikke er oppført på tidspunktet for kontraktsinngåelse. Avgjørende for denne vurderingen er om det er leie-elementet eller bygge- og anleggs-elementet som utgjør kontraktens hoveddel.

Hva som utgjør en bygge- og anleggskontrakt, fremgår av anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav d. Bestemmelsen er forstått slik at det siste alternativet gjelder situasjoner der det bygges hos andre, jf. bl.a. Kofa sak 2020/917: «utførelsen på en hvilken som helst måte av et bygge- og anleggsarbeid som oppfyller kravene som er satt av en oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging». Det må

altså for det første være tale om et «bygge- og anleggsarbeid». For det andre må oppdragsgiver ha hatt «avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging». Vilkårene er kumulative, og dersom minst ett av disse to kumulative vilkårene ikke er oppfylt, kommer leieunntaket i anskaffelsesforskriften § 2-4 a) til anvendelse.

I Wiener Wohnen-saken ble det overnevnte understreket, og deretter kom EU-domstolen med et ytterligere bidrag ved vurderingen av om det er tale om en bygge- og anleggskontrakt.

EU-domstolen uttalte i dommens premiss 53 at en leietaker har hatt avgjørende innflytelse på prosjekteringen dersom det har vært gitt innflytelse på

«denne bygnings arkitektoniske struktur, såsom dens størrelse, dens ydermure og dens bærende

vægge. Krav vedrørende de indvendige indretninger kan kun anses for at påvise en avgjørende innflytelse, hvis de utmärker seg på grund af deres særpræg eller omfang.»

4. ETTERFØLGENDE KOFA-PRAKSIS

I to nye avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er det inntatt henvisning til Wiener Wohnen-dommen.

KOFAs avgjørelser 11. mai 2021 i sak 2020/612 og 20. oktober 2021 i sak 2020/917 gjaldt begge offentlige oppdragsgivere, hhv. Bane NOR Eiendom og Mattilsynet, som hadde inngått avtaler om leie av kontorbygg som skulle oppføres. Det ble anført at kontraktene i realiteten var bygge- og anleggskontrakter, og at kontraktsinngåelsene utgjorde ulovlige direkte anskaffelser.

I sine avgjørelser viser KOFA til Wiener Wohnen-avgjørelsen ved vurderingen av om oppdragsgiver har hatt «avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging», jf. FOA § 4-1 bokstav d. KOFA uttaler i begge sakene at

«[e]t sentralt moment i denne vurderingen er om innklagede kun har stilt krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille, eller om man har gått ut over dette ved å spesifisere tilpasninger til egne behov, og i så fall om disse ekskluderer andre leietakere. Dette momentet er senest trukket frem av EU-domstolen i sak C-537/19 Wiener Wohnen, avsnitt 51 følgende».

Deretter er det i begge sakene inntatt direkte sitat fra det overnevnte premiss 53.

KOFA konkluderte i begge tilfellene med at det ikke var tale om brudd på anskaffelsesregelverket,



Avgjørelsen i Wiener Wohnen-saken er altså av praktisk relevans for offentlige oppdragsgivere, da den gir uttrykk for aktuelle vurderingstema som oppdragsgiver må ta stilling til ved inngåelse av leiekontrakter for bygg som ikke allerede er oppført.

da leieuntaket kom til anvendelse for de inngåtte kontraktene.

På bakgrunn av disse to avgjørelsene fra KOFA er det klart at Wiener Wohnen-avgjørelsen utgjør et viktig vurderingstema i norsk anskaffelsesrett. Avgjørelsen gjelder anskaffelsesdirektivet fra 2004, men har full overføringsverdi til dagens direktiv og det norske anskaffelsesregelverket.

5. AVGJØRELSENS PRAKTISKE RELEVANS

Avgjørelsen i Wiener Wohnen-saken er altså av praktisk relevans for offentlige oppdragsgivere, da den gir uttrykk for aktuelle vurderingstema som oppdragsgiver må ta stilling til ved inngåelse av leiekontrakter for bygg som ikke allerede er oppført.

Dommen oppstiller et skille mellom leietakerens krav til byggets arkitektoniske struktur og innvendige innretninger. Det skal mer til før krav til innvendige innretninger er å anse som å ha «avgjørende innflytelse». I tilfeller hvor det offentlige ønsker å inngå leiekontrakt i et bygg som ikke allerede er oppført, kan altså oppdragsgiver i stor grad stille krav til ønsket funksjonalitet, kvalitet og utforming så lenge dette gjelder nettopp innvendige innretninger.

Det understrekes imidlertid at oppdragsgiver alltid må foreta en konkret vurdering av om «leie»-elementet er kontraktens hovedelement, og at kravene som stilles til bygget, ikke går lenger enn det som er vanlig for den aktuelle leiekontrakte

Stiegler

Advokatfirma

Med våre 30 ansatte er vi blant Vestlandets største advokatfirmaer. Våre fokusområder i offentlig sektor:

- **Fast eiendom**
Grunnerverv, ekspropriasjon, hevd, servitutter, naboer, skjønn, plan- og bygningsrett.
- **Offentlige anskaffelser**
Innkjøpsstrategi, kompetanseheving, løpende rådgivning, komplett gjennomføring av konkurranser, klager, midlertidige forføyninger, tvister, erstatning.
- **Barnevern**
Vi er utelukkende advokater for den offentlige part.
- **Kommunalrett, forvaltningsrett og offentlighetsloven**
- **Tvisteløsning, mekling og prosedyre**



Ta kontakt for en uforpliktende samtale:
Harald Alfson, Advokat/Managing Partner
Tlf +47 98269130
Email: harald.alfsen@stiegler.no



Finn ditt lokale Eurojuris-kontor

Advokatfirma Eurojuris Nord Narvik/Harstad

Telefon: 77 00 21 00
E-post: nord@eurojuris.no

Angell Advokatfirma Bodø

Telefon: 75 54 45 00
E-post: post@angelladvokatfirma.no

ADNOR Advokat Trondheim

Telefon: 73 99 09 00
E-post: advokat@adnor.no

Larhammer Aarseth Advokatfirma Molde

Telefon: 71 19 16 00
E-post: molde@eurojuris.no

Advokatfirma Judicia Ålesund

Telefon: 70 30 44 00
E-post: post@judicia.no

Advokatfirmaet Tollesen Sogndal/Førde

Telefon: 57 62 88 50
E-post: post@advokat-tollesen.no

Stiegler Advokatfirma Bergen

Telefon: 55 21 54 00
E-post: post@stiegler.no

Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund

Telefon: 52 70 10 30
E-post: haugesund@eurojuris.no

Projure Advokatfirma Stavanger

Telefon: 51 85 84 00
E-post: stavanger@projure.no

Advokatfirma Tofte Kristiansand

Telefon: 38 17 70 00
E-post: post@advtofte.no

Advokatfirma Hald & Co Arendal/Grimstad

Telefon: 37 00 49 70
E-post: post@haldco.no

Advokatfirmaet Alver Lillehammer/Gjøvik

Telefon: 61 26 87 00
E-post: firmapost@alver.as

Advokatfirmaet Halvorsen & Co Lillestrøm

Telefon: 64 84 00 20
E-post: post@halvorsen.no

Advokatfirmaet NOVA Oslo

Telefon: 23 10 30 00
E-post: post@novalaw.no

Svensson Nøkleby Advokatfirma Drammen

Telefon: 32 25 55 00
E-post: drammen@eurojuris.no

Advokatfirmaet Frøstrup Løitegaard Porsgrunn

Telefon: 35 93 19 00
E-post: firmapost@lov.as

Advokatfirmaet Ytterbøl & Co Sarpsborg

Telefon: 69 16 18 00
E-post: sarpsborg@ytterbol.com

Fredrikstad

Telefon: 69 36 60 00
E-post: fredrikstad@ytterbol.com