

KS



# Utbyggingsavtaler

## Rettslige rammer og utfordringer

NKF, Bergen 21. oktober 2008

KS Advokatene

v/ advokat Øyvind Renslo

# Rettsgrunnlagsproblemet

- Det ulovfestede krav om at kommunen må ha rettslig grunnlag for sine handlinger/krav
- Nå avklart
- Lov om plan og bygningsloven av 14. juni 1985 § 64 a flg, samt Rt. 2007s. 431 og Rt. 2007 s. 651
- Bruk av utbyggingsavtaler er hjemlet i kommunens avtaleautonomi

# Bakgrunn

- Kommunen som myndighet
- Utbyggingsavtaler som et nyttig verktøy for samfunnsutvikling
- Kommunen fremmer fellesskapets interesser
- Kommunen tar også hensyn til utbygger og tredjemanns interesser

# Hvilken avtalefrihet har kommunene og utbygger?

Veileder om utbyggingsavtaler utgitt av kommunal- og regionaldepartementet mai 2006:

“Fortsatt vil det være stor handlefrihet for partene i å utarbeide gode og situasjonstilpassede avtaler”

# Eksempler

- Teknisk infrastruktur
- Miljø, kulturtiltak, idrett mv
- Grønn infrastruktur
- Boligpolitiske vilkår
- Organisatoriske tiltak, drift
- Tilgang for almenheten
- Garantier
- Forurensning

## Forholdet til planverktøy

- Utbyggingsavtaler erstatter ikke kommunal planlegging
- Reguleringsformål og -bestemmelser bør vurderes først, men utbyggingsavtaler er et supplerende virkemiddel
- Avtalene angir en fleksibel gjennomføring av reguleringsplan og utvider kommunens myndighet
- Risiko for gjennomføring legges på tiltakshaver

# Hvilke begrensninger gjelder i avtalefriheten?

- Forskrift om forbud mot vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler av 30. april 2006

Forbud mot bidrag til sosial infrastruktur  
- skole, sykehjem mv.

## Begrensninger (forts)

- § 64 b, 3. ledd - "nødvendig for gjennomføring av planvedtak" (saklig sammenheng), "rimelige forhold til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag", "stå i forhold til den belastning den aktuelle utbygging påfører kommunen"

Uklart hvor langt disse begrensningene strekker utover myndighetsmisbrukslæren - kommunen ikke opptre urimelig



## Forholdsmessighetsvurdering - hva kan kommunen bidra med - eksempler

- Myndighetsutøvelse
- Sosial infrastruktur
- Utbyggingsselskap, tomter mv - NB! statsstøttreglene/EØS rett
- Anleggsbidragsmodellen
- Øvrige belastning og ulemper for lokalbefolkningen påføres som følge av utbyggingen kan vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen

# Kommunens utfordringer

- Benytte handlingsrommet aktivt
- Utvikle gode rutiner og forhandlingsstrategi overfor utbygger
- Utarbeide gode og formålstjenlige avtaler
- Ta hensyn til tredjemannsinteresser
- Forplikte utbygger før kommunen vedtar reguleringsplanen
- Nærmere om mva og regelverket for offentlige anskaffelser

# Saksbehandlingskrav

- Forutberegnlighetsvedtak fra kommunestyret - § 64 a

Prinsippvedtak generelt, eventuelt også på prosjektnivå for større utbyggingsprosjekter  
Kan utarbeides og vedtas samtidig med reguleringsplaner

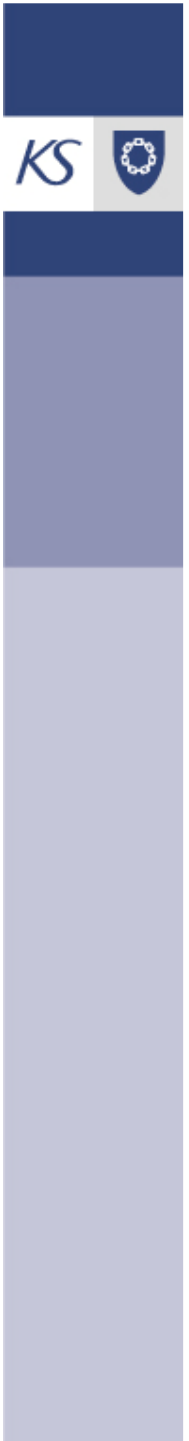
- Saksbehandlingskrav vedrørende den enkelte avtale - § 64 c

KS



# Utbyggingsavtaler og anskaffelsesreglene

Advokat Øyvind Renslo, KS Advokatene



# Hovedproblemstillingen

- Hvilken betydning har anskaffelsesregelverket for utbyggingsavtalene?
  - Når gjelder reglene?
  - Hva er sikkert og hva er usikkert?
  - Hvordan bør kommunene forholde seg?

# Opplegget

- Generell redegjørelse for regelverkets anvendelsesområde og hovedprinsippene
- Kort om generelle trekk ved utbyggingsavtaler
- Særlig om anskaffelsesreglene i forhold til utbyggingsavtaler

## Når gjelder anskaffelsesregelverket? - Lov og forskriftstekst

- **Loven § 3:**

*"Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider ..."*

- **Forskriften § 1-3 (1):**

*"Denne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider."*

## Når gjelder anskaffelsesregelverket? - Noen utgangspunkter

- EØS-avtalen (og anskaffelsesreglene) regulerer forholdet mellom offentlige organer og markedet.



- Skille mellom offentlig myndighetsutøvelse og privatrettslig kontraktsinngåelse
  - Ren myndighetsutøvelse i form av eksempel av enkeltvedtak  $\neq$  kontrakt



# Gjensidig bebyrdende kontrakt - generelt

- Må være en kontrakt som er gjensidig bebyrdende.
- Kontrakt → må kunne gjennomføres ved domstolenes hjelp
- Gjensidig bebyrdende → begge parter må forplikte seg til å yte noe
- Forutsetter at det offentlige skal yte noe tilbake.
- Ytelsen kan være: penger, tjenester, varer, eiendom m.v.
- Skille ut rene gavedisposisjoner til det offentlige
- Skille ut tilfeller der det offentlige bare "yter" et vedtak

# Anskaffelsesreglene - De grunnleggende prinsipper

- Ikke-diskriminering
  - Konkurransen
  - Likebehandling
  - Forutberegnelighet
  - Gjennomsiktighet
  - Etterprøvbarhet
  - Forretningsmessighet
- 
- Proporsjonalitet/forholdsmessighet



## Generelle trekk ved utbyggingsavtaler

- Kommunen benytter kompetanse gitt i pbl. (§ 67) som grunnlag for en avtale med utbygger.
- Avtalen kan omfatte mer enn det kommunen kan pålegge.
- Må knyttes til gjennomføring av arealplan
- Noen ganger skal utbygger bekoste alt.
- Noen ganger skal også kommunen bidra, med penger eller på annen måte.

# Anskaffelsesreglene og utbyggingsavtaler

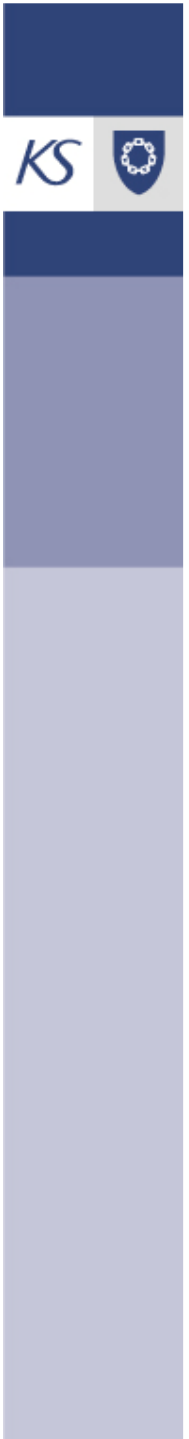
- **Utgangspunkt:**

Utbyggingsavtale ≠ gjensidig bebyrdende kontrakt

- Fordi: Utbyggingsavtale som utgangspunkt en offentligrettslig disposisjon

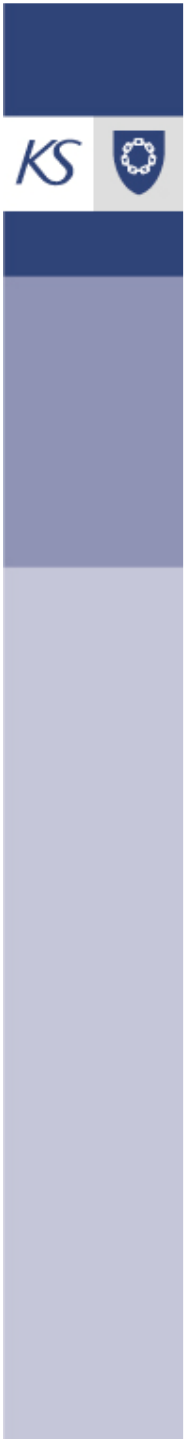
- **Unntak:**

- Når utbyggingsavtalen gjør noe mer enn å erstatte et pålegg etter pbl.



# Hvis anskaffelse - Hva anser man som ytelse og motytelse?

- Utgangspunkt:  
Hvis det skal være en gjensidig bebyrdende avtale, må begge parter yte noe.
- Hva yter partene?
  - Utbygger:
    - Infrastrukturtiltak
  - Kommunen:
    - Bidrag til infrastrukturtiltakene
    - Selve byggetillatelsen?



# Gjensidig bebyrdende kontrakt

- Hva så når utgangspunktet er myndighetsutøvelse?
  - Avtalen går kun ut på det kommunen kunne pålagt med hjemmel i pbl.
    - "bytte ut" et enkeltvedtak med en kontrakt? - Finnes det noe element av gjenytelse fra kommunen her?
  - Avtalen inneholder elementer som går utover det kommunen kunne pålagt med hjemmel i pbl.
    - Kan hele eller deler av avtalen være en anskaffelse?

# Utbyggers ytelse

- Hva kan ytes i henhold til lovverket?
  - Pbl. § 67
  - Reglene om utbyggingsavtaler
    - "Fortsatt vil det være stor handlefrihet for partene i å utarbeide gode og situasjonstilpassede avtaler." (Veilederen)*
  - Gaver
- Hvordan ytes dette?
  - Utbygger påtar seg alt
  - Får bidrag fra kommunen
  - Utbyggingsavtaler for å slippe refusjonsoppgjør

# Kommunens ytelse

- Hva kan kommunen bidra med?
  - Rent økonomisk bidrag
  - Tjenester, varer, fast eiendom m.m.
- Hvis det er avtalt at kommunen ikke skal betale noe for infrastrukturtiltakene?
  - Skal de overdras til kommunen etterpå eller ikke?



## Scala-dommen (C-399/98)

- Privat prosjekt for utvikling av område.
- Tiltakshaver betaler del av infrastrukturtiltak = Nasjonal betingelse for byggetillatelse
- Kommunens frafall av krav på bidrag til offentlig opparbeidelse av infrastruktur ble betraktet som betaling etter avtalen, slik at kontrakten ble ansett for å være gjensidig bebyrdende og således omfattet av anskaffelsesregelverket.

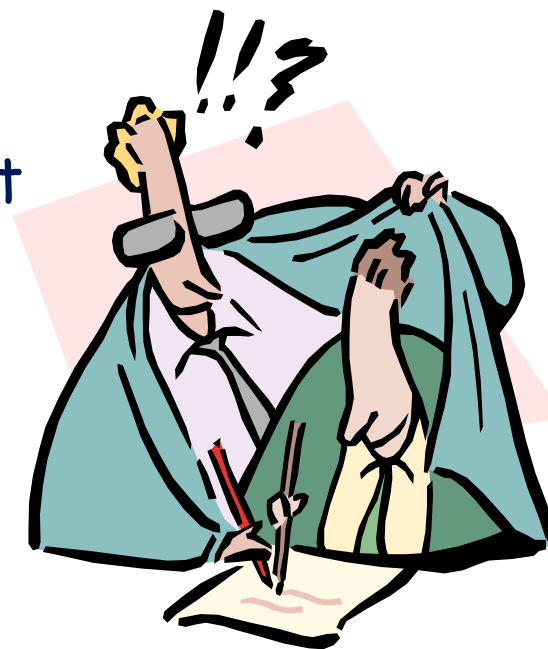
# Betydningen av Scala-dommen

- Noe særegne italienske regler - ikke tilsvarende i Norge
- Pålegge utbygging contra gi avkall på bidrag
- Usikkert hvor langt konsekvensen av dommen kan trekkes.
  - Må selve byggetillatelsen anses som vederlaget? Evt. i hvilke tilfeller?
  - Må det være elementer i avtalen utover det kommunen kan pålegge med hjemmel i pbl. § 67?

# Scala-dommen - begrunnelse

- Kan ikke ved utbyggingsavtaler omgå markedseksponering av oppdrag
- Hvis direktetildeling til utbygger - også en direktetildeling av fortjenesten
- Hvis utbygger interessert i oppdraget - stor sannsynlighet at også andre er det!

*Må derfor se på realitetene -  
en konkret vurdering!!!*



# Konsekvenser (1)

- Bør kunne holde på at utbyggingsavtaler ikke er anskaffelser med mindre de inneholder noe utover de pålegg som kan gis med hjemmel i pbl.

## Konsekvenser (2)

Når noe mer enn det som kan pålegges - tilfellene grupperes i tre:

1. Hvis utbygger skal betale for infrastruktur-utbygging alene og beholde dette i eget eie/overdrar til andre enn kommunen.
2. Hvis utbygger skal betale for infrastruktur-utbygging alene, men overføre disse til kommunen.
3. Hvis begge parter skal bidra til den aktuelle infrastruktur-utbyggingen
  - a) Kommunens bidrag svært lite
  - b) Kommunen gir et reelt bidrag

*Sannsynligheten for at det er en anskaffelse øker jo lengre ned på listen man kommer! Men må uansett se på realitetene!*

## Konsekvenser (3)

- Hvis noen del av avtalen = anskaffelse



Denne delen omfattes av regelverket

- Kommunen kan også velge anbud for sikkerhets skyld
- Kommunen kan selv utlyse eller kreve at utbygger overholder regelverket
- Manglende utlysning = ulovlig direkteanskaffelse?
  - Avhenger av verdien av anskaffelsen

## Men ikke alltid så enkelt!

- Ulemper ved å måtte utlyse?
- Kan utbygger gjøre arbeidet som "egenregi"? - neppe
- Hvis utbygger utlyser - kan utbygger delta i anbudskonkurransen? - neppe
- Hvis kommunen utlyser - kan utbygger delta i konkurransen? - hvis grunnleggende krav kan overholdes

# Råd

- Skaff oversikt over hva som skal ytes av hvem tidlig i prosessen
- Foreta en konkret vurdering av forpliktelsene - kan noe være en fordekt anskaffelse for kommunen
- Hvis noe er å anse som en anskaffelse, vurder hvordan regelverket kan oppfylles.
  - Hvem skal utlyse konkurranse?
  - Er det aktuelt for utbygger å delta?
  - Finnes det unntaksregler som gir kommunen mulighet til å tildele kontrakten direkte?



# Forholdet til statsstøttereglene

- Hvis kommunen skal yte noe, uten å få noe konkret tilbake, må forholdet til statsstøttereglene vurderes.
- Hvis overdragelse av tomt, bygning, rettigheter → sikrest å overdra til markedsverdi (takst)