

Etter departementets mening er ikke opparbeiding etter pbl. § 67 mv. å anse som en offentlig anskaffelse. Departementet anser videre at avtaler som direkte erstatter vilkår om opparbeiding etter plan- og bygningsloven § 67 ikke omfattes av reglene om offentlige anskaffelser.

Journalnummer: 05/3556-2

Dato: 23.11.2005

Utbyggingsavtaler - Forholdet til reglene om offentlige anskaffelser

Vi viser til e-post datert 19. oktober, der det bes om en vurdering av om reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på noen konkrete eksempler på vilkår i utbyggingsavtale. Departementet presiserer at vi ikke tar stilling til de konkrete punktene, men i stedet gir generelle kommentarer til saksområdet. Det vises særlig til drøftelsen i Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (Utbyggingsavtaler).

Regelverk om offentlige anskaffelser gjelder i utgangspunktet alle offentlige anskaffelser, herunder bygge- og anleggskontrakter. Det er ikke avklart i hvilken utstrekning utbyggingsavtaler omfattes. Dette vil avhenge av om avtalen kan regnes som en "bygge- og anleggskontrakt". Med utbyggingsavtale menes en avtale som inngås mellom kommunen og en privat part, der den private partens forpliktelse kan gjelde opparbeiding av et tiltak. I motsetning til vanlige "bygge- og anleggskontrakter" er kommunens avtalte ytelse som oftest ikke av økonomisk karakter.

Utbyggingsavtalers forhold til regelverket om offentlige anskaffelser reiser en rekke kompliserte spørsmål, herunder om det foreligger en avtale som er gjensidig bebyrdende, siden kommunen ikke gir noen tradisjonell økonomisk ytelse i avtalen. I den såkalte Scala-dommen ble Milano kommunes frafall av krav på bidrag til offentlig opparbeiding betraktet som betaling etter avtalen. Dette får imidlertid ikke direkte overføringsverdi til norske forhold.

Et utgangspunkt for vurderingen kan være hvorvidt den aktuelle opparbeiding kan stilles som vilkår etter plan- og bygningsloven. Der opparbeidingen er et vilkår etter plan- og bygningsloven § 67, har Nærings- og handelsdepartementet kommet til at opparbeidingen ikke omfattes av anskaffelsesreglene. Vi viser til vedlagte kopi av brev fra NHD. Dette kan videreføres til å gjelde avtaler som trer i stedet for slike vilkår. Vi viser til Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 28:

"Departementet antar at man ikke kan anse en utbyggingsavtale som en gjensidig bebyrdende avtale kun ved at den erstatter kompetansen etter loven til å gi pålegg om teknisk infrastruktur."

Departementet mener gode grunner fortsatt taler for dette standpunktet, bl.a. under henvisning til at en annen løsning vil gi et tungvindt og samfunnsøkonomisk dårlig system. Avtalene trer i stedet for ensidige offentligrettslige forutsetninger om opparbeiding, og kan erstattes med f.eks et vilkår etter plan- og bygningsloven § 67. Avtalene gir imidlertid mulighet for at partene justerer opparbeidingen slik de finner det hensiktsmessig. Det vil gi liten mening å kreve at en slik avtale må legges ut på anbud. Vi viser også til professor dr.juris Kai Krüger i Lov og Rett nr. 6 2004 s. 368, der han sier om dette:

”Det er ikke gitt at samme resonnement passer når normalordningen går ut på at tiltakshaveren selv må påta seg – eller kan pålegges – å utføre arbeider i både egen interesse og for det offentlige, der KS’ bemerkning om samfunnsøkonomi kan ha mye for seg. Jeg for egen del er ikke uten videre overbevist om at man kan si at ethvert arbeid som gjøres fordi det er pålagt av kommunen i en ”utbyggingsavtale” nær på eller over grensen til forvaltningsrettslig enkeltvedtak, nødvendigvis gjøres for en kommune som den ”egentlige” og reelle oppdragsgiver.”

Departementet anser altså at avtaler som direkte erstatter vilkår om opparbeiding etter plan- og bygningsloven § 67 ikke omfattes av reglene om offentlige anskaffelser. Vi finner det imidlertid vanskelig å gå lenger i vurderingen. Ytterligere avklaring av grensen for når en utbyggingsavtale omfattes av reglene om offentlige anskaffelser må finnes i praksis – ved avgjørelse i KOFA, nasjonale domstoler eller EF-domstolen – eller ved endringer i reglene om offentlige anskaffelser.