

RAPPORT

KRISTIANSUND KOMMUNE

Havparkenselskapene

Del 1

DESEMBER 2022

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

Møre og Romsdal Revisjon SA er et samvirkeforetak eid av kommunene Aure, Averøy, Kristiansund, Rindal, Smøla, Surnadal, Tingvoll, Aukra, Hustadvika, Gjemnes, Molde, Rauma, Sunndal, Vestnes, Fjord, Giske, Sula, Stranda, Sykkylven og Ålesund samt Møre og Romsdal fylkeskommune. Selskapet utfører regnskapsrevisjon, forvaltningsrevisjon og andre revisjonstjenester for eierne. Hovedkontoret ligger i Kristiansund og det er avdelingskontorer i Ålesund, Molde og Surnadal.

Tidligere rapporter fra Møre og Romsdal Revisjon SA kan hentes på vår hjemmeside:

www.mrrevisjon.no

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

FORORD

Møre og Romsdal Revisjon SA har utført et oppdrag om Havparken-selskapene etter bestilling fra bystyret og kontrollutvalget i Kristiansund kommune. Det ble tidlig avklart med kontrollutvalget at problemstillingene om anbud og avtaler fra vår side skulle løses som en undersøkelse og ikke en ordinær forvaltningsrevisjon.

De uavhengige juridiske vurderingene er gjort av advokatene Trine Friberg og Merete Bårdsen fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS. Som avtalt med kontrollutvalget er det den uavhengige juridiske kompetansen som står for vurderinger og konklusjoner ift problemstillinger knyttet til anbud og avtaler. MRR sin rolle har vært å fremstille dette og å sikre kontradiksjon, åpenhet og en balansert fremstilling.

Oppdraget er utført av Marianne Hopmark, Kurt Løvoll og Svein Ove Otterlei i perioden april til november i 2022.

Kristiansund, 09.12.2022

Marianne Hopmark
Oppdragsansvarlig revisor

Kurt Løvoll
Forvaltningsrevisor

SAMMENDRAG

I denne undersøkelsen har vi oppsummert de to første problemstillingene (del 1) i bystyret og kontrollutvalgets bestilling. Denne omhandler (1): Vurdering av gjennomført konkurranse om entrepriseoppdrag, samt avtaler med daglig leder opp mot anskaffelsesregelverkets rammer («Anbud»), og (2): Vurdering av avtalenes innhold («Avtaler») jfr. nærmere omtale av problemstillingen under pkt 1.1.

I tråd med bystyrets og kontrollutvalgets bestilling er det hentet inn ekstern juridisk bistand hos Wahl-Larsen Advokatfirma AS for å få en uavhengig vurdering av de spørsmål som de valgte problemstillingene reiser.

De mottatte notatene fra Wahl-Larsen er oversendt til Havparken v/styreleder og daglig leder for tilbakemelding og kommentarer. Notatene er i tillegg også oversendt kommunedirektør i Kristiansund kommune. Dette er gjort for å sikre kontradiksjon; at den part undersøkelsen retter seg mot skal få uttale seg om de forhold som er omhandlet i de nevnte notatene fra Wahl-Larsen AS. Havparken AS har gitt sine tilbakemeldinger via sin advokat A. Hauger i Tenden Advokatfirma ANS, i tillegg til at daglig leder har kommet med sine tilbakemeldinger. Alle notat, tilsvare og motsvar på disse er håndtert av MRR, og ligger som vedlegg til denne rapporten. Dette for å sikre en balansert fremstilling, og for å sikre åpenhet.

Som avtalt med kontrollutvalget er det den uavhengige juridiske kompetansen som står for vurderinger og konklusjoner ift problemstillinger knyttet til anbud og avtaler. MRR sin rolle har vært å fremstille dette og å sikre nevnte kontradiksjon, åpenhet og en balansert fremstilling. Dette har vært krevende da det har vært mange og omfattende tilbakemeldinger fra både daglig leder og styret i Havparken-selskapene (advokat Hauger opptre på vegne av styret i selskapene) i forbindelse med de uavhengige vurderingene fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS.

OPPSUMMERING KONKURRANSEN OM KONTRAKT FOR OPPARBEIDELSE AV NYTT NÆRINGSAREAL PÅ BOLGNESET

De to hovedspørsmålene har vært

1. BLE DEN AVLASTE KONKURRANSEN OM ENTREPRISEKONTRAKT AVHOLDT I TRÅD MED ANSKAFFELSESGELVERKET
2. VILLE KONTRAKTSINNGÅELSE MED DELTAKEREN I KONKURRANSEN HA VÆRT EN ULOVLIG DIREKTE ANSKAFFELSE?

Når det gjelder spørsmål 2, har Havparken vurdert og konkluderte med at en eventuell kontraktsinngåelse i 2022 sannsynligvis ville være en ulovlig direkteanskaffelse som følge av den tiden som hadde gått fra utlysning av konkurransen til eventuell kontraktingåelse. Dette er også i tråd med advokat Fribergs vurdering, i tillegg til at KOFA hadde en anmerking om dette i sin vurdering av klagesaken datert 11.mars 2022. Konkurransen ble avlyst 24.05.22, og ny konkurranse om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset i Kristiansund kommune ble kunngjort den 11.09.2022 med tilbudsfrist 13.10.2022.

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

Når det gjelder spørsmål 1 overfor har advokat Friberg, etter utarbeidelse av uavhengig vurdering, tilsvarende og ny vurdering og tilsvarende, konkludert med 3 regelbrudd som beskrevet nedenfor i sitt notat av 14.11.22. Advokat Hauger, på vegne av Havparken, er ikke enig i dette, og nærmere begrunnelser fra både Friberg og Hauger framgår i egne vedlegg. Uenigheten står om følgende regelbrudd:

- *Tildelingskriteriet «Lavest eierandel» fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for identifisering av lavest pris.*
- *«Konkurranskriteriene» fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 14.3 synes uforenlige med anskaffelsesforskriftens system for gjennomføring av en konkurranse. Alternativt fremstår kriterienes status/betydning som uklare, med den konsekvens at konkurransegrunnlaget anses for uklart, og derved i strid med kravet til forutberegnelighet i LOA § 4, jf. punkt III, 3 nedenfor.*
- *Tildelingskriteriet «Kortest gjennomføringstid» fremstår som uklart.*

I forbindelse med sin gjennomgang har advokat Friberg også omtalt mulige regelbrudd. Da det er kunngjort ny konkurranse etter avlysningen, har vi ikke sett det hensiktsmessig å gå videre med flere utdypende undersøkelser/vurderinger på noen av de punktene advokatene i sine notater til oss er uenige om. Dette har vært gjort i forståelse med kontrollutvalget. Vi har heller ikke hatt ressurser til å gjøre dette.

OPPSUMMERING AVTALENE INNGÅTT MED DAGLIG LEDER

De to hovedspørsmålene har vært

1. ER ENGASJEMENTET AV EN KONSULENT SOM DAGLIG LEDER EN OFFENTLIG ANSKAFFELSE?
2. BURDE EVENTUELT STILLINGEN SOM DAGLIG LEDER VÆRT LYST UT OFFENTLIG?

Når det gjelder spørsmål 2 konkluderer både advokat Friberg og advokat Bårdsen med at dette ikke er en ansettelse, men et engasjement av konsulent. Havparkens revisor BDO har bekreftet at daglig leder ikke har vært behandlet som ansatt arbeidstaker i selskapet for angitt periode, men som engasjert konsulent.

Når det gjelder spørsmål 1 vurderer advokat Friberg at engasjementet som daglig leder var en ulovlig direkte anskaffelse. Advokat Friberg vurderer at det forelå en plikt til å kunngjøre den avtalen som ble inngått i 2017 i tråd med forskriftens del III, som omfatter anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Dette ut fra at utbetaling av avtalt bonus etter hennes vurdering skulle vært hensyntatt ved beregningen av anskaffelsens verdi, og at denne kunne passere EØS-terskelverdien som den gangen var 1,75 millioner ekskl. mva. og utløse kunngjøringsplikt. Det er beregningsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 2-3, som viser hva som skal legges til grunn for en slik verdiberegning. Manglende kunngjøring vil da innebære en ulovlig direkte anskaffelse. Dette er ikke daglig leder i Havparken-selskapene enig i.

Advokat Fribergs vurderer at avtalen som ble inngått i 2021, ikke erstatter avtalen fra 2017, men innebærer en endring/supplering av de oppgaver RHB er forpliktet til å utføre i prosjektet. Dette innebærer at en konstatering av ulovlig direkte anskaffelse også rammer denne avtalen. Hun vurderer videre at det under enhver omstendighet, dvs. dersom hennes beregning av anskaffelsens verdi ikke skulle være rett, herunder vurdering av at avtalene må ses samlet, kan konstateres et

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

brudd på anskaffelsesregelverket. Dette grunnet manglende oppfyllelse av kravet om å forsøke å sikre konkurranse, nedfelt i LOA § 4. Det fremgår bl.a. i hørings svar at daglig leder i Havparken AS ikke er enig i advokat Fribergs konklusjon om at avtalen fra 2021 skal sees sammen med avtalen fra 2017.

Adv. Friberg vurderer at avtalen som ble inngått mellom Bolgneset Eiendom (BE) og RHB i 2019, isolert sett ikke fremstår som en gjensidig bebyrdende kontrakt, dvs. en avtale hvor oppdragsgiver forplikter seg til gjenytelser for de oppgaver daglig leder i henhold til avtalen skulle utføre. Dette betyr at dette ikke dreier seg om en tjenestekontrakt i henhold til anskaffelsesregelverkets definisjon av en kontrakt i forskriftens (FOA) § 4-1 bokstav a. Inngåelse av denne kontrakten er da ikke regulert av anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesloven (LOA) § 2 og FOA § 1-1. Da BU og BE er to forskjellige rettssubjekter, antas, som utgangspunkt, at avtalene som er inngått med det respektive selskap ikke vil kunne bli ansett som en og samme anskaffelse. Det utelukkes dog ikke at realiteten hva gjelder partsforhold og den innbyrdes sammenheng mellom avtalenes innhold vil kunne lede til annen konklusjon.

Vi har ikke sett at det har vært nødvendig å foreta en nærmere vurdering av dette, fordi det er avtalene fra 2017 og 2021 som er de sentrale, og at det er disse to avtalene som etter advokat Fribergs vurdering ikke er inngått i samsvar med regelverket.

Det er etter advokat Fribergs vurdering (opplyst i kommunikasjon med MRR) «ikke dokumentert/sannsynliggjort at oppdragsgiver hadde hjemmel til å unnta disse avtalene fra konkurranse i medhold av FOA § 5-2 bokstav a) («eneleverandør-unntaket»), eller bokstav b) («usedvanlig fordelaktig tilbud». I første høringsrunde anførte daglig leder bl.a. at en avtale med ham var et så usedvanlig fordelaktig tilbud at det ikke utløste konkurranseplikt. Dette framkommer i e-post fra daglig leder datert 11.11.220.

OPPSUMMERING AVTALENE'S INNHOOLD

Hovedspørsmål har vært:

ER AVTALER INNGÅTT MELLOM DAGLIG LEDER OG HAVPARKENSELSKAPENE (TIDLIGERE BOLGNESET) I TRÅD MED GJELDENE LOVER OG REGELVERK?

Advokat Bårdsen har i sin gjennomgang ikke konkludert med noen regelbrudd. Hun kommenterer usikkerhetsmomenter og risiko knyttet til avtalens vaghet.

Det er inngått i alt tre avtaler med daglig leder RHB. En opprinnelig engasjementsavtale med Bolgneset Utvikling AS i 2017 (Fase 1), en avtale med Bolgneset Eiendom AS som daglig leder i 2019, og en ny avtale med Bolgneset Utvikling AS i 2021 som omhandler markedsføring (Fase 2).

I referatet fra oppstartmøtet om «mulig opparbeidelse av nytt sjønært industriareal Frei på Bolgneset» datert den 14. april 2015 ([vedlegg 1](#)), blir benevnelsen «tilrettelegger» brukt om daværende initiativtaker til prosjektet Rolf-Henning Blaasvær. I engasjementsavtalen fra 2017 framgår det at RHB er engasjert for å bistå med å utvikle sjønære arealer til næringsvirksomhet på Bolgneset og vestover, der kun benevnelsen «daglig leder» er brukt. Det samme gjelder også den

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

inngåtte engasjementsavtalen mellom Bolgneset Eiendom AS og Rolf-Henning Blaasvær i 2019. Det er først i avtalen som ble inngått 22.04.2021 at RHB benevnes som «Prosjektleder».

Det er forskjellige oppfatninger om innholdet i avtalene. Advokat Bårdsen anfører at det kan tyde på at de framstår for lite omfattende og detaljerte. Spesielt gjelder dette engasjementsavtalen fra 2017, som skal regulere komplekse forhold, og som også inkluderer generasjonsskifte. Slike avtaler kan medføre risiko for tolkningstvister og rettslige prosesser i ettertid. Det at avtalen er tidsbegrenset kan etter advokat Bårdsens vurdering være problematisk i seg selv, da forholdene lett kan endres over lang tid. Avtalen er behandlet av styret i Bolgneset Utvikling AS i tråd med vedtektene.

Havparkens advokat opplyser at styret i Havparken har hatt liten innvirkning på innholdet i engasjementsavtalen som ble inngått i 2017. En ferdig framforhandlet engasjementsavtale mellom Kristiansund kommune og daglig leder ble lagt fram for styret i Havparken på deres aller første møte i februar 2017. Kristiansund kommune hadde en aktiv rolle i arbeidet med engasjementsavtalen, og det må forventes at kommunen kvalitetssikret innholdet i denne før avtalen ble lagt fram for Havparkens styre til godkjenning. Avtalen ble gjennomgått på nevnte styremøte, og styret godkjente avtalen som framlagt med styreleder og daglig leders signatur.

Engasjementsavtalen med daglig leder framstår etter vår oppfatning som lite opplyst til allmennheten, og kan representere et brudd med kravet om en åpen forvaltning etter forvaltningsloven. Det samme gjelder også for de andre avtalene som ble inngått med daglig leder. Vi viser til denne rapportens del 2, der problemstillingen om offentlighet og innsyn blir nærmere omtalt.

LITT OM KOMMUNAL SAKSBEHANDLING

Ved gjennomgang av dokumentasjon ser vi at et styremedlem i Bolgneset Utvikling AS, og som samtidig var ansatt i Kristiansund kommune, er ført opp som saksbehandler for kommunen i saksutredning sak for formannskapet 10.11.2020. Tittel på saken var:

«Bolgneset går fra fase 1 til fase 2 - Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre».

Etter vår vurdering kan det stilles spørsmål til om habiliteten ble vurdert ved en slik saksbehandling.

I tillegg ble det i nevnte sak i formannskapet bl.a. vedtatt at:

- *Rådmann og styret i Bolgneset Utvikling gis fullmakt til å gjennomføre Overordnet Avtale, samt inngå underliggende avtaler med Holth/Hæhre og deres partner.*
- *Rådmann og styret i Bolgneset utvikling bes sikre eierskapsmøter hvor bystyret som eier blir orientert om forhold av betydning i den videre prosessen med utvikling av Bolgneset næringsområde.*

Vi registrerer at formannskapet med dette ga både rådmannen og styret fullmakt til å arbeide med avtaler. I saksutredningen går det også frem: *«Rådmann og styret tar ansvaret for forhandlingene mellom kommunens to selskaper og Holth/Hæhre - og rådmann gis fullmakt til å sluttbehandle dette.»* Vi mener at dette viser at rolle- og ansvarsfordelingen mellom de to heleide aksjeselskapene og Kristiansund kommune ikke har vært klar nok. Det kan være hensiktsmessig at det foretas en

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

gjennomgang av roller og ansvar mellom eier og selskap, som er to forskjellige rettssubjekter og forholder seg til to forskjellige lovverk (aksjeloven og kommuneloven). Det vises her til rapporten om eierskapskontrollen av Havparkenselskapene.

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

INNHold/

1.	INNLEDNING.....	11
1.1.	Problemstillinger, metode og prosess.....	11
	Problemstillinger.....	11
	Innhenting av ekstern juridisk bistand.....	12
1.2.	Metode.....	13
	Grunnlagsinformasjon.....	13
	Mottatte notater.....	14
	Løsning av oppdraget.....	15
	Framstilling av innhentede data.....	16
	Kommunikasjon med Havparkenselskapene.....	16
	Uavhengighet.....	17
1.3.	Høring.....	17
2.	PROBLEMSTILLING 1: ANBUD.....	19
2.1.	Funn: Konkurransen entrepris.....	19
	Notat fra WLA v/advokat T. Friberg datert 26.04.2022.....	20
	Tilsvare fra Havparken v/advokat A. Hauger datert 01.07.2022.....	21
	Fribergs kommentar til Haugers notat av 01.07.2022 (08.07.22).....	22
	Styrebehandling og kommunal involvering.....	25
	Kommentarer.....	26
2.2.	Relasjon til konsulent.....	29
	Notat fra WLA v/advokat Friberg datert 07.09.2022.....	29
	Tilsvare fra daglig leder i Havparken-selskapene datert 14.09.2022.....	30
	Kommentarer.....	33
3.	PROBLEMSTILLING 2: ENGASJEMENTSAVtaler.....	38
3.1.	Funn: Avtalenes innhold.....	38
	Notat fra WLA v/advokat M. Bårdsen datert 22.08.2022.....	38
	Tilsvare fra Havparken as v/adv Hauger (16.09.2022).....	42
	Tilsvare fra daglig leder (12.09.2022).....	43
	Advokat Bårdsens kommentarer.....	43
	Melding om å fratru som prosjektansvarlig og daglig leder.....	44
	Kommentarer.....	44
4.	OPPSUMMERENDE KOMMENTARER.....	48
5.	ALLE VEDLEGG.....	51
	Vedlegg 1 Møte mellom Kristiansund Kommune og prosjektleder (14.05.15).....	51
	Vedlegg 2 Engasjementavtale Fase 1 (01.02.17)- BU.....	52
	Vedlegg 3 Avtale om rollen som daglig leder (09.10.19) -BE.....	54
	Vedlegg 4 Overordnet avtale (02.11.20).....	56
	Vedlegg 5 Engasjementavtale fase 2 (22.04.21)- BU.....	69
	Vedlegg 6 Avgjørelse i KOFA-sak 2021/1606 (11.03.22).....	71
	Vedlegg 7 Oppdragsbeskrivelse (05.04.22).....	79

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

Vedlegg 8 Oppdragsbekreftelse (06.04.22).....	80
Vedlegg 9 Brev fra Havparken (08.04.22)	80
PROBLEMSTILLING 1. KONKURRANSE OM OPPARBEIDELSE AV NÆRINGSAREAL PÅ BOLGNESET.....	83
Vedlegg 10 Notat fra WLA (26.04.22)	83
Vedlegg 11 fra Tenden advokatfirma ANS (01.07.22).....	99
Vedlegg 12 Kommentar fra WLA PÅ tilsvar fra Tenden Advokatfirma ANS (08.07.22).....	110
Vedlegg 13 Notat fra Myhre & Co (12.08.22).....	115
Vedlegg 14 Tilbakemelding på utkast til rapport - fra Tenden advokatfirma ANS (11.11.22)	117
Vedlegg 15 Kommentar til notat fra adv Anders Hauger av 11.November 2022 – fra adv Friberg (14.11.22)	123
Vedlegg 16 Saksframlegg formannskapet - Bolgneset går fra fase 1 til fase 2 - Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre	127
PROBLEMSTILLING 1 B - KONKURRANSE DAGLIG LEDER.....	133
Vedlegg 17 Notat WLA v/Friberg om engasjementavtale og reglene om offentlig anskaffelse (07.09.2022)	133
Vedlegg 18 Tilsvar fra daglig leder (14.09.22)	137
PROBLEMSTILLING 2: ENGASJEMENTSAVTALER.....	140
Vedlegg 19 Notat fra WLA (22.08.22)	140
Vedlegg 20 Tilsvar fra daglig leder (12.09.22)	149
Vedlegg 21 Tilsvar fra Tenden Advokatfirma ANS (16.09.22)	154
Vedlegg 22 Avtalte kontrollhandlinger, BDO AS (30.09.22).....	158
Vedlegg 23 Melding om å fratre som prosjektansvarlig og daglig leder.....	161
Vedlegg 24 Tilbakemelding på høringsutkast til rapport – versjon 2. Fra Havparken v/styreleder datert 9. desember 2022.....	162
Vedlegg 25 Kommentarer til rapport-utkast fra MRR. Fra daglig leder datert 5. desember 2022	164

1. INNLEDNING

Bystyret i Kristiansund kommune vedtok i 2016 å utvikle næringsareal på Bolgneset for å tilrettelegge for nytt havteknologisenter, et område som i sin tid ble avsatt til næringsformål av Frei kommune. For å gjennomføre dette ble det stiftet ett 100% eide kommunale aksjeselskap, Bolgneset Utvikling AS. I tillegg kjøpte kommunen alle aksjene i Vadsteinvika Eiendom AS av en privat aktør som eide en eiendom på Bolgneset, og deretter foretok navneskifte til Bolgneset Eiendom AS (og senere Havparken Eiendom AS). Dette for å tilrettelegge for etablering av et havteknologisenter i Frei og utvikle sjønære arealer fra Bolgneset og vestover til næringsvirksomhet.

Kontrollutvalget i Kristiansund kommune bestilte en undersøkelse/forvaltningsrevisjon av Havparken-selskapene i møtet den 26.01.2022, sak PS 05/22, med utgangspunkt i bystyrets vedtak i sak 101/21 – Anmodning om forvaltningsrevisjon av Havparkenselskapene. I bestillingsaken ble det valgt fire problemstillinger som skulle svares ut. Dette gjaldt problemstillinger innenfor (1) anbud, (2) avtaler, (3) innsyn og offentlighet, samt (4) press mot etater, utvalg og innbyggere.

Denne rapporten omhandler undersøkelsens del 1 om anbud (1) og avtaler (2). I del 2 presenteres problemstillingene knyttet til innsyn og offentlighet (3), samt press mot etater, utvalg og innbyggere (4). Del 1 og del 2 vil bli lagt fram for kontrollutvalget til behandling som egne rapporter.

Det var en forutsetning i bestillingen både fra bystyret og kontrollutvalget at vurderinger som gjaldt spørsmål knyttet til anbud og avtaler, skulle gjennomføres av ekstern bistand innenfor disse områdene. Det ble derfor tidlig avklart med kontrollutvalget at problemstillingene om anbud og avtaler fra vår side skulle løses som en undersøkelse og ikke en ordinær forvaltningsrevisjon.

Havparken AS, tidligere Bolgneset Utvikling AS og Havparken Eiendom AS – tidligere Bolgneset Eiendom AS, eies av Kristiansund kommune. Begge selskapene faller inn under virkeområdet i Lov om offentlige anskaffelser § 2, som offentligrettslige rettssubjekter ved at de står i en nær tilknytning til det offentlige.

1.1. PROBLEMSTILLINGER, METODE OG PROSESS

PROBLEMSTILLINGER

Følgende problemstillinger ble vedtatt av kontrollutvalget med utgangspunkt i bystyrets vedtak om bestilling:

Problemstilling 1 «Anbud»

- Er «anbud» behandlet i tråd med lov og regelverk?
 - Er konkurransen om kontrakt for opparbeidelse av nytt næringsareal på Bolgneset gjennomført i tråd med anskaffelsesregelverket?
 - Klarhetskravet (jfr. kravet til forutberegnelighet og likebehandling)
 - Tildelingskriterier
 - Konkurranseskriterier
 - Kvalifikasjonskrav
 - Kontraktbestemmelser

- Kan konsesjonskontraktforskriften komme til anvendelse?
- Krav til likebehandling og konkurranse
- Utforming av tilhørende kravspesifikasjoner
- Vil en eventuell kontraktsinngåelse med G. Holth Grusforretning AS /Hæhre entreprenør AS innebære en ulovlig direkte anskaffelse?
- Relasjon til konsulent
 - Er engasjement av en konsulent som daglig leder en offentlig anskaffelse?
 - Burde eventuelt stillingen som daglig leder vært lyst ut offentlig?
 - 01.02.2017: Avtale mellom Bolgneset Utvikling AS og RHB, der RHB engasjeres som konsulent i stillingen som daglig leder, med avtale om bonus.
 - 09.10.2019: Avtale mellom Bolgneset Eiendom AS og RHB angående engasjement som daglig leder.

Problemstilling 2: Avtaler

- Er avtaler inngått mellom daglig leder og Havparkenselskapene (tidligere Bolgneset) i tråd med gjeldene lover og regelverk?
 - Avtaleinnhold
 - Utbetalinger/bonus
 - Skatteregler opp mot utbetalinger/bonus
 - Andre forhold

I benevnelsen «gjeldende lover og regelverk» i tilknytning til problemstilling 1 og 2, inngår spesielt anskaffelsesregelverket med utgangspunkt i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Her inngår også avtaleloven, regler innenfor arbeidsrettens rammer, forhold opp mot skattelovens bestemmelser samt andre forhold som naturlig er aktuelt å berøre i forhold til avtalenes innhold.

INNHEMING AV EKSTERN JURIDISK BISTAND

I tråd med bystyrets og kontrollutvalgets vedtak har vi innhentet ekstern juridisk bistand fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS i Oslo for å bistå oss i arbeidet med problemstilling 1 og 2; anbud og avtaler. Utgangspunktet for dette var å få utarbeidet en uavhengig vurdering av utlyst konkurranse på opparbeidelse av næringsområde på Bolgneset i Frei til industriformål. Dette i tillegg til spørsmålet om engasjementet av daglig leder i Bolgneset Utvikling AS (nå Havparken AS) og Bolgneset Eiendom AS (nå Havparken Eiendom AS) var en ansettelse, som er unntatt anskaffelsesregelverket, eller en anskaffelse som skulle ha vært kunngjort og konkurranseutsatt iht. anskaffelsesregelverket.

Advokat Trine Friberg fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS ble engasjert for å vurdere de anskaffelsesrettslige spørsmålene som var omfattet av den første problemstillingen. Friberg arbeider hovedsakelig med offentlige anskaffelser, entrepriserett og kontraktsrett. Hun har opparbeidet seg bred kompetanse gjennom mer enn 20 års erfaring fra disse rettsområdene. Innen offentlige anskaffelser bistår hun både på oppdragsgiver – og leverandørsiden, og innen alle bransjer. Friberg er også mye brukt som kursholder innen anskaffelsesregelverket.

Til å vurdere oppdragets andre problemstilling, om avtalene inngått mellom daglig leder og Bolgneset Utvikling AS var i tråd med lov og regelverk, samt gi mulige kommentarer knyttet til selskapsrettslige- og skattemessige forhold, ble Merete Bårdsen, også fra advokatfirma Wahl-Larsen AS engasjert. Arbeidsrett er et av advokatfirmaets spesialområder, og Merete Bårdsen arbeider hovedsakelig innenfor dette fagområdet, der blant annet tolking av arbeidsavtaler inngår. Hennes praksis dekker alle sider av individuell og kollektiv arbeidsrett.

Følgende oppdragsavtale ble inngått:

- 1) Vurdering av om konkurransen om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset er gjennomført i henhold til anskaffelsesregelverket, herunder hvorvidt avtaleinngåelse vil bli ansett som ulovlig direkte anskaffelse.
Vurdering av om avtalene som ble inngått om engasjement av RHB i 2017 og 2021 var en ulovlig direkte anskaffelse?
- 2) Vurdering av engasjementsavtale/bonusavtale opp mot arbeidsrettens rammer (lov og regelverk), samt mulige kommentarer knyttet til selskapsrettslige spørsmål.

Eventuelle avklaringer om avtaleinnholdet ble avklart mellom MRR og WLA underveis.

Oppdragsbeskrivelse og -bekreftelsen ligger i [vedlegg 7](#) og [vedlegg 8](#).

1.2. METODE

Del 1 av denne bestillingen rapporteres som en undersøkelse. Dette fordi det er ekstern bistand som har vurdert de aktuelle funnene opp mot bestemmelser i lov, forskrift og andre dokumenter som regulerer de forhold som her er omhandlet. Dette betyr at vi ikke vurderer funn opp mot valgte revisjonskriterier, og at vi av den grunn ikke har valgt å framstille problemstilling 1 og 2 som en forvaltningsrevisjon.

I undersøkelsen legger vi likevel Standard for forvaltningsrevisjon RSK 1001 til grunn for gjennomføringen av denne bestillingen så langt som det har vært naturlig. Vi gjengir i denne delen av rapporten det advokatene fra Wahl-Larsen har vurdert og oppsummert/konkludert med i forhold til de spørsmål som er stilt av kontrollutvalget i prosjektplanen, samt informasjon fra Havparken og Kristiansund kommune.

Datainnsamlingen er gjennomført ved dokumentgjennomgang, samtaler og e-postutveksling. Nedenfor gis en oversikt over den informasjonen som er innhentet i denne undersøkelsen.

GRUNNLAGSINFORMASJON

For å gjennomføre del 1 av bestillingen har vi innhentet aktuell informasjon i form av sentrale dokumenter som blant annet:

- Tilbud – konkurransegrunnlag utlyst 19. april 2019 med de vedlegg vi fikk tilgang til på Doffin.no
- Avtaler:

- Engasjementsavtale mellom Bolgneset Utvikling AS (BU) og Rolf-Henning Blaasvær (RHB) ang utvikling av sjønært industriområde på Bolgneset, Frei (01.02.2017). ([Vedlegg 2](#)).
- Avtale mellom Bolgneset Eiendom AS (BE) og Rolf-Henning Blaasvær ang engasjement som daglig leder. (09.10.2019). ([Vedlegg 3](#)).
- Overordnet avtale mellom Bolgneset Eiendom AS (BE), Bolgneset Utvikling AS (BU), Gunnar Holth Grusforretning AS og Hæhre Entreprenør AS av 02.11.2020, der Kristiansund kommune har interesse i avtalen gjennom sitt eierskap til aksjene i BU og BE. ([Vedlegg 4](#)).
- Avtale mellom Bolgneset Utvikling AS (BU) og Rolf-Henning Blaasvær (RHB) av 22.04.2021 – heretter kalt fase 2. RHB engasjeres som prosjektleder for BU AS. ([Vedlegg 5](#)).
- Innkallinger med tilhørende møteprotokoller fra:
 - Styre- og generalforsamlinger i Havparkenselskapene
 - Kristiansund formannskap, sak 10/11.2020.
 - Kristiansund bystyre
- Avgjørelse fra KOFA datert 11. mars 2022. ([Vedlegg 6](#)).
- Artikler i media om prosjektet på Bolgneset

Dialog i form av telefonsamtaler og e-postkommunikasjon med aktuelle advokater og parter i saken som:

- Daglig leder i Havparkenselskapene v/Rolf-Henning Blaasvær
- Styreleder i Havparkenselskapene v/Berit Tønnesen
- Uavhengige advokater fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS
- Havparkens advokat Andres Hauger v/ Tenden Advokatkontor AS¹
- Havparkenselskapenes revisor BDO v/Henning Rødal
- Advokat Robert Myhre v/Myhre Advokatkontor AS

I tillegg har vi gjennomført møter med styreleder og daglig leder i Havparken-selskapene, samt kommunedirektør og ordfører i Kristiansund kommune.

MOTTATTE NOTATER

I undersøkelsen vil vi oppsummere mottatte vurderinger i notater og tilsvaer på de spørsmål undersøkelsen reiser fra følgende bidragsyttere:

- Advokat Friberg v/ WLA AS: «anbud» - offentlige anskaffelser – ekstern juridisk bistand
- Advokat Bårdsen v/WLA AS: avtaler - avtale- og arbeidsrett – ekstern juridisk bistand
- Tilsvaer på notatene fra Wahl-Larsen fra Havparkens advokat Hauger v/Tenden advokatkontor AS

¹ Advokat Anders Hauger jobber særlig med regelverket for offentlige anskaffelser. Han har omfattende erfaring med både klagesaker for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og fører saker for domstolene på området. Han bistår også i forbindelse med utarbeidelse av konkurransegrunnlag. Han bistår både offentlige organer og tilbydere til det offentlige. Han underviser jevnlig offentlige innkjøpere i regelverket, og er fast foreleser for NIMA Utdanning.

- Notat fra advokat T. Friberg på tilsvaret fra advokat A. Hauger
 - Tilsvaret fra daglig leder ved Havparkenselskapene Rolf-Henning Blaasvær
 - Bekreftelse på kvalitetssikring fra Myhre advokatkontor v/Robert Myhre
 - Bekreftelse på avtalte kontrollhandlinger vedr Havparkenselskapene fra revisor BDO v/Henning Rødahl.
 - Vurdering av kommentarer fra advokat firmaet Tenden ved advokat Hauger og Rolf-Henning Blaasvær. Fra Merete Bårdsen den 06.12.2022.
1. høring:
- Svar på første utkast til rapport fra Havparkens advokat A. Hauger den 11.11.2022
 - Svar fra T. Friberg på Hauger tilbakemelding på første utkast til rapport datert 14.11.2022.
2. høring:
- Svar på andre utkast til rapport. Fra styreleder i havparken-selskapene datert 09.12.2022
 - Kommentar til rapport utkast fra MRR. Fra daglig leder datert 05.12.2022

LØSNING AV OPPDRAGET

Møre og Romsdal Revisjon SA har, i samråd med kontrollutvalget i Kristiansund kommune, valgt å rapportere denne bestillingen i to deler som nevnt innledningsvis. Del 1 omhandler problemstillingene om anbud og avtaler, og er basert på vurderinger utført av ekstern juridisk bistand hos Wahl-Larsen advokatkontor AS.

Det er tatt utgangspunkt i konkurransegrunnlaget om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset, Kristiansund kommune, kunngjort 19. april 2019². I tillegg kommer vurderinger av innholdet i de avtaler som er inngått mellom Bolgneset Utvikling AS (nå Havparken AS), Bolgneset Eiendom AS (nå Havparken Eiendom AS) og Rolf-Henning Blaasvær. Med utgangspunkt i de forhold kontrollutvalget ønsket en nærmere vurdering av fra ekstern juridisk bistand, jfr. prosjektplanen, ble anbud og avtaler vurdert opp mot bestemmelser i lov og regelverk, herunder anskaffelsesregelverket, avtaleloven, arbeidsrettens rammer og vurderinger knyttet til andre forhold som ble berørt, som for eksempel skatteloven.

Vi har i denne undersøkelsen gått fram på følgende måte:

- Gjennomført oppstartsmøte med styreleder og daglig leder i Havparken-selskapene
- Innhentet omfattende informasjon/dokumentasjon
- Samtaler med daglig leder, kommunedirektør
- Mottatt notat fra uavhengig juridisk kompetanse

² Konkurransen om kontrakten om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset utlyst 19. april 2019, ble avlyst av Havparken etter vedtak den 24. mai 2022 med etterfølgende kunngjøring på Merzell. Samtidig vedtok styret i Havparken å lyse ut konkurransen på nytt i to trinn; først via kontakt med markedet – markedsdialog, med påfølgende publisering av ny konkurranse den 11. 09.2022.

- Mottatt kommentarer/kontradiksjon fra Havparken v/daglig leder og advokat på notat fra uavhengig juridisk kompetanse
- Utarbeidet foreløpig utkast til rapport
- Mottatt kommentarer innspill på foreløpig rapport
- Utarbeidet endelig høringsutkast
- Mottatt hørings svar
- Innarbeidet hørings svar i rapporten

FRAMSTILLING AV INNHENTEDE DATA

Vi har under funn til den enkelte problemstilling gjengitt oppsummeringer/konklusjoner fra de notatene vi har mottatt fra advokatene i Wahl-Larsen. For å sikre kontradiksjon av innholdet i disse, ble notatene videresendt til Havparken v/styreleder og daglig leder for kommentarer/merknader i tillegg til Kristiansund kommune. Kontradiksjon gjennomføres for å sikre at den part som notatet fra advokatene i Wahl-Larsen omhandler, skal få uttale seg og komme med tilsvar på de vurderingene som er gjennomført av uavhengig juridisk bistand.

Havparkens advokat A. Hauger, har gitt sine tilbakemeldinger i notat til MRR på vegne av styret i Havparken AS, i tillegg til at vi har mottatt tilsvar fra daglig leder i Havparken Rolf-Henning Blaasvær.

I denne rapporten er det også tatt inn informasjon fra bidragsyttere som underbygger opplysninger i tilsvarene fra Havparken. Dette gjelder informasjon fra Myhre advokatfirma AS om kvalitetssikring av konkurransegrunnlaget som lå til grunn for den første konkurransen om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset, samt informasjon fra selskapenes revisor BDO som bekrefter informasjon fra Havparken til MRR i forbindelse med denne undersøkelsen.

En oppsummering av innhentede data er tatt inn som eget avsnitt til hver av problemstillingene, i tillegg til at vi knytter våre kommentarer til den enkelte problemstilling med bakgrunn i de dataene vi har mottatt.

Vi har via denne undersøkelsen forsøkt å belyse forhold av offentlig interesse i prosessen med opparbeidelse av næringsområdet på Bolgneset i tråd med bestilling fra bystyret og kontrollutvalget.

De første notatene vi mottok fra Wahl-Larsen AS ble i tillegg sendt til kommunedirektøren i Kristiansund kommune for tilbakemelding/kommentar. Dette ble gjort da kommunen har hatt en betydelig rolle i arbeidet med utvikling av dette utbyggingsprosjektet, og der administrasjonen har deltatt i saksbehandling for selskapet og vært aktiv i etableringen av de to kommunale heleide aksjeselskapene Bolgneset Utvikling AS, nå Havparken AS, og Bolgneset Eiendom AS, nå Havparken Eiendom AS. I tillegg til dette var også Kristiansund kommune delaktig i arbeidet med å fremforhandle og legge fram en ferdig engasjementsavtale med daglig leder på første styremøte i Havparkenselskapene i februar 2017.

KOMMUNIKASJON MED HAVPARKENSELSKAPENE

I løpet av arbeidet med denne undersøkelsen har vi hatt utstrakt kommunikasjon med Havparken v/daglig leder, både via møter, samtaler og e-postutveksling. I oppstartmøte med styreleder og daglig

leder i selskapene ble det informert om det oppdraget MRR fikk fra bystyret/kontrollutvalget, i tillegg til gjennomgang av behovet for nærmere informasjon/dokumentasjon som grunnlag for å svare ut de enkelte problemstillingene med tilhørende underpunkter/spørsmål. Vi mottok brev fra Havparken datert den 08.04.2022 med skriftlig informasjon, ([vedlegg 9](#)).

Den informasjonen vi i utgangspunktet hadde om selskapene ble etter hvert supplert med ny informasjon og dokumentasjon oversendt fra daglig leder. Dette omfattet styresaker, saker til generalforsamlinger, møteprotokoller, regnskapsopplysninger, inngått avtale med daglig leder om markedsføring av Havteknologisenter på Bolgneset (2021), og annen informasjon vi har hatt behov for. Vi har fått tilsendt dette etter det behovet som har oppstått underveis i arbeidet, noe som har medført at det har tatt noe tid før vi har hatt all nødvendig dokumentasjon tilgjengelig. Vi har i tillegg gjennomført eget møte med daglig leder i Havparkenselskapene, hvor det blant annet ble informert om status i arbeidet og utvekslet informasjon tilknyttet de aktuelle problemstillingene. I forbindelse med ferdigstillingen av rapporten har det vært kontakt både med daglig leder og med styreleder i Havparken.

UAVHENGIGHET

Revisor skal være uavhengig og objektiv ved utførelsen av sine oppgaver. Vurdering av uavhengighet skal dokumenteres for hver forvaltningsrevisjon, og uavhengigheten må vurderes gjennom hele forvaltningsrevisjonen. Alle som har utført oppgaver i denne undersøkelsen/forvaltningsrevisjonen ivaretar kravet til uavhengighet når det kommer til Kristiansund kommune og Havparkenselskapene, og har levert egenerklæring om sin uavhengighet til oppdragsansvarlig revisor for prosjektet.

Det er i tillegg innhentet en vurdering av uavhengigheten til Møre og Romsdal Revisjon SA til Kristiansund kommune, utført av advokat Trond Stang AS. Dette med bakgrunn i at tidligere økonomisjef i Kristiansund kommune nå er daglig leder i Møre og Romsdal Revisjon SA. Daglig leder i MRR har på ingen måte vært involvert i dette prosjektet.

1.3. HØRING

Et foreløpig utkast av rapporten ble sendt på høring til Havparken v/styreleder og daglig leder og Kristiansund kommune v/kommunedirektør. Endelig høringsrapport har i tillegg vært til uttale hos de samme høringsinstansene. Fra Havparken-selskapene har vi mottatt hørings svar på utkast til rapport fra styreleder i havparken-selskapene på vegne av styret, i tillegg til kommentarer fra selskapenes daglige leder. Disse er vedlagt rapporten i sin helhet, og kan leses i vedleggene 24 og 25.

Vi registrerer at høringsuttalelsen fra styreleder inneholder nye opplysninger om at styreleder var i kontakt med innkjøpsavdelingen i Kristiansund kommune før inngåelse av kontrakt med daglig leder inngått i 2021. Vi har ikke vært i kontakt med innkjøpsavdelingen om denne kontakten. Det endrer ikke konklusjonene i rapporten, men kan være en tilleggsopplysning om at en har forsøkt å avklare forhold rundt terskelverdier og utlysningsplikt.

Vi har i tiden mellom høringsrapport og endelig rapport foretatt noen justeringer av redigeringsmessig karakter.

Daglig leder omtaler i et punkt om «Habilitet» i sitt høringssvar. Til dette kan vi kommentere at vi ikke har vært i kontakt med vedkommende saksbehandler angående å omtale dette i vår rapport. Dette fordi vi mener dette framstilles kun som et eksempel på uheldig saksbehandling og rolleblanding, og at dette er et ansvar som tilligger Kristiansund kommune. Vi har tatt denne problemstillingen opp med kommunedirektør som rette vedkommende. Daglig leders kommentarer kan leses i vedlegg 25.

Vi har ikke mottatt høringsuttale fra kommunedirektøren i Kristiansund kommune på utsendt høringsrapport. I forbindelse med at vi sendte de tre innhentede vurderingene fra de uavhengige advokatene hos Wahl-Larsen til kommunedirektøren for å sikre kontradiksjon, mottok vi følgende tilbakemelding:

Hei,

Administrasjonen (gjennom kommunedirektøren) er ikke delegert noen myndighet fra bystyret i anledning disse selskapene, så det vil være uriktig å gi administrative kommentarer.

Arne Ingebrigtsen

Kommunedirektør, Kristiansund

2. PROBLEMSTILLING 1: ANBUD

2.1. FUNN: KONKURRANSE ENTREPRISE

- 1: BLE DEN AVLYSTE KONKURRANSEN OM ENTREPRISEKONTRAKT AVHOLDT I TRÅD MED ANSKAFFELSESREGELVERKET
- 2: VILLE KONTRAKTSINNGÅELSE MED DELTAKEREN I KONKURRANSEN HA VÆRT EN ULOVLIG DIREKTE ANSKAFFELSE?

Når det gjelder spørsmål 2, har Havparken vurdert og konkluderte med at en eventuell kontraktsinngåelse i 2022 sannsynligvis ville være en ulovlig direkteanskaffelse som følge av den tiden som hadde gått fra utlysning av konkurransen til eventuell kontraktinngåelse. Dette er også i tråd med advokat Fribergs vurdering, i tillegg til at KOFA hadde en anmerkning om dette i sin vurdering av klagesaken datert 11.mars 2022.

Når det gjelder spørsmål 1 har advokat Friberg, etter utarbeidelse av uavhengig vurdering, tilsvar og ny vurdering og tilsvar, konkludert med 3 regelbrudd som beskrevet nedenfor i sitt notat av 14.11.22. Advokat Hauger, på vegne av Havparken, er ikke enig i dette, og nærmere begrunnelser fra både Friberg og Hauger framgår i egne vedlegg.

- *Tildelingskriteriet «Lavest eierandel» fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for identifisering av lavest pris.*
- *«Konkurranskriteriene» fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 14.3 synes uforenlige med anskaffelsesforskriftens system for gjennomføring av en konkurranse. Alternativt fremstår kriterienes status/betydning som uklare, med den konsekvens at konkurransegrunnlaget anses for uklart, og derved i strid med kravet til forutberegnelighet i LOA § 4, jf. punkt III, 3 nedenfor.*
- *Tildelingskriteriet «Kortest gjennomføringstid» fremstår som uklart.*

I forbindelse med sin gjennomgang har advokat Friberg også omtalt mulige regelbrudd. I forståelse med kontrollutvalget er det ikke gått videre for mer avklaringer på disse punktene da konkurransen ble avlyst.

I det følgende vil vi redegjøre kronologisk for notater/vurderinger fra den uavhengig juridisk kompetanse og tilsvar/kontradiksjoner som er mottatt fra styret³ i Havparken-selskapene, daglig leder og Kristiansund kommune:

- | | |
|----------|---|
| 26.04.22 | Notat Wahl-Larsen Advokatfirma AS – VURDERING AV HVORVIDT KONKURRANSE OM OPPARBEIDELSE AV NÆRINGSAREAL PÅ BOLGNESET, KRISTIANSUND KOMMUNE, ER GJENNOMFØRT I HENHOLD TIL ANSKAFFELSESREGELVERKET |
| 01.07.22 | Notat Tenden Advokatfirma ANS – TILBAKEMELDING PÅ NOTAT FRA WAHL LARSEN ADVOKATFIRMA |

³ Tenden Advokatfirma ANS har svart på vegne av styret i Havparken-selskapene

08.07.22	Notat Wahl-Larsen Advokatfirma AS – TILBAKEMELDING PÅ NOTAT FRA TENDEN ADVOKATFIRMA
11.08.22	Notat Myhre & Co Advokatfirma AS – KVALITETSSIKRING AV KONKURRANSEGRUNNLAG
11.11.22	Notat Tenden Advokatfirma ANS - TILBAKEMELDING PÅ UTKAST TIL RAPPORT
14.11.22	Notat Wahl-Larsen Advokatfirma AS – KOMMENTARER TIL NOTAT FRA ADVOKAT ANDERS HAUGER AV 11. NOVEMBER 2022

I tillegg er det mottatt svar på høringsutkast fra styreleder i Havparken-selskapene. Dette er omtalt i avsnitt over, og er med som eget vedlegg.

NOTAT FRA WLA V/ADVOKAT T. FRIBERG DATERT 26.04.2022

Vi gjør oppmerksom på at dette er første notat fra advokat Friberg, før det var mottatt tilleggsinformasjon som jf. avsnittet over nyanserte standpunktene.

Advokat Friberg bygger sine vurderinger i notatet av 26.04.22 blant annet på KOFA's avgjørelse datert 11. mars 2022, med underliggende dokumenter og korrespondanse mellom KOFA og Havparkens advokat. Dette i tillegg til konkurransegrunnlaget om «Opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset, Kristiansund kommune», med tilhørende vedlegg og andre aktuelle dokumenter.

På spørsmålet om konkurransen om kontrakt for opparbeidelse av nytt næringsareal på Bolgneset er gjennomført i tråd med anskaffelsesregelverket, konkluderer/oppsummerer advokat Friberg i sitt første notat datert 26.04.2022 med at følgende forhold **er regelbrudd** i forhold til lov og forskrift om offentlige anskaffelser:

- *Tildelingskriteriet «Lavest eierandel» fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for identifisering av lavest pris.*
- *Tildelingskriteriet «Kortest gjennomføringstid» fremstår som uklart.*
- *«Konkurransekriteriene» fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 14.3 synes uforenlige med anskaffelsesforskriftens system for gjennomføring av en konkurranse. Alternativt fremstår kriterienes status/betydning som uklare, med den konsekvens at konkurransegrunnlaget anses for uklart, og derved i strid med kravet til forutberegnelighet i LOA § 4, jf. punkt III, 3 nedenfor.*
- *Kravet om innarbeidede SHA- og HMS-systemer i konkurransegrunnlagets punkt 12.5 er ikke et lovlig kvalifikasjonskrav. Dette fordi kravet ikke lar seg henføre under den type dokumentasjon som lovlig kan etterspørres i henhold til FOA § 16-6 eller § 16-7. Kravet kunne ha vært en del av kravspesifikasjonen (krav til ytelsen) og/eller oppstilt som en kontraktbestemmelse, jf. punkt 3.2 for nærmere orientering, jf. punkt III, 4 nedenfor.*
- *Manglende opplysninger om hvilke kontraktbestemmelser som skal gjelde innebærer brudd på FOA § 14-3 (1) bokstav b) og § 19-1.*

Når det gjelder **mulige regelbrudd** oppsummeres det med følgende:

- *Det er grunn til å stille spørsmål om konkurransen skulle ha vært kunngjort iht. konsesjonskontraktforskriften. Forutsatt at denne kommer til anvendelse, er det videre*

grunn til å stille spørsmål om manglende angitt kontraktsperiode bryter med forbudet mot tidsbegrensede konsesjonskontrakter i § 8-12.

- *Det er grunn til å stille spørsmål om konkurransen som sådan er tilrettelagt på en måte som bryter med kravet til likebehandling og konkurranse i LOA § 4, dvs. om kombinasjonen av valg av krav og kriterier samlet sett er tilpasset et ønske om valg av et felles tilbud fra Gunnar Holth Grusforretning AS og Hæhre Entreprenør AS*
- *Det foreligger en viss risiko for at kravet til lasteutstyr og utskipingsanlegg under kvalifikasjonskravene (konkurranses grunnlagets punkt 12.8), og under kravspesifikasjonen (konkurranses grunnlagets punkt 3.15) bryter med kravet til forholdsmessighet i LOA § 4 samt FOA § 16-1 (1), og/eller er usaklig/unødvendig konkurransebegrensende, og derved i strid med kravet til konkurranse i LOA § 4,*
- *Utformingen av punktet om avvisning i konkurransegrunnlagets punkt 8.4 kan oppfattes i strid med forbudet mot å forhandle om et tilbud med vesentlig avvik*
- *Kontraktssinngåelse med Gunnar Holth Grusforretning AS/Hæhre Entreprenør AS vil med overveiende grad av sannsynlighet innebære en ulovlig direkte anskaffelse, jf. de forhold KOFA oppsummerer i premiss 45 i sak 2021/1606, samt punkt V nedenfor.*

Hele begrunnelsen for advokat Fribergs oppsummeringer/konklusjoner ligger i vedlegg 10.

TILSVAR FRA HAVPARKEN V/ADVOKAT A. HAUGER DATERT 01.07.2022

Notatet fra Friberg ble oversendt Havparken for å sikre kontradiksjon om notatets innhold. Tilsvaret fra Havparkens advokat A. Hauger v/Tenden advokatkontor AS, konkluderer med at det kun er på ett punkt han er enig med advokat Fribergs vurderinger om regelbrudd og mulige regelbrudd på anskaffelsesregelverket i den aktuelle konkurransen. Dette gjaldt punktet om at det ville vært en ulovlig direkteanskaffelse dersom kontrakt med entreprenørene Holth & Hæhre hadde blitt inngått så lang tid etter at konkurransen ble kunngjort. (Jfr. KOFA's vurdering).

Havparkens advokat er uenig i at de andre punktene som er berørt i advokat Fribergs notat medfører regelbrudd eller er mulige regelbrudd på anskaffelsesregelverket.

Advokat Hauger skriver følgende:

«Det er betegnende at Havparken kun på ett eneste punkt er enig med Notatets vurderinger, og at undertegnede ikke er i tvil om at Notatet tar feil på samtlige av de øvrige punkt. Dette er faktisk og rettslig begrunnet ovenfor (jfr notatet fra Hauger).

Anførselene i Notatet (fra Friberg) om uklarhet rundt tildelingskriteriene er basert på feil tolkning av konkurransegrunnlaget, som det ikke er grunnlag for.

Anførselene i Fribergs notat om mulige regelbrudd oppsummeres slik:

- **Konsesjonskontraktforskriften:**
Problemstillingen i Notatet med konsesjonskontraktforskriften synes å ha sitt utspring i manglende forståelse og misoppfatninger, ikke utenkelig basert på utenforstående sine gjentatte ubegrunnede påstander i media om at Bolgneset-prosjektet utelukkende er et "salg- av-stein-

prosjekt". Det er feil. Kontraktslengden vil i dette tilfelle uansett ha mindre betydning. Avtalene om arbeider som inngås med Havparken Eiendom, et selskap som leverandøren etter få år ville blitt majoritetseier av. Selskapet er da ikke lenger omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

- **Er konkurransen tilrettelagt på en måte som bryter med krav til likebehandling og konkurranse?**

Anførselene om at konkurransen er tilpasset Holth & Hæhre avvises.

- **Bestemmelser om avvisning:**

Oppsummert er det derfor slik at Notatets konklusjon om mulig regelbrudd under dette punkt er feil.

- **Inngåelse av kontrakt med Holdt & Hæhre**

Konkurransen ble avlyst den 24.mai 2022, og inngåelse av kontrakt basert på konkurransen er derfor ikke aktuelt. Dette ble umiddelbart kunngjort på Doffin/TED. Det er i tillegg kunngjort en veiledende kunngjøring med oppfordring til at aktuelle tilbydere melder seg for en markedsdialog før ny utlysning.

I tillegg skriver advokat Hauger:

«Havparken har gjentatte ganger opplevd at politisk motstand mot prosjektet har resultert i gjentatte ubegrunnede og helt uforholdsmessige anklager om ulovligheter – basert på et faktum og en juridisk forståelse som helt har savnet hold i de faktiske forhold og rettslige regler. Flere personer har uttalt seg helt uforbeholdent og skråsikkert i pressen om forhold som de dessverre ikke synes å ha hatt innsikt i.

Havparken finner det skuffende og overraskende å oppleve nok et angrep på et konkurransegrunnlag som er utformet med bistand og kvalitetssikring fra først advokatfirma DLA Piper, så advokat Robert Myhre som en ekstra sikring av at alle juridiske forhold ble grundig vurdert. De involverte advokater var blant de med aller lengst og mest omfattende erfaring fra området offentlige anskaffelser i Norge.

Vi antar at artikler i pressen kan ha påvirket hvordan saken blir vurdert. Advokat Friberg synes i sin nokså frirettslige gjennomgang å bruke "mikroskop" for å finne eventuelle uklarheter».

Hele begrunnelsen fra advokat A. Hauger ligger i [vedlegg 11](#).

FRIBERGS KOMMENTAR TIL HAUGERS NOTAT AV 01.07.2022 (08.07.22)

Advokat Friberg har spesielt poengtert at hun har basert sine vurderinger på dokumenter hun har fått oversendt fra MRR til dette arbeidet. Advokat Friberg har gitt nærmere begrunnelser for sine vurderinger til de punktene som advokat Hauger har bemerket og stilt spørsmål til i hennes notat.

Etter at Friberg ble kjent med nye opplysninger om at det forelå kontraktsdokumenter til utlysningen av konkurransen, er Friberg enig med Hauger i at

«...er jeg –selvfølgelig –enig i at konklusjonen om brudd på FOA § 14-3 (1) bokstav b) og § 19-1 bortfaller, som følge av at det nå er avklart at konkurransegrunnlaget hadde et 19 siders kontraktsdokument.»

Når det gjelder lavest eierandel skriver Friberg:

Jeg fastholder min oppfatning om at tildelingskriteriet fremstår som uklart, alternativt ikke anses for å ha den tilstrekkelige tilknytning til leveransen, jf. de rettslige utgangspunkter omtalt under punkt III, 2.1 (side 3).

Når det gjelder kortest gjennomføringstid skriver Friberg:

Jeg fastholder at tildelingskriteriet er uklart, med den begrunnelse som fremgår av notatets punkt III, 1, 2.1 og aktuelle strekpunkt under 2.2 (side 5).

Friberg kommenterer også innsigelsene til konklusjonene om «åpenbare regelbrudd».

Som avslutning i sin kommentar skriver advokat Friberg følgende:

«Oppsummert er min oppfatning at det ikke er belegg for den type karakteristikk som er benyttet om mine vurderinger i notatet fra advokat Hauger. Det anses ikke på noe måte underbygget at det dreier seg om «friretslige vurderinger», eller «bruk av mikroskop» for å finne eventuelle uklarheter, jf. notatets punkt 7 avslutningsvis. At advokat Hauger «ikke er i tvil om at Notatet tar feil på samtlige av de øvrige punkt», hvilket påstås underbygget faktisk og rettslig, får stå for hans regning.»

Notatet fra advokat Friberg ligger i [vedlegg 12](#).

HAUGERS MERKNADER TIL FORELØPIG HØRINGSUTKAST TIL RAPPORT (11.11.22)

Vi mottok merknader fra advokat Hauger til foreløpig utkast til rapport (11.11.22). Der går det bl.a. frem følgende:

«På bakgrunn av hva vi redegjør for nedenfor i pkt 2, mener vi at konklusjonen i Møre og Romsdal Revisjon SA ("MRR") sin rapport må omformuleres og fremstå annerledes, hva gjelder den juridiske uenigheten mellom advokat Friberg og undertegnede. Etter å ha mottatt siste svarnotat fra advokat Friberg datert 8. juli 2022, er det ikke lenger dekning for MRR å hevde at denne juridiske uenigheten er så stor som MRR hevder.»

og

«Denne oppsummeringen viser at advokat Friberg og undertegnede har ulike oppfatninger av fortolkningen av anskaffelsesforskriften kun på to punkter. Vi henstiller til MRR å korrigere dette i sin rapport»

Merknaden fra advokat Hauger ligger i sin helhet i vedlegg 14.

FRIBERGS SVAR PÅ HAUGERS MERKNAD (14.11.2022)

Etter dette ble advokat Friberg forespurt om det nå var enighet slik adv. Hauger fremstilte det i sin merknad datert 11.11.22. I hennes svar står bl.a. følgende:

Som det fremgår av oppsummeringen i høringsutkastet til rapport, konkluderte jeg i mitt notat av 26. april 2022 med 5 regelbrudd, samt 4 mulige regelbrudd. Hauger har i sitt notat lagt til grunn at jeg i mitt notat av 8. juli 2022 har frafalt 3 av 5 konstaterte regelbrudd, direkte eller indirekte, og at det er følgende konklusjoner om regelbrudd som gjenstår:

- *Tildelingskriteriet «Lavest eierandel» fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for identifisering av lavest pris, jf. punkt III, 1 og 2 nedenfor.*
- *«Konkurranskriteriene» fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 14.3 synes uforenlige med anskaffelsesforskriftens system for gjennomføring av en konkurranse. Alternativt fremstår kriterienes status/betydning som uklare, med den konsekvens at konkurransegrunnlaget anses for uklart, og derved i strid med kravet til forutberegnelighet i LOA § 4, jf. punkt III, 3 nedenfor*

Dette er jeg ikke enig i; det er kun konklusjonen om regelbrudd som følge av manglende kontraktsbestemmelser som er frafalt. Dette grunnet nye opplysninger om at slike var vedlagt konkurransegrunnlaget.

Når det gjelder kvalifikasjonskravet om innarbeidede SHA-og HMS-systemer, er jeg ikke overbevist om at dette er et lovlig kvalifikasjonskrav, jf. punkt 2.1 nedenfor. Det erkjennes dog at spørsmålet er beheftet med usikkerhet, hvilket tilsier at konklusjonen omkategoriseres til et «mulig regelbrudd». Samtidig poengteres at dette uansett anses som et bagatellmessig regelbrudd, som neppe har virket konkurransebegrensende, og derfor er av underordnet betydning.

Videre fastholdes at tildelingskriteriet «Gjennomføringstid» var uklart, og derved ulovlig, jf. kommentarene under punkt 3.2 nedenfor. På samme måte som forannevnte, anses også dette regelbrudd av mer underordnet betydning, jf. muligheten oppdragsgiver hadde til å klargjøre og derved reparere regelbruddet etter tilbudsfrist.»

Kommentarer fra advokat Friberg med nærmere begrunnelser ligger i [vedlegg 15](#).

KVALITETSSIKRING AV KONKURRANSEGRUNNLAGET

Opplysningen i advokat Haugers tilsvarende om at konkurransegrunnlaget ble kvalitetssikret av Robert Myhre⁴ før kunngjøring, ble bekreftet av advokat Myhre i et notat til oss datert 11.08.2022 der det

⁴ Robert Myhre er en av Norges ledende advokater på offentlige anskaffelser, og har 15 års erfaring med offentlige anskaffelser, gjennom forskriftsarbeid, praktisk innkjøp, klagebehandling og som advokat.

står følgende:

«Jeg ble i februar 2019 bedt om å kvalitetssikre et konkurransegrunnlag, for gjennomføring av konkurranse om opparbeiding av næringsareal på Bolgneset. I et avsluttende notat 19.2.2019 ble det opplyst at:

«Det vises til mottatt konkurransegrunnlag for opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset, med tilhørende kontrakt. Jeg har gjennomgått disse, og vurderer det slik at disse kan benyttes til gjennomføring av konkurransen. Metoden for prissetting er utradisjonell, men etter min oppfatning innenfor hva anskaffelsesregelverket tillater.

Jeg har ikke vurdert spørsmål knyttet til merverdiavgift og regnskapslovgivning, men kun vurdert dokumentene opp mot anskaffelsesregelverket og ut fra god kontraktsrettslig praksis.»

Notatet fra advokat Myhre ligger i [vedlegg 13](#).

STYREBEHANDLING OG KOMMUNAL INVOLVERING

I styremøte i Bolgneset Utvikling AS 12.april 2018 ble det i sak 7/2018 «Kontakt med mulig entreprenør/investor» gjort følgende vedtak:

Daglig leder informerte om kontakten med Roy Holth og Albert Hæhre, som begge har bekreftet interesse for prosjektet og ønsker en intensjonsavtale.

Styret ønsker at kontakten videreføres, og at det arbeides med å utarbeide en slik avtale. Samtidig understreker styret at prosessen videre må tilfredsstillere lover og forskrifter om offentlige anskaffelser.

I påfølgende styremøte 30.mai 2018 ble det i sak 15/2018 «Strategi for kontrakt med mulig entreprenør/investor» gjort følgende vedtak:

Daglig leder orienterte om strategien for å håndtere henvendelse og eventuelle forhandlinger med mulige entreprenører/investorer, slik at prosessen vil tilfredsstillere Lov om offentlige anskaffelser.

I styremøte 11.desember 2018 ble det i sak 26/2018 «Forespørsel om entrepris for opparbeidelse av næringsarealene» vedtatt:

Daglig leder orienterte om hvordan det arbeides med en forespørsel om kontrakt for opparbeidelse av næringsarealet. Styret støttet fortsatt strategien om at medeierskap i næringsarealene inngår som delbetaling. Det ble uformelt orientert om hvilke antatte kostnadsnivåer en slik opparbeidelse vil innebære og hvordan dette kan løses med ulike modeller for medeierskap til entreprenør/investor.

Så ble det i styremøte 26.februar 2019 i sak 05/2019 vedtatt:

Styret gjennomgikk på nytt prinsippene i konkurransegrunnlaget, og godkjente at de forelagte dokumentene nå kan legges ut på konkurranse slik fremdriftsplanen tilsier, med utlysning den 6.mars 2019.

De forutsettes at Rådmann og kommunens innkjøpsavdeling også godkjenner dokumentene. Styret ønsker at kommunens standard-formuleringer om Seriositetskrav, herunder krav til lærlinger, m.m. skal innarbeides.

I e-post fra kommunedirektør 10.mai 2022 videresender han intern e-post fra daværende innkjøps sjef fra 20. juli 2021. Der går følgende frem:

«Leste i ett av mange avisinnlegg vedr Bolgneset at Innkjøpstjenesten har godkjent anbudsprosessen. Dette er nok å vri og vende på ordbruk, og medfører heller ikke riktighet, så jeg finner det riktig og presisere.

Innkjøpstjenesten har bistått med gjennomlesning/ kontroll av konkurransegrunnlag, samt å publisere den forutgående kunngjøringen (referert til Trinn 1 i konkurransen) i kommunens konkurransegjennomføringsverktøy. Etter at Hæhre ble kvalifisert i august 2019 har ikke Innkjøpstjenesten bistått med noe som helst ifm dette anbudet. Det er heller ikke mottatt spørsmål om bistand fra Bolgneset vedr Trinn 2. Trinn 2 er den delen av konkurransen hvor de kvalifiserte leverandørene skulle inngi tilbud, med påfølgende forhandlinger, til man til slutt kårer en vinner jf. tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Som kjent ble det bare en leverandør som ble kvalifisert til å inngi tilbud.

Innkjøpstjenesten er ikke kjent med hvilke evalueringer/valg som er gjort i denne fasen av konkurransen. Jeg leser dog i mediene at Hæhre aldri har levert noe tilbud, noe jeg stiller meg meget undrende til».

KOMMENTARER

Oppdragets mandat til advokat Friberg v/Wahl-Larsen Advokatfirma var å påpeke forhold som kunne anses som opplagte regelbrudd, dvs. regelbrudd som ikke krevde nærmere opplysninger om faktum eller «dypdykk» i jussen, samt påpeke mulige regelbrudd, dvs. forhold hvor det vil være nødvendig med nærmere kartlegging av fakta for å kunne foreta en vurdering som leder fram til en endelig konklusjon.

Etter utarbeidelse av uavhengig vurdering, tilsvare og ny vurdering og tilsvare, konkluderer advokat Friberg med regelbrudd og mulige regelbrudd som beskrevet nedenfor i sitt notat av 14.11.22. Advokat Hauger, på vegne av Havparken, er ikke enig i dette, og nærmere begrunnelser fra både Friberg og Hauger framgår i egne vedlegg. Friberg gir uttrykk for følgende:

REGELBRUDD

- *Tildelingskriteriet «Lavest eierandel» fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for identifisering av lavest pris.*
- *«Konkurransekriteriene» fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 14.3 synes uforenlige med anskaffelsesforskriftens system for gjennomføring av en konkurranse. Alternativt fremstår kriterienes status/betydning som uklare, med den konsekvens at konkurransegrunnlaget anses for uklart, og derved i strid med kravet til*
- *Tildelingskriteriet «Kortest gjennomføringstid» fremstår som uklart.*

Fribergs opprinnelige konklusjon om at anskaffelsesregelverket var brutt på bakgrunn av at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt aktuelle kontraktbestemmelser, skyldes at kontraktbestemmelsene manglet i den dokumentasjonen vi henviste til og som lå på Doffin. Fullstendig dokumentasjon var kunngjort via Mercell⁵. Dette førte til at en delkonklusjon i Fribergs notat bygget på ufullstendig dokumentasjon. Til dette skriver Friberg følgende:

«Dog er jeg – selvfølgelig – enig i at konklusjonen om brudd på FOA § 14-3 (1) bokstav b) og § 19-1 bortfaller, som følge av at det nå er avklart at konkurransegrunnlaget hadde et 19 siders kontraktsdokument».

I og med at konkurransen av 19.04.2019 ble vedtatt avlyst av styret i Havparken AS den 24.05.2022, har vi i forståelse med kontrollutvalget ikke sett det som hensiktsmessig å gå videre med utdypende undersøkelser om forholdene advokatene Friberg har omtalt som mulige regelbrudd i konkurransegrunnlaget, og som det framstår å være uenighet om mellom uavhengig advokat Friberg og Havparkens advokat A. Hauger. Vi har heller ikke hatt ressurser til å gjøre dette.

Vi har forsøkt å få frem vurderinger fra advokat Friberg og vi har også vært opptatt av å få frem alle innsigelser/kontradiksjoner fra Havparken ved advokat Hauger, daglig leder og eventuelt andre, for å sikre en balansert fremstilling, og for å sikre åpenhet om det som framkommer. Som nevnt tidligere ble konkurransen avlyst, og ny konkurranse om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset i Kristiansund kommune ble kunngjort den 11.09.2022 med tilbudsfrist 13.10.2022.

Advokat Hauger har på vegne av Havparken-selskapene poengtert at det er «lite tilfredsstillende» at «mulige regelbrudd blir hengende ved Havparken selv om det er redegjort for at Havparken ikke er enig». Videre skriver daglig leder i e-post at «siden Havparken er fratatt muligheten til å få disse forholdene nærmere utredet, bør slike anklager/påstander fra advokat Friberg ikke fremkomme i den endelige rapporten».

Når det gjelder styrets rolle ser vi at det i styremøte i Bolgneset Utvikling AS 12.april 2018 i sak 7/2018 «Kontakt med mulig entreprenør/investor», ble gjort følgende vedtak:

Daglig leder informerte om kontakten med Roy Holth og Albert Hæhre, som begge har bekreftet interesse for prosjektet og ønsker en intensjonsavtale.

Styret ønsker at kontakten videreføres, og at det arbeides med å utarbeide en slik avtale. Samtidig understreker styret at prosessen videre må tilfredsstillende lover og forskrifter om offentlige anskaffelser

Dette er noe også KOFA nevner i sin redegjørelse, og uten at vi omtaler dette spesielt, så merker vi oss at det fremmes et ønske om å arbeide videre med å inngå en intensjonsavtale, samtidig som regelverket for offentlige anskaffelser skal følges.

⁵ Elektroniske anbudsverktøy

På den annen side ser vi at styret i påfølgende møter var klare på at anskaffelsesregelverket skulle følges, og at det ble innhentet en ekstra kvalitetssikring av konkurransegrunnlaget fra advokat Robert Myhre i Myhre & Co Advokatfirma AS før konkurransen ble kunngjort (Opplysningene om at Myhre hadde foretatt en kvalitetssikring av konkurransegrunnlaget, ble først kjent for oss i tilsvaret fra advokat Hauger datert 01.07.2022). Videre bekrefter Kristiansund kommune at *«Innkjøpstjenesten har bistått med gjennomlesning/ kontroll av konkurransegrunnlag»*.

Om kommunal saksbehandling

Det ble fremmet en sak for formannskapet 10.11.2020. Tittel på saken var:
«Bolgneset går fra fase 1 til fase 2 - Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre».

Saken ligger som eget vedlegg til denne rapporten, [vedlegg 16](#).

Vi registrerer at et styremedlem i Bolgneset Utvikling AS, og som samtidig var ansatt i Kristiansund kommune, er ført opp som saksbehandler for kommunen i saksutredningen. Etter vår vurdering kan det stilles spørsmål til habiliteten ved en slik saksbehandling.

Vi ser også at formannskapet i denne saken vedtok følgende:

- 1. Prosjekt Bolgneset inneholder opparbeidelse av nytt næringsareal og etablering av et havteknologisenter innen havnæringer innenfor arealet som inngår i reguleringsplan R-293. Formannskapet godkjenner Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre.*
- 2. Rådmann og styret i Bolgneset Utvikling gis fullmakt til å gjennomføre Overordnet Avtale, samt inngå underliggende avtaler med Holth/Hæhre og deres partner.*
- 3. Rådmann og styret i Bolgneset utvikling bes sikre eierskapsmøter hvor bystyret som eier blir orientert om forhold av betydning i den videre prosessen med utvikling av Bolgneset næringsområde.*

Vi registrerer at formannskapet med dette ga både rådmannen og styret fullmakt til å arbeide med avtaler. I saksutredningen går det også frem: *«Rådmann og styret tar ansvaret for forhandlingene mellom kommunens to selskaper og Holth/Hæhre - og rådmann gis fullmakt til å sluttbehandle dette.»*

Kommunal saksbehandling var ikke en del av mandatet til denne undersøkelsen, men vi mener likevel det er nødvendig å påpeke dette da vi ser at det kan stilles spørsmål ved habilitet og roller.

2.2. RELASJON TIL KONSULENT

1: ER ENGASJEMENTET AV EN KONSULENT SOM DAGLIG LEDER EN OFFENTLIG ANSKAFFELSE?

2: BURDE EVENTUELT STILLINGEN SOM DAGLIG LEDER VÆRT LYST UT OFFENTLIG?

Når det gjelder spørsmål 2 konkluderer både advokat Friberg og advokat Bårdsen med at dette ikke er en ansettelse, men et engasjement av konsulent. Havparkens revisor BDO har bekreftet at daglig leder ikke har vært behandlet som ansatt arbeidstaker i selskapet for angitt periode, men som engasjert konsulent.

Når det gjelder spørsmål 1 vurderer advokat Friberg at engasjementet som daglig leder var en ulovlig direkte anskaffelse. Advokat Friberg vurderer at det forelå en plikt til å kunngjøre den avtalen som ble inngått i 2017 i tråd med forskriftens del III, som omfatter anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Dette ut fra at utbetaling av avtalt bonus etter hennes vurdering skulle vært hensyntatt ved beregningen av anskaffelsens verdi, og at denne kunne passere EØS-terskelverdien som den gangen var 1,75 millioner ekskl. mva. og utløse kunngjøringsplikt. Det er beregningsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 2-3, som viser hva som skal legges til grunn for en slik verdiberegning. Manglende kunngjøring vil da innebære en ulovlig direkte anskaffelse. Dette er ikke daglig leder i Havparken-selskapene enig i.

Dersom beregningen av anskaffelsens verdi ikke er korrekt med tanke på det som er nevnt ovenfor, i tillegg til punktet om at disse to avtalene ses under ett, vurderer advokat Friberg det slik at det likevel kan konstateres et brudd på anskaffelsesregelverket fordi kravet om å forsøke å sikre konkurranse i tråd med lov om offentlige anskaffelser § 4 ikke er oppfylt.

I det følgende vil vi redegjøre for notater/vurderinger fra den uavhengig juridisk kompetanse og tilsvar/kontradiksjoner som er mottatt fra styret i Havparken-selskapene og daglig leder:

NOTAT FRA WLA V/ADVOKAT FRIBERG DATERT 07.09.2022

På spørsmål om hvorvidt avtale mellom Bolneset Utvikling AS og Rolf Henning Blaasvær 1. februar 2017 og inngått avtale 22. april 2021 var en ulovlig direkte anskaffelse, oppsummerer/konkluderer advokat Friberg i sitt notat av 07.09.2022 med følgende:

1. INNLEDNING

Jeg har fått i oppdrag å vurdere hvorvidt avtalen som ble inngått mellom Bolneset Utvikling AS (BU) og Rolf-Henning Blaasvær (RHB) den 1. februar 2017 om engasjement som daglig leder, med tilleggs-avtale 22. april 2021, var en ulovlig direkte anskaffelse. Med ulovlig direkte anskaffelse menes «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», jf. merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

KOFA tok ikke stilling til dette ved sin avgjørelse i sak 2021/1606. Dette fordi klagen ikke var innsendt til KOFA innen fristen på 2 år etter kontraktsinngåelse, jf. klagenemndforskriften §13a andre ledd.

KOFA uttalte dog at «mye» kunne tale for at det «reelt sett dreide seg om innkjøp av konsulent-tjenester», som kunne være kunngjøringspliktig.

2 OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Avtalene som ble inngått mellom BU og RHB fremstår reelt sett som et oppdrag om utførelse av tjenester iht. FOA § 4-1 c, og ikke en ansettelseskontrakt. Følgelig kunne avtalene ikke inngås med hjemmel i unntaket for ansettelsesavtaler iht. FOA § 2-4 bokstav f). Jeg er heller ikke kjent med forhold som skulle tilsi at andre unntaksbestemmelser fra regelverket kommer til anvendelse.

Avtalt bonus var estimert til 18,5 millioner. Det kan således ikke være tvilsomt at tjenestekontrakten skulle ha vært kunngjort iht. FOA del I og del III, jf. at EØS-terskelverdien per februar 2017 var 1,75 mill. eks. mva. Manglende kunngjøring innebærer at avtalen var en ulovlig direkte anskaffelse, hvilket samtidig innebærer at tilleggsavtalen også anses som en ulovlig direkte anskaffelse.

Domstolene har – i likhet med KOFA – imidlertid ikke kompetanse til å ilegge sanksjoner iht. LOA § 13 (kjenne kontrakten uten virkning) og § 14 (avkorte løpetid el. Idømmeovertredelsesgebyr)».

Videre skriver advokat Friberg:

«Kollega Merete Bårdsen har i notat av 22. august 2022 bl.a. foretatt en vurdering av om RHB har et ansettelsesforhold, eller om han er selvstendig oppdragstaker. Konklusjonen er – ut fra en totalvurdering og basert på nasjonal rett – at RHB i realiteten ikke er ansatt i BU, nå Havparken Utvikling AS. De momenter hun vektlegger, jf. notatets punkt 5 a), tilsier at konklusjonen må bli den samme når det er det EU-rettslige begrepet «arbejdsaftaler» som skal legges til grunn, jf. KOFA's vurdering under foregående punkt».

Nærmere begrunnelse for advokat Fribergs oppsummering – konklusjon ligger i [vedlegg 17](#).

TILSVAR FRA DAGLIG LEDER I HAVPARKEN-SELSKAPENE DATERT 14.09.2022

Som tilsvaret til dette har daglig leder i Havparken-selskapene sendt oss et notat der blant annet hans vurdering av bakgrunnen for inngåelse av denne avtalen er nærmere forklart. Fra dette notatet siteres følgende:

Undertegnede ble engasjert av Statoil tilbake i 1992/1993 om å bistå med en endringsprosess i bl.a. selskapsstrukturen på oljeforsyningsbasen i Kristiansund. Resultatet ble at Statoil solgte seg ut av driftsselskapet (det som nå er kjent som Vestbase AS). Samtidig påtok Statoil seg sammen med den gang Saga Petroleum og Kristiansund kommune, eierskapet og ansvaret for å videreutvikle infrastrukturen i den stadig fremvoksende oljeforsyningsbasen i Kristiansund, da med Vestbase som leietaker.

Eiendomsselskapet Vikan Eiendom AS ble dannet, med Statoil som hovedaksjonær og Saga samt Kristiansund kommune som medaksjonærer. Undertegnede ble engasjert som daglig leder.

Engasjementet varte frem til 2007. I den perioden hadde undertegnede ansvaret for til dels store og komplekse utbygginger av infrastruktur. Ikke minst en stor arealutvidelse - kjent som Østområdet - som innbefattet en krevende reguleringsprosess med konsekvensutredning,

omfattende eiendomsverv, og engasjement av entreprenør med sprengning og utskipning av overskuddsmasse.

Deretter engasjerte undertegnede seg i et tilsvarende prosjekt på Averøy. Her var undertegnede daglig leder for Averøy Eiendom AS, og prosjektleder for tilsvarende arbeidsoppgaver som for Vikan Eiendom AS. Dette engasjementet varte frem til 2012.

I tillegg arbeidet undertegnede i flere år med utredning av et tilsvarende større infrastrukturprosjekt i Bjugn kommune, noe som dessverre ikke ble realisert.

I disse tre store prosjektene opparbeidet undertegnede seg en solid erfaring med å håndtere slike prosesser. Og ikke minst et kontaktnett for dette. Også innad i Kristiansund kommune.

Over en periode hadde Kristiansund kommune selv utredet byens avhengighet av oljebasert næringsvirksomhet, sett i lys av at denne næringen de neste årtier gradvis vil avta. Det ble utredet satsing på nye fremvoksende næringer, knyttet til havet. Til det ønsket kommunen å utvikle et helt nytt større næringsareal, som allerede var avsatt med dette formålet i kommunens arealplan. Kommunen ønsket å utvikle Bolgneset-området. Utfordringene her var ansett som ganske identisk med Østområdet; en krevende planprosess, uavklarte eiendomsforhold, og engasjement av entreprenør med spesialkompetanse.

Rådgiver Helge Hegerberg kontaktet da undertegnede, og forespurte om jeg kunne være villig til å være med på et slikt kommunalt prosjekt, ut fra min kompetanse og erfaring.

Etter at Hegerberg og undertegnede over en periode hadde utredet hva et slikt prosjekt på Bolgneset ville kunne innebære, sa undertegnede seg villig. Og kommunens tanker var modne for å fremlegges for kommuneledelsen. Dette ble gjennomført på det som i ettertid er kalt Oppstartsmøtet, og fant sted den 14.april 2015.

Sjelden er så mange ledere i en kommune samlet på ett og samme prosjektmøte; med ordfører, varaordfører, rådmann og rådgiver næringsseksjonen. Hegerberg og undertegnede presenterte prosjektplanene, og det ble der og da besluttet å igangsette prosjektet. Men kommunen hadde begrensede muligheter til å bevilge økonomiske midler. Derfor avtalen om «no-cure-no-pay». Etter at prosjektet ble enda mer modent og detaljutredet, ble det fremlagt for Bystyret og godkjent der.

Undertegnede måtte kunne legge til grunn at kommunens øverste ledelse, både individuelt og i hvert fall samlet, på Oppstartsmøtet hadde den myndighet at de kunne forplikte kommunen. Eventuelle avklaringer mot ulike regelverk om å engasjere en konsulent til dette arbeidet, forutsatte undertegnede at var kommunens ansvar.

Oppsummert ble det konkludert med at det neppe var andre konsulenter tilgjengelig med nødvendig kompetanse og erfaring, som over flere år ville akseptere å arbeide vederlagsfritt «no-cure-no-pay» med en usikker success-fee først mange år frem i tid.

Til slutt i sitt tilsvaret skriver daglig leder:

«Undertegnede hadde ved avtaleinngåelsen også risikoen for at Succesfee'n kunne bli kroner null.

Sannsynligheten for at prosjektet ikke lot seg gjennomføre, ble vurdert som høyere enn 50%. Dette baseres på at det var fire tidligere profesjonelle aktører/selskaper som vurderte og forsøkte å gjennomføre en reguleringsprosess, men ga opp. Dette var også en av begrunnelsene for at kommunen ikke løpende ville betale for engasjementet av en konsulent. Løsningen ble «no-cure-no-pay. Jeg overlater til juristene å vurdere om det kan være en ulovlig direkteanskaffelse å inngå en kontrakt med en konsulent hvor sannsynligheten for at det ikke utbetales godtgjørelse er større enn 50 %. Det framkommer ikke i notatet fra Friberg at denne problemstillingen er behandlet».

Daglig leders tilsvaret ligger i [vedlegg 18](#).

I tillegg skriver Blaasvær i en epost til MRR den 11.11.22 i forbindelse med foreløpig høringsrapport blant annet følgende om avtalene fra 2017 og 2021:

3) Avtalen fra 2017 mellom RHB og Havparken AS

«Jeg konstaterer at adv Friberg ikke er enig at de vurderingene som RHB og kommunen foretok i 2015 og 2016 forut for avtaleinngåelsen, som endte med at engasjementet av RHB ikke ble kunngjort som en konkurranse. Hennes vurdering kan ikke ensidig gjengis i MRR-rapporten som et faktum og en sannhet.

Virkeligheten er annerledes:

Kommunen og undertegnede vurderte det slik at det var mindre enn 50% sannsynlighet for å lykkes. Dette bygget vi på at fire seriøse aktører tidligere hadde forsøkt å omregulere området og å erverve dette fra grunneierne til en akseptabel pris. Disse fire var Frei kommune, Franzefoss AS, Mekvik Entreprenør AS og Sub Sea Base AS. Disse fire hadde alle inngått opsjonsavtaler og/eller kjøpt en mindre del av området, med den målsetting å etablere næringsvirksomhet på området. Etter flere års utredning og "kamp" med sektormyndighetene, måtte alle fire til slutt gi opp.

Når Kristiansund kommune derfor i 2014/2015 sterkt ønsket å forsøke og samtidig ikke ønsket å bruke store penger på en konsulent som skulle forsøke, ble undertegnede kontaktet om jeg var villig til en "no-cure-no-pay" avtale, dvs en avtale med bonus hvis jeg lykkes. Min faglige bakgrunn med teknisk/økonomisk/juridisk kompetanse, var det etter kommunens vurdering ingen som kunne matche. At jeg tidligere hadde lykkes med to andre store, tilsvarende prosjekter i regionen (Vikan Øst og Hestvikholmen) var bevis nok for kommunen. Også for disse to prosjektene var "forståsegpåere" av den mening at RHB ikke ville lykkes. Her tok de feil.

Det ble altså vurdert at denne avtalekonstruksjonen med mindre enn 50% sannsynlighet ville være under terskelverdien. Det ble også vurdert at en avtale med meg var et så usedvanlig fordelaktig tilbud, at det ikke utløste konkurranseplikt.

RHB skriver videre:

«MRR må derfor nyansere sine noe for bastante konklusjoner om at 2017-avtalen skulle ha vært kunngjort og er å anse som en ulovlig direkteanskaffelse. Undertegnede hevder at dette er direkte galt, men kan til nød akseptere at det er faglig uenigheter om dette. Disse faglige uenighetene har ikke blitt gjenstand for grundig juridisk utredning. MRR har kun en advokats synspunkter å forholde

seg til. I et så alvorlig faglig spørsmål må MRR ta inn over seg at det nok er uenigheter, selv blant faglige dyktige advokater».

2) Avtalen fra 2021 mellom RHB og Havparken AS

MRR har valgt å lytte til adv Friberg når hun påstår at denne avtalen er en del av avtalen fra 2017. Vi som sitter innenfor i prosjektet, er tydelig på at denne avtalen er en frittstående avtale, uten bindinger og føringer til hovedavtalen fra 2017.

MRR kan ikke ensidig legge til grunn synspunktet til en utenforstående, og på det grunnlag trekke de alvorlige konklusjoner som er gjort.

Saken er at 2021 avtalen er en frittstående avtale om tjenester innen markedsføring som ble inngått 22.april 2021. Vederlaget ble avtalt til kr 40.000,- pr mnd. Det må opplyses at avtalen nå allerede er avsluttet mens engasjementet som prosjektleder i 2017 avtalen fortsatt lever. Det underbygger at 2021 avtalen var en frittstående avtale. Det er fakturert slutfaktura frem til september 2022, og samlet fakturabeløp etter avtaleinngåelse er dermed klart under terskelverdien.

Havparken AS vurderte det slik at det ville være utenkelig å bringe inn en ny utenforstående til dette markedsføringsarbeidet for kun disse månedene, da RHB kjente Havparken-selskapene som "sin egen bukselomme". Det ville tatt altfor store ressurser og for lang tid å gjennomføre en konkurranse, som eventuelt ville ende opp med at en ny person skulle læres opp i "Havparkens sjel".

Vi påstår derfor at 2021-avtalen

- a) står på egne ben
- b) kommer inn under unntaket nevnt ovenfor
- c) og dermed ikke bryter med konkurransekravet
- d) ikke bryter med kunngjøringsplikten
- e) er/var klart under terskelverdien

Det kan ikke være slik at MRR ensidig lytter til hva adv Friberg måtte mene, og vi ber om at formuleringen i oppsummeringen nederst på side korrigeres.

Adv. Fribergs merknad:

I e-post til MRR datert 13.11.2022 skriver advokat Friberg følgende:

«Det er avtalen fra 2017 som fremstår som den sentrale avtalen. Det er ikke sannsynliggjort at noen av anskaffelsesforskriftens unntak for konkurranse eller kunngjøringsplikt kunne ha vært påberopt som grunnlag for direkteanskaffelse uten konkurranse, per det tidspunkt avtalen ble inngått. Verdien av denne passerer etter vår oppfatning terskelverdien og skulle ha vært kunngjort».

KOMMENTARER

I beskrivelsen nedenfor gjengir vi advokat Fribergs vurderinger på avtalene som ble inngått mellom Bolgneset Utvikling As, Bolgneset Eiendom AS og daglig leder i 2017, 2019 og i 2021. Vurderingene fra advokat Friberg er komplettert med tilbakemeldinger i form av notat og e-poster fra daglig leder i

Havparken for å gi en mest mulig balansert framstilling av de spørsmålene som blir omtalt. Følgende gjengis:

Avtalen fra 2017

I sitt notat datert 07.09.2022 konkluderer advokat Friberg med at engasjementsavtalen fra 2017 mellom Bolgneset Utvikling og RHB «fremstår reelt sett som et oppdrag om utførelse av tjenester iht. FOA § 4-1 c, og ikke en ansettelseskontrakt. Følgelig kunne avtalene ikke inngås med hjemmel i unntaket for ansettelsesavtaler iht. FOA § 2-4 bokstav f). Jeg er heller ikke kjent med forhold som skulle tilsi at andre unntaksbestemmelser fra regelverket kommer til anvendelse».

Også i advokat Bårdsens notat av 22.08.2022 framgår det at det ut fra en «totalvurdering av alle relevante momenter konkluderes med at RHB ikke i realiteten er ansatt i Bolgneset Utvikling AS, nå Havparken AS og/eller Bolgneset Eiendom AS, nå Havparken Eiendom AS».

Havparkens revisor BDO har bekreftet at daglig leder Rolf-Henning Blaasvær ikke har vært behandlet som ansatt arbeidstaker i selskapet for angitt periode, men som engasjert konsulent.

Advokat Friberg kommenterer videre i sitt notat av 07.09.2022 at «Avtalt bonus var estimert til 18,5 millioner. Det kan således ikke være tvilsomt at tjenestekontrakten skulle ha vært kunngjort iht. FOA del I og del III, da EØS-terskelverdien per februar 2017 var 1,75 mill. eks. mva. Manglende kunngjøring innebærer at avtalen var en ulovlig direkte anskaffelse, hvilket samtidig innebærer at tilleggsavtalen også anses som en ulovlig direkte anskaffelse». (Terskelverdien angir en grense for når kunngjøringsplikten inntreer).

RHB har kommentert overfor oss i en epost av 13.11.2022 om 2017-avtalen:

«Faktum er at undertegnede, med dengang ass.rådmann Per Sverre Ersvik, i flere møter var innom temaet utlysning og konkurranse. Vi konkluderte at RHBs kompetanse var unik for dette prosjektet, og at andre personer neppe ville gå løs på dette arbeidet over flere år med en slik "no-cure-no-pay"-avtale. (vederlagsfritt arbeid med usikker bonus). Dvs at avtalekonstruksjonen kom inn under unntaket som gjelder for utlysning».

Vi kan opplyse om at unntaket det siktes til er FOA § 5-2 der det står følgende om unntak fra kunngjøringsplikt hvis:

- a. oppdragsgiveren bare kan inngå [kontrakt] med en bestemt leverandør i markedet
- b. oppdragsgiveren kan inngå [kontrakt] på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelsene til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser

Avtalen fra 2019

Adv. Friberg vurderer at avtalen som ble inngått mellom Bolgneset Eiendom (BE) og RHB i 2019, isolert sett ikke fremstår som en gjensidig bebyrdende kontrakt, dvs. en avtale hvor oppdragsgiver forplikter seg til gjenytelser for de oppgaver daglig leder i henhold til avtalen skulle utføre. Dette betyr at dette ikke dreier seg om en tjenestekontrakt i henhold til anskaffelsesregelverkets definisjon

av en kontrakt i forskriftens (FOA) § 4-1 bokstav a. Inngåelse av denne kontrakten er da ikke regulert av anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesloven (LOA) § 2 og FOA § 1-1. Da BU og BE er to forskjellige rettssubjekter, antas, som utgangspunkt, at avtalene som er inngått med det respektive selskap ikke vil kunne bli ansett som en og samme anskaffelse. Det utelukkes dog ikke at realiteten hva gjelder partsforhold og den innbyrdes sammenheng mellom avtalenes innhold vil kunne lede til annen konklusjon.

Advokat Friberg har ikke sett at det har vært nødvendig å foreta en nærmere vurdering av dette, fordi det er avtalene fra 2017 og 2021 som er de sentrale, og at det er disse to avtalene som etter advokat Fribergs vurdering ikke er inngått i samsvar med regelverket.

Avtalen fra 2021

Advokat Friberg har vurdert at avtalen som ble inngått i 2021 mellom Bolgneset Utvikling AS og RHB innebærer en endring, eller et tillegg til, de oppgaver RHB skulle utføre i prosjektet med utgangspunkt i engasjementsavtalen av 2017. Dette innebærer da at hvis avtalen fra 2017 er en ulovlig direkteanskaffelse, vil det samme også ramme avtalen fra 2021. Dette fordi 2021-avtalen og 2017-avtalen vurderes å være en og samme anskaffelse.

Havparken v/Rolf-Henning Blaasvær kommenterer i epost til oss 11.11.2022 følgende:

«Saken er at 2021 avtalen er en frittstående avtale om tjenester innen markedsføring som ble inngått 22.april 2021. Vederlaget ble avtalt til kr 40.000,- pr mnd. Det må opplyses at avtalen nå allerede er avsluttet mens engasjementet som prosjektleder i 2017 avtalen fortsatt lever. Det underbygger at 2021 avtalen var en frittstående avtale».

Blaasvær skriver videre at vi (underforstått Havparken) påstår at avtalen:

a) står på egne ben, b) kommer inn under unntaket nevnt ovenfor, c) og dermed ikke bryter med konkurransekravet, d) ikke bryter med kunngjøringsplikten, e) er/var klart under terskelverdien.

Beregning av anskaffelsens verdi

Når det gjelder bakgrunnen for at anskaffelsens verdi må beregnes samt grunnlaget for dette, har vi mottatt følgende opplysninger fra advokat Friberg i epost av 09.11.2022:

«På det tidspunkt avtalen fra 2017 ble inngått, var den nasjonale terskelverdien 1,1 million millioner kr. ekskl. mva (del II), og EØS-terskelverdien 1,75 millioner kroner kr. ekskl. mva (del III). Det betyr at dersom verdien på avtalen som ble inngått i 2017 oversteg disse terskelverdiene, skulle anskaffelsen vært kunngjort i henhold til anskaffelsesforskriftens (FOA) del II eller III. I anskaffelsesforskriftens § 2-3 er det inntatt regler om hvordan denne verdiberegningen skal gjennomføres, blant annet i forhold til å vurdere verdien av alle opsjoner.

Under enhver omstendighet, dvs. dersom vår beregning av anskaffelsens verdi ikke skulle være rett, herunder vurdering av at avtalene må ses samlet, kan konstateres et brudd på anskaffelses-

regelverket. Dette grunnet manglende oppfyllelse av kravet om å forsøke å sikre konkurranse, nedfelt i LOA § 4.

Det ble også henvist til bestemmelsens punkt 8 der det blant annet står at «Dersom oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger en terskelverdi i § 5-1, jf. § 5-3, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av forskriften som gjelder for hver enkelt delkontrakt.».

Denne verdifastsettelsen vil være avgjørende for om anskaffelsen av den enkelte avtale var omfattet av kunngjøringsplikt eller ikke.

50 % sannsynlighet for utbetaling av bonus opp mot kunngjøringsplikt

Blaasvær har i sitt notat til oss av 14. september 2022 anført at *det var mindre enn 50% sannsynlighet for at avtalt godtgjørelse, dvs. bonusen, ble utbetalt*, og har på bakgrunn av dette stilt spørsmål om avtalen da kunne være en ulovlig direkteanskaffelse. Underforstått er da spørsmålet om man kunne se bort fra avtalens antatte verdi ved beregning av anskaffelsen. Blaasvær skriver følgende til oss i epost den 11.11.2022 som tilsvar på foreløpig høringsrapport blant annet:

«Kommunen og undertegnede vurderte det slik at det var mindre enn 50% sannsynlighet for å lykkes». Og: «Det ble altså vurdert at denne avtalekonstruksjonen med mindre enn 50% sannsynlighet ville være under terskelverdien. Det ble også vurdert at en avtale med meg var et så usedvanlig fordelaktig tilbud, at det ikke utløste konkurranseplikt».

Advokat Friberg vurderte ikke dette i sitt første notat den 26.04.2022 fordi dette ikke var tatt opp som tema på det tidspunktet. Vi har i ettertid innhentet Fribergs kommentar til dette, og vi siterer:

Det framgår av forskriftens § 5-4, 1 at også verdien av en opsjon skal tas med ved beregningen av anskaffelsens verdi, uavhengig av hvor sannsynlig det fremstår om den blir benyttet eller ikke per anskaffelse. Det er etter vår oppfatning ikke relevant å trekke inn sannsynlighet for at bonusen vil bli utbetalt, slik Blaasvær skriver i sitt tilsvar. Vi viser til følgende fra veilederen til anskaffelsesregelverket:

«4.1 Nærmere om beregning av anskaffelsens verdi

Den eksakte verdien for anskaffelsen vil ikke være kjent på tidspunktet for beregningen. Oppdragsgiveren må foreta en forsvarlig vurdering av beregningen av anskaffelsens verdi, ved å ta utgangspunkt i ytelsen som skal anskaffes. Dersom oppdragsgiveren er i tvil om verdien bør han ta høyde for det i fastsettelsen av anslaget».

Med utgangspunkt i disse opplysningene foreligger det ikke grunnlag for å se bort fra mulig bonusutbetaling ved beregningen, dersom det skulle være riktig at oppdragsgiver per det tidspunkt man bestemte seg for å gå til en direkteanskaffelse anså det for mindre enn 50% sannsynlig at bonusen ville bli utbetalt.

Det kan også stilles spørsmål om den erstatningen Blaasvær hadde krav på i henhold til punkt 8 i avtalen fra 2017 (1,2 millioner kroner per år) dersom området ikke ble opparbeidet, også i realiteten må anses for å være en form for betaling som skulle medtas ved beregningen. Da ville det uansett foreligget en plikt til å kunngjøre konkurransen.

Til punktet om erstatning har Blaasvær kommentert følgende:

«Vi leser øverst på side 22 at MRR reiser spørsmålet om den erstatning RHB hadde krav på dersom området ikke ble opparbeidet, også i realiteten må anses for å være en betaling som skulle medtas i beregningen».

Her er MRR mangelfull i sin faktaopplysning. Det er mangelfullt å skrive "dersom området ikke ble opparbeidet".

«Faktum er følgende:

a) RHB ville ikke få et erstatningsbeløp dersom han selv etter flere års vederlagsfritt arbeid likevel ikke klarte å gjennomføre prosjektet, som skyldes motstand fra sektormyndigheter, grunneiere, m.fl.

b) RHB ville kun få et erstatningsbeløp dersom han etter flere års vederlagsfritt arbeid, opplevde at prosjektet ble stanset av ny lovgivning, eller at politikerne i Kristiansund kommune ombestemte seg, og likevel ikke ville utvikle Bolgneset-området til nytt næringsareal. Denne risikoen skulle ikke RHB ta».

Ut fra diskusjonen over mener vi det kan stilles spørsmål til hvorvidt Kristiansund kommune i sitt arbeid med å utarbeide engasjementsavtalen med daglig leder vurderte grundig nok om denne avtalen ble inngått i tråd med lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Vi merker oss også at det i avsnitt under, fremgår at det i styreprotokoll fra styremøte i sak 8/2020 går frem at kommunedirektør har uttalt at *«Saken er ikke en offentlig anskaffelse, men en ansettelse som daglig leder i selskap eid av det offentlige. Avtalen er mellom Bolgneset utvikling AS og Rolf-Henning Blaasvær.»*

3. PROBLEMSTILLING 2: ENGASJEMENTSAVTALER

ER AVTALER INNGÅTT MELLOM DAGLIG LEDER OG HAVPARKENSELSKAPENE (TIDLIGERE BOLGNESET) I TRÅD MED GJELDENDE LOVER OG REGELVERK?

Advokat Bårdsen har i sin gjennomgang ikke konkludert med noen regelbrudd. Hun kommenterer usikkerhetsmomenter og risiko knyttet til avtalens vaghet.

Det er inngått i alt tre avtaler med daglig leder RHB. En opprinnelig engasjementsavtale med Bolgneset Utvikling AS i 2017 (Fase 1), en avtale med Bolgneset Eiendom AS som daglig leder i 2019, og en ny avtale med Bolgneset Utvikling AS i 2021 som omhandler markedsføring (Fase 2).

I referatet fra oppstartmøtet om «mulig opparbeidelse av nytt sjønært industriareal Frei på Bolgneset» datert den 14. april 2015 ([vedlegg 1](#)), blir benevnelsen «tilrettelegger» brukt om daværende initiativtaker til prosjektet Rolf-Henning Blaasvær. I engasjementsavtalen fra 2017 framgår det at RHB er engasjert for å bistå med å utvikle sjønære arealer til næringsvirksomhet på Bolgneset og vestover, der kun benevnelsen «daglig leder» er brukt. Det samme gjelder også den inngåtte engasjementsavtalen mellom Bolgneset Eiendom AS og Rolf-Henning Blaasvær i 2019. Det er først i avtalen som ble inngått 22.04.2021 at RHB benevnes som «Prosjektleder».

3.1. FUNN: AVTALENES INNHOLD

Utgangspunktet for Bårdsens notat er blant annet følgende:

- Engasjementsavtale som daglig leder mellom Bolgneset Utvikling AS og Rolf-Henning Blaasvær (benevnt «Bonusavtale» av advokat Bårdsen) inngått 01.02.2017 og engasjement som daglig leder i Bolgneset Eiendom AS, inngått 09.10.19.
- Avtale mellom Bolgneset Utvikling AS og Rolf-Henning Blaasvær som prosjektleder for fase 2, inngått 22.04.2021. (Tilleggsavtalen).
- I tillegg kommer andre dokumenter av betydning for inngåelse av avtalene.

Bårdsen gir i notatet en kort presentasjon av den inngåtte engasjementsavtalen («Bonusavtalen») siden det er denne som i utgangspunktet danner grunnlaget for hennes gjennomgang.

NOTAT FRA WLA V/ADVOKAT M. BÅRDSSEN DATERT 22.08.2022

I notatet fra WLA datert 22.08.2022 skriver advokat Bårdsen blant annet:

Om engasjementsavtalen

«Bonusavtalen (engasjementsavtalen – vår anmerkning) er undertegnet av styrets leder alene. Iht. vedtektene skal hele styret undertegne i fellesskap. Jeg har imidlertid fått opplyst at styreprotokoll fra 2017 viser at bonusavtalen er drøftet og godkjent av styret i fellesskap, og med vedtak om at styreleder kunne undertegne på vegne av selskapet. Jeg går derved ut ifra at det ikke foreligger habilitetsmangler eller tilblivelsesmangler (som tvang, svik,

villfarelse m.v.) og at avtalen er gyldig inngått.

Da er spørsmålet om avtalen kan være ugyldig på grunn av innholdsmangler. Hovedregelen i norsk rett er at avtaler skal holdes (NL 5-1-2). Avtaleloven har imidlertid bestemmelser som gjør unntak fra dette.

Avtalelovens § 33 lyder: «Selv om en viljeserklæring ellers måtte anses for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis den på grunn av omstendigheter som forelå da den annen part fikk kunnskap om erklæringen, og som det må antas at han kjente til, ville stride mot redelighet eller god tro om han gjorde erklæringen gjeldende.»

«Jeg kan ikke se at denne bestemmelsen kan ha relevans i det foreliggende tilfellet. Det har ikke, så vidt jeg kan se, dukket opp slike omstendigheter, som RHB kjente til, og som gjør at det vil stride mot redelighet og god tro å gjøre avtalen gjeldende».

Avtalelovens § 36 lyder: «En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende». Ved avgjørelsen tas det hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, samt senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

«Vi vet enda ikke om, eventuelt hvor mye, RHB kan tjene på avtalen i fremtiden. Det har, så vidt jeg er kjent med, hittil ikke kommet til noen nye momenter etter at avtalen ble inngått. Det ser ut som om partene har tenkt at det skulle være en gjensidighet i avtalen; RHB skulle stille sin arbeidskraft «gratis» til disposisjon, mot en mulig oppside. Dette blir imidlertid annerledes i og med at RHB har mulighet til å fratre som daglig leder med seks måneders varsel, helt uten konsekvenser for bonusavtalen, og medfører at avtalen ikke kan karakteriseres som en gjensidig avtale. Det arbeidet RHB skulle gjøre var også sannsynligvis ganske beskjedent, i forhold til den mulig oppsiden. Dersom gevinsten skulle vise seg å bli stor vil det kunne vurderes om avtalelovens § 36 kan påberopes, men det er vanskelig å ta stilling til det på dette stadium.

Som nevnt ovenfor fremgår det av punkt 8 at: «Denne avtale med RHB er ikke tidsbegrenset. Det er ikke satt krav til frister for ferdigstilling av utviklingen eller oppstart/ferdigstilling av opparbeidelsen av området på Bolgneset.» Det kan være spørsmål om det likevel kan innfortolkes en tidsbegrensning i avtalen, dvs at kommunen i fremtiden kan si opp bonusavtalen, til tross for denne bestemmelsen. I dommen gjengitt i Rt. 1999 side 1672 uttaler Høyesterett at «Avtalen er en løpende avtale, og dersom det ikke finnes holdepunkter for noe annet, må en slik avtale fra begge parters side kunne sies opp.» Jeg har for liten oversikt over alle momenter i saken til at jeg kan gi en konkret vurdering av om en slik begrunnelse for en oppsigelse kan vinne frem i denne saken. På det nåværende tidspunkt virker det mindre sannsynlig, siden RHB så langt jeg er kjent med enda ikke har mottatt noe godtgjørelse iht. avtalen, mens han på sin side har oppfylt sin del av avtalen.

Advokat Bårdsen oppsummerer sine hovedfunn etter vurdering av engasjementsavtalen fra 2017 slik:

«Det mest iøynefallende med avtalen er at den er så lite omfattende og detaljert. Den skal regulere komplekse forhold, som også inkluderer generasjonsskifte. Den kan vise seg å få den virkning at vesentlige verdier som kunne tilfalt kommunen, i stedet tilfaller en privatperson, som på sin side ikke har forpliktet seg for lengre tid fremover enn seks måneder.

Avtalen er tidsbegrenset. Dette er problematisk i seg selv, da forholdene lett kan endres over lang tid. Mange elementer er uregulert, og kan føre til tolkningstvister og rettslige prosesser i ettertid. Dette elementet gjør seg ekstra gjeldene når en avtale er tidsbegrenset. Avtalen kan måtte gjennomføres av andre enn dem som deltok ved inngåelsen, og som derved mangler kunnskap om partenes intensjoner. Avtalen inneholder også en erstatningsklausul, som er svært mangelfullt formulert, og som vil kunne bli gjenstand for tvister.

Ut fra en totalvurdering av alle reelle momenter konkluderes det i tillegg med at daglig leder ikke er ansatt i Bolgneset Utvikling AS, nå Havparken Utvikling AS og/eller Bolgneset Eiendom AS, nå Havparken Eiendom AS».

«I avtalens punkt 4 framgår det at: RHB engasjeres som konsulent gjennom hans eget selskap, som innebærer at Bolgneset Utvikling AS ikke har arbeidsgiveransvar».

«Rådmannen har svart på en henvendelse fra en journalist om hvorfor ikke avtalen ble lyst ut som en offentlig anskaffelse. Svaret er gjengitt i referat fra styremøte, sak 8/2020.

Rådmannen svarte at

«Saken er ikke en offentlig anskaffelse, men en ansettelse som daglig leder i selskap eid av det offentlige. Avtalen er mellom Bolgneset utvikling AS og Rolf-Henning Blaasvær.»

Dette svaret er stikk i strid med avtalen med RHB og de faktiske forholdene».

Bårdsen skriver videre om dette:

«Det medfører usikkerhet på hva som er det egentlige faktum på dette ikke helt uviktige området. Det står i motstrid til avtalens pkt 4 overfor, hvor det eksplisitt er avtalt at RHB engasjeres som konsulent gjennom hans eget selskap, og at Bolgneset Utvikling AS ikke har arbeidsgiveransvar.

Bårdsens konklusjon er følgende:

«Jeg har i denne gjennomgangen stilt spørsmål ved rasjonaliteten bak inngåelsen av bonusavtalen. Kommunen fikk i Fase 1 en mulighet til å engasjere en daglig leder uten å betale normal lønn, men nedsiden for kommunen må sies å være svært stor. Både avtalens kompleksitet, potensielt høye verdi for avtalemotparten (og hans arvinger), uten gjentelser, og avtalens tidsbegrensning er problematisk. Tilleggsavtalen gjør dette også enda mer uforståelig. I Fase 2 forstår jeg det slik at det skal betales både lønn og eventuell bonus».

Om tilleggsavtalen

Partene, RHB og BU, har inngått en tilleggsavtale, datert 22.04.2021. Det fremgår av tilleggsavtalens punkt 2 at «Gjennom denne avtale, heretter kalt Fase 2, engasjeres RHB som prosjektleder for Bolgneset Utvikling AS hvor oppgavene er å markedsføre og promotere havteknologisenteret med det formål å skaffe aktører som vil etablere seg på området.»

RHB uttaler følgende om bakgrunnen i en e-post 04.06.2022:

«Bakgrunnen for de kostnadsføringer som er gjennomført i årsregnskapet for 2021, er at selskapet Bolgneset Utvikling AS i 2020 definerte de videre gjøremål i 2021 og fremover som selskapets Fase 2. Fase 1, som hadde pågått siden oppstart av prosjektet i 2015, var knyttet til tre hovedaktiviteter: 1) Utarbeidelse og godkjenning av reguleringsplan, 2 (Erverv av iendommene, og 3) Inngåelse av entreprenørkontrakt. Da disse aktivitetene på det nærmeste var gjennomført i 2021, ønsket styret og eierne å utvikle prosjektet videre gjennom Bolgneset Utvikling AS, ved å tilføre selskapet en ny aktivitet: 4) Markedsføring. For å kunne stå rustet til å gjennomføre en ambisiøs markedsføring, ble det søkt om økonomisk tilskudd fra Møre og Romsdal fylkeskommune og Kristiansund kommune for en innledende periode på 3 år (2021-2022-2023) Søknadsbeløpet var på samlet NOK 5 mill, fordelt over 3 år, med en halvpart på MRFK og kommunen. Dette ble innvilget.»

RHB skriver videre at «Engasjementsavtalen med undertegnede fra april 2017, inneholdt ikke gjøremål knyttet til markedsføring. På forespørsel fra styret, sa undertegnede seg villig til å inkludere markedsføring som en ny arbeidsoppgave.»

Etter gjennomgang av den inngåtte tilleggsavtalen - Fase 2, bemerker advokat Bårdsen blant annet følgende i sitt notat:

«Det er imidlertid ikke tvil om at kostnadene ifm. tilleggsavtalen ble godkjent av fylkeskommunen og kommunen, og at tilleggsavtale ble inngått og signert på styremøte 22.04.2021.

I Sak 10/2020, hvor søknaden om tilskuddet på kr 5 mill ble behandlet, sier referatet at søknadens budsjett når det gjelder «Avlønning administrasjon» er på kr 500.000 årlig og at «Arb.giver avgift, sosiale kostnader» er på kr 100.000. Dette tyder på at det her er snakk om en ansettelse, ikke et engasjement som konsulent, noe som medfører en usikkerhet om hva som egentlig er faktum på dette, ikke uviktige, området. Det står i direkte motstrid til avtalen punkt 4, som nevnt ovenfor, hvor det eksplisitt er avtalt at RHB engasjeres som konsulent gjennom hans eget selskap, og at BU ikke har arbeidsgiveransvar.

Tilleggsoppgavene i Fase 2. De samme momentene som er nevnt ovenfor i punkt 5 a) gjør seg gjeldende ift. tilleggsavtalen. Det er imidlertid sterkt kritikkverdig at dette viktige punktet ikke er tydeligere angitt.

Det antas at bonusavtalens bestemmelse om success-fee (bonus) også skal gjelde under tilleggsavtalen, uten at dette er sagt eksplisitt. (Bonus utløses iht. bonusavtalen punkt 7 når opparbeidelse av området på Bolgneset starter opp). RHB vil da kunne motta både lønn

(eller honorar) og bonus. Det er da ikke lenger, slik det har vært argumentert med, en avtale om «no cure no pay». Kriteriet for bonus iht. Fase 2 burde også vært nærmere avtalt.

Nærmere begrunnelse for advokat Bårdsen sine hovedfunn i notat datert 22.08.2022 ligger i [vedlegg 19](#).

TILSVAR FRA HAVPARKEN AS V/ADV HAUGER (16.09.2022)

Til notatet fra Bårdsen påpeker advokat Hauger i sitt tilsvare følgende:

«Avtalene inngått mellom Havparken og RHB har en lang forhistorie i Kristiansund kommune, og realiteten er at store deler av det avtaleinnholdet som ble inngått med Havparken allerede er avtalt mellom Kristiansund kommune og RHB. Dette gjelder flere av de grunnleggende premissene som kritiseres (til dels på misforstått grunnlag), bl.a. varighet og ordningen med «no-cure/no-pay. Disse forutsetningene ble etablert allerede i 2015, i et møte 14. april. I møtet var kommunen representert ved ordfører, rådmann og rådgiver for olje- og energi».

Videre:

«Det ble senere avtalt flere ytterligere arbeidsoppgaver for RHB, bl.a. i samtaler og epostutveksling med assisterende rådmann Per Sverre Ersvik januar 2016. Bl.a. ble RHB først på dette tidspunkt bedt om å håndtere anskaffelsesprosessen mot entreprenøren. Dette var opprinnelig en oppgave som naturlig lå til kommunens innkjøpsmedarbeidere. I formannskapsmøte 14. juni 2016 ble prosjektet og planene, herunder RHB og hans rolle, presentert for Formannskapet. Det ble så sent i 2016 vedtatt å stifte et selskap for å gjennomføre planene. RHB påtok seg i den forbindelse, uten ekstra vederlag, å være daglig leder for selskapet – Havparken AS. Det meste av dette har slik vi forstår det også vært forelagt Bystyret. Havparkens styre ble presentert et ferdigforhandlet og endelig avtaleutkast i sitt første og konstituerende styremøte etter at Havparken AS ble vedtatt etablert.

At det foreligger en slik forhistorie og partikonstellasjon følger av avtalens innledende punkt: Kristiansund kommune (KK) har gjennom det nyopprettede selskapet Bolgneset Utvikling AS (BU) engasjert RHB til å bistå med å utvikle sjønære arealer til næringsvirksomhet på Bolgneset og vestover.

Havparken har dermed hatt liten innvirkning på avtalens innhold, og Havparken finner det derfor ikke riktig at Havparken skal gi kommentarer til en advokats vurdering av om en avtale Kommunen har inngått på vegne av Havparken er god eller dårlig. MRR bør, hvis det er aktuelt å omtale dette i MRR sitt videre arbeid, forelegge saken for Kommunen og ikke Havparken.

Den nevnte forhistorien er viktig for å kunne forstå avtalens innhold, slik partene i fellesskap forstår den. Det fremstår klart at advokat Bårdsen har misforstått eller oversett sentrale poeng i avtalen. Vi vil nedenfor kort redegjøre for de viktigste misforståelsene».

De misforståelsene advokat Hauger viser til, kan oppsummeres slik:

- Kjernen i avtalen: Misforstått
- Varighet av avtalen: Feilslått og lite gjennomtenkt kritikk

- Oppsigelsestid: *Avtaleforståelsen er i strid med avtalens ordlyd og dermed forfeilet*
- Måling av steinmasser: *Kritikk forfeilet*
- Tilleggsavtalen 22.04.2021: *Vanskelig å se at tilleggsavtalen er uklar slik det påstås.*

Hele tilsvaret fra advokat A. Hauger ligger i [vedlegg 21](#).

TILSVAR FRA DAGLIG LEDER (12.09.2022)

Daglig leder konstaterer i sitt tilsvare at advokat Bårdsen har misforstått de to ulike rollene han har inngått avtale med Kristiansund kommune om; rollen som daglig leder og rollen som prosjektleder. Dette medfører, ifølge daglig leder, at det er lagt helt feil premisser for flere av resonnementene og konklusjonene som framkommer i Bårdsens notat. Daglig leder kommenterer til slutt i sitt tilsvare at *«Kommunen og undertegnede vurderte under avtaleforhandlingene avtalen som balansert»*.

Daglig leder skriver videre:

«Advokat Bårdsen skriver at Engasjementsavtalen fra 2017 også regulerer at markedsføring av Bolgneset-prosjektet er inkludert i de arbeidsoppgaver som der ble avtalt. Som støtte for en slik konklusjon refererer hun til at det står at «oppdraget ikke er begrenset til disse [nevnte arbeidsoppgaver]»

Partene har aldri hatt i tankene at markedsføring skulle kunne defineres som en oppgave innunder Engasjementsavtalen. Det er uforståelig at en utenforstående person som selv ikke er part i avtalen eller har hatt andre befattninger med avtalen, nå konkluderer med hva partene selv har ment, ved å skrive: «det er ikke korrekt at avtalen med RHB fra 2017 ikke omfattet markedsføring».

Avslutningsvis kommenteres det at advokat Bårdsens Notat bærer preg av at Kristiansund kommune - for dem - har inngått en særdeles ugunstig Engasjementsavtale med undertegnede. Det er undertegnede sterkt uenig i.

Omfanget og varigheten av arbeidsoppgavene som prosjektleder og daglig leder for ikke bare ett, men to, kommunale aksjeselskap har blitt vesentlig mer enn noen noensinne kunne forutse.

Undertegnede savner i Notatet opplysninger og vurderinger om at Succes-fee nå synes først å ville bli utbetalt etter mer enn 7-8 års vederlagsfritt arbeid, og ikke minst; at utbetalingen deretter vil fordele seg over en periode på 8-10 år.

Det gir heller ikke mening å hevde at så mange kvalifiserte og dyktige personer i Kristiansund kommune, både kommunalt ansatte og ledende politikere, som ikke har hatt kommentarer til Engasjementsavtalen, skal være så uprofesjonelle som advokat Bårdsen indirekte hevder».

Tilsvaret fra daglig leder datert 12.09.2022 ligger i [vedlegg 20](#).

ADVOKAT BÅRDSSENS KOMMENTARER

Bårdsen kommenterer at *«tilsvaret fra Hauger inneholder lite av den viktige kritikken av avtalen, og at det mest oppsiktsvekkende i avtalene er vagheten, alle uavklarte forhold, og de mulige enorme*

verdiene. Det hadde ikke vært en fullstendig gjennomgang uten å ta dette med. Forhistorien har vi forøvrig vært klar over. Det er ikke noe der som endrer konklusjonene».

Som svar på at daglig leder i Havparkenselskapene poengterte at advokat Bårdsen ikke hadde skilt mellom rollen som prosjektleder og rollen som daglig leder i sine vurderinger av den inngåtte avtalen fra 2017, og at ulike avtalebetingelser var tillagt de ulike rollene som prosjektleder og daglig leder, skriver advokat Bårdsen følgende:

«Blaasvær hevder at han var engasjert både som prosjektleder og daglig leder, og at det kun var siste rolle som var oppsigelig. Det går ikke klart frem av avtalen. Det er overhodet ikke spesifisert hvilke oppgaver som tilligger den ene og den andre funksjonen. Han nevner ikke den andre avtalen, fra 2021. Den omfatter det de nå kaller «Fase 2».

MELDING OM Å FRATRE SOM PROSJEKTANSVARLIG OG DAGLIG LEDER

På vårt møte med daglig leder Rolf-Henning Blaasvær den 19.10.2022, ble vi informert om at han hadde varslet styret i brev datert 30.09.2022 om at han ønsket å fratре som prosjektansvarlig og daglig leder for Havparken når avtalene med den utvalgte entreprenør/investor for opparbeidelsen av Bolgneset er inngått, signert og godkjent.

Brevet ligger i [vedlegg 23](#).

KOMMENTARER

Det er stor grad av frihet til å utforme avtaler innenfor gjeldende lover og regelverk, og det er videre en hovedregel at inngåtte avtaler skal holdes. Det finnes bestemmelser som kan gjøre unntak fra dette, som at det for eksempel strider mot redelighet og god tro å gjøre en avtale gjeldende. Det er ingen opplysninger i denne saken som skulle tyde på at dette er aktuelt. Avtaler bør dessuten være utformet slik at de gir minst mulig rom for tolkningstvister.

Det er en utfordring å tolke innholdet i de engasjementsavtalene som er inngått uten å kjenne til hvilke premisser som lå til grunn og som allerede var avtalt muntlig mellom Kristiansund kommune og Rolf-Henning Blaasvær ved avtaleinngåelsen. I og med at innholdet var avtalt muntlig på forhånd, kan dette, sammen med avtalepartenes bakenforliggende kunnskap, ha medført at engasjementsavtalene ikke har blitt så tydelige som de burde være. Som Havparkens advokat uttrykker det:

«Avtalene inngått mellom Havparken og RHB har en lang forhistorie i Kristiansund kommune, og realiteten er at store deler av det avtaleinnholdet som ble inngått med Havparken allerede er avtalt mellom Kristiansund kommune og RHB. Dette gjelder flere av de grunnleggende premissene som kritiseres (til dels på misforstått grunnlag), bl.a. varighet og ordningen med «no-cure/no-pay. Disse forutsetningene ble etablert allerede i 2015, i et møte 14. april. I møtet var kommunen representert ved ordfører, rådmann og rådgiver for olje- og energi». «Den nevnte forhistorien er viktig for å kunne forstå avtalens innhold, slik partene i fellesskap forstår den».

Partene som inngikk engasjementsavtalen i 2017 opplyser at de har tolket denne som balansert.

Daglig leder konstaterer i sitt tilsvar at advokat Bårdsen har misforstått de to ulike rollene han har inngått avtale med Kristiansund kommune om; rollen som daglig leder og rollen som prosjektleder. Dette medfører, ifølge daglig leder, at det er lagt helt feil premisser for flere av resonnementene og konklusjonene som framkommer i Bårdsens notat.

Til dette kommenterer Bårdsen følgende:

«Blaasvær hevder at han var engasjert både som prosjektleder og daglig leder, og at det kun var siste rolle som var oppsigelig. Det går ikke klart frem av avtalen. Det er overhodet ikke spesifisert hvilke oppgaver som tilligger den ene og den andre funksjonen».

Advokat Bårdsen gir også uttrykk for følgende i sitt notat:

«Det mest iøynefallende med bonusavtalen (engasjementsavtalen) er at den er så lite omfattende og detaljert. Den skal regulere komplekse forhold, som også inkluderer generasjonsskifte. Mange elementer er uregulert, og kan føre til tolkningstvister og rettslige prosesser i ettertid»

Bårdsen omtaler i sitt notat følgende forhold:

- a) Har RHB et ansettelsesforhold eller er han selvstendig oppdragstaker? (Det vises til egen omtale)
- b) Skatt og merverdiavgift
- c) Success-fee
- d) Erstatning
- e) Avtalens tidsbegrensning
- f) Overdragelsen av bonusavtalen

Til pkt b) skriver Bårdsen at daglig leder har vært behandlet som selvstendig oppdragstaker, noe avtalen også nevner eksplisitt. Han har da selv vært ansvarlig for innbetaling av skatt og merverdiavgift. Avtalene med begge selskapene er inngått med ham personlig.

Til pkt c) skriver Bårdsen at det er flere problemstillinger som kan reises, blant annet hvordan steinmassene skal måles, at det ikke er satt en øvre grense for bonusens størrelse, og at Blaasvær når som helst kan fratre som daglig leder, men likevel beholde bonusen.

Til pkt d) at det er ingen avtale om størrelsen på erstatningen. Det er heller ikke begrenset hvor langt tidsrom erstatning kan kreves. Det er uforståelig hvorfor kommunen ikke har sett behov for å regulere en potensielt kostbar forpliktelse nærmere.

Til pkt e) blir det pekt på at det er ugunstig å inngå en avtale som forplikter et kommunalt eid selskap på ubestemt tid,

og til pkt f) om overdragelsen av bonusavtalen at *«Det er spesielt at hans arvinger har rett til å overta hans bonusrettighet, selv om opparbeidelsen ikke har startet - dog med en grense på 20 år. Hvis RHB falt fra uten å ha arbeidet en dag som daglig leder, ville altså kommunen være ansvarlig for at det ble utbetalt et større beløp til hans arvinger i alle år fremover».*

Det vises til [vedlegg 19](#) for nærmere orientering om innholdet i Bårdsen sitt notat av 22.08.2022.

Notatene fra advokatene i WLA AS og Havparkens advokat gir uttrykk for forskjellige oppfatninger av innholdet i engasjementsavtalene og den funksjon RHB hadde i selskapene. Dette viser at forskjellig

kunnskap om både bakgrunnen for etableringen av selskapene og innholdet i avtalene, lett kan føre til forskjellige oppfatninger dersom avtalene framstår som ufullstendige. Tolkningstvister kan bli et resultat. Ingen av de inngåtte engasjementsavtalene som er omhandlet her inneholder tvistebestemmelser.

Vi kan også tilføye at den ferdigforhandlede engasjementsavtalen ble lagt fram for styret i Bolgneset Utvikling AS på deres første styremøte etter opprettelsen av selskapet. Avtalen beskrives som ferdigforhandlet, og styret hadde derfor grunn til å tro at innholdet i avtalen var kvalitetssikret og fullstendig. Avtalen ble underskrevet av styreleder og RHB i fellesskap etter vedtak i styret.

Med diskusjonen over som bakteppe mener vi det kan det stilles spørsmål til om engasjementsavtalen var underlagt forsvarlig saksbehandling og kvalitetssikring før den ble vedtatt av styret og formelt underskrevet.

Advokat Hauger bemerker følgende i sitt tilsvarende:

«Havparken har dermed hatt liten innvirkning på avtalens innhold, og Havparken finner det derfor ikke riktig at Havparken skal gi kommentarer til en advokats vurdering av om en avtale Kommunen har inngått på vegne av Havparken er god eller dårlig. MRR bør, hvis det er aktuelt å omtale dette i MRR sitt videre arbeid, forelegge saken for Kommunen og ikke Havparken».

Vi oppfatter at Kristiansund kommunes engasjement i arbeidet med å etablere de to heleide aksjeselskapene og for å få på plass engasjementsavtalene med RHB, er av en slik karakter at det var naturlig å sende de mottatte notatene fra advokatene i WLA AS til Kristiansund kommune for tilbakemelding/kommentarer. Vi mottok følgende tilbakemelding fra kommunedirektøren den 27.09.2022:

«Administrasjonen (gjennom kommunedirektøren) er ikke delegert noen myndighet fra bystyret i anledning disse selskapene, så det vil være uriktig å gi administrative kommentarer».

Til dette kan vi legge til at det etter et forslag fra rådmann ble fattet vedtak i bystyret den 13. desember 2016 om å erstatte den oppnevnte arbeidsgruppa for Bolgneset med et kommunalt aksjeselskap med et politisk og administrativt sammensatt styre. I saken står blant annet:

«Aksjeselskapet vil være underlagt rådmannen og de politiske folkevalgte på en tydeligere måte enn en arbeidsgruppe.

Slik vi leser dette vedtaket mener vi det kan stilles spørsmål ved om det bidrar til en uklarhet om rådmannens rolle og ansvar i Havparken-selskapene. Vi forstår ikke hvordan dette aksjeselskapet kan være underlagt rådmannen, og kommunedirektøren skriver selv at *«administrasjonen gjennom kommunedirektøren ikke er delegert noen myndighet fra bystyret i anledning disse selskapene.»*

I sitt tilsvarende datert 12.09.2022 kommenterer RHB følgende om forholdet til Kristiansund kommune:

«Innledningsvis er det viktig å få frem at det er Kristiansund kommune som er den faktiske og reelle oppdragsgiver for det oppdraget undertegnede har inngått avtale om, men at kommunen har «delegert sin rolle» og benytter et heleid aksjeselskap til å styre Bolgneset-prosjektet».

Til dette kan vi kommentere at det i avtalens pkt 1 fra 2017 står følgende:

Kristiansund kommune, har gjennom det nystiftede selskapet Bolgneset Utvikling AS (BU) engasjert RHB til å bistå med å utvikle sjønære arealer.

Det kan her være et behov for å avklare nærmere roller og ansvar mellom Kristiansund kommune og de to Havparkenselskapene.

I forhold til flere spørsmål som ble tatt opp av advokat Bårdsen i hennes notat, har vi fått oversendt en bekreftelse fra Havparkens revisor BDO med en bekreftelse på forhold som er tatt opp i denne undersøkelsen.

Det vises til [vedlegg 22](#).

4. OPPSUMMERENDE KOMMENTARER

Vi registrerer at det er flere faglige uenigheter mellom de uavhengige advokatene fra WLA As og Havparkens advokat på de spørsmålene som undersøkelsen reiser, både i problemstilling 1 og 2.

Når det gjelder spørsmål 2, har Havparken vurdert og konkluderte med at en eventuell kontraktsinngåelse i 2022 sannsynligvis ville være en ulovlig direkteanskaffelse som følge av den tiden som hadde gått fra utlysning av konkurransen til eventuell kontraktinngåelse. Dette er også i tråd med advokat Fribergs vurdering, i tillegg til at KOFA hadde en anmerkning om dette i sin vurdering av klagesaken datert 11.mars 2022. Konkurransen ble avlyst 24.05.22, og ny konkurranse om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset i Kristiansund kommune ble kunngjort den 11.09.2022 med tilbudsfrist 13.10.2022.

Når det gjelder spørsmål 1 har advokat Friberg, etter utarbeidelse av uavhengig vurdering, tilsvar og ny vurdering og tilsvar, konkludert med 3 regelbrudd som beskrevet nedenfor i sitt notat av 14.11.22. Advokat Hauger, på vegne av Havparken, er ikke enig i dette, og nærmere begrunnelser fra både Friberg og Hauger framgår i egne vedlegg.

- *Tildelingskriteriet «Lavest eierandel» fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for identifisering av lavest pris.*
- *«Konkurranskriteriene» fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 14.3 synes uforenlige med anskaffelsesforskriftens system for gjennomføring av en konkurranse. Alternativt fremstår kriterienes status/betydning som uklare, med den konsekvens at konkurransegrunnlaget anses for uklart, og derved i strid med kravet til forutberegnelighet i LOA § 4, jf. punkt III, 3 nedenfor.*
- *Tildelingskriteriet «Kortest gjennomføringstid» fremstår som uklart*

Når det gjelder den faglige uenigheten som er knyttet til de mulige regelbruddene i konkurransegrunnlaget til den nå avlyste konkurranse om entreprisekontrakt av 19.04.2019, har vi forsøkt å få frem vurderinger fra advokat Friberg og vi har også vært opptatt av å få frem alle innsigelser/kontradiksjoner fra Havparken ved advokat Hauger, daglig leder og eventuelt andre, for å sikre en balansert fremstilling, og for å sikre åpenhet. Som nevnt tidligere ble konkurransen avlyst, og ny konkurranse om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset i Kristiansund kommune ble kunngjort den 11.09.2022 med ny tilbudsfrist 13.10.2022.

Vi registrerer at styret i Bolgneset Utvikling AS hentet inn ekstern kompetanse fra advokat Robert Myhre før konkurransen om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset i 2019 ble lyst ut offentlig, for å sikre at det var innenfor regelverket. Grunnlaget var også kvalitetssikret av Kristiansund kommune.

Når det gjelder relasjon til konsulent konkluderer både advokat Friberg og advokat Bårdsen med at dette ikke er en ansettelse, men et engasjement av konsulent. Havparkens revisor BDO har bekreftet at daglig leder ikke har vært behandlet som ansatt arbeidstaker i selskapet for angitt periode, men som engasjert konsulent.

Når det gjelder spørsmål 1 vurderer advokat Friberg at engasjementet som daglig leder var en ulovlig direkte anskaffelse. Advokat Friberg vurderer at det forelå en plikt til å kunngjøre den avtalen som

ble inngått i 2017 i tråd med forskriftens del III, som omfatter anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Dette ut fra at utbetaling av avtalt bonus etter hennes vurdering skulle vært hensyntatt ved beregningen av anskaffelsens verdi, og at denne kunne passere EØS-terskelverdien som den gangen var 1,75 millioner ekskl. mva. og utløse kunngjøringsplikt. Det er beregningsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 2-3, som viser hva som skal legges til grunn for en slik verdiberegning. Manglende kunngjøring vil da innebære en ulovlig direkte anskaffelse. Dette er ikke daglig leder i Havparken-selskapene enig i.

Advokat Fribergs vurderer at avtalen som ble inngått i 2021, ikke erstatter avtalen fra 2017, men innebærer en endring/supplering av de oppgaver RHB er forpliktet til å utføre i prosjektet. Dette innebærer at konstateringen av ulovlig direkte anskaffelse også rammer denne avtalen. Hun vurderer videre at under enhver omstendighet, dvs. dersom hennes beregning av anskaffelsens verdi ikke skulle være rett, herunder vurdering av at avtalene må ses samlet, kan konstateres et brudd på anskaffelsesregelverket. Dette grunnet manglende oppfyllelse av kravet om å forsøke å sikre konkurranse, nedfelt i LOA § 4. Det fremgår bl.a. i hørings svar at daglig leder i Havparken AS ikke er enig i advokat Fribergs konklusjon om at avtalen fra 2021 skal sees sammen med avtalen fra 2017.

Det er etter advokat Fribergs vurdering (opplyst i kommunikasjon med MRR) «ikke dokumentert/sannsynliggjort at oppdragsgiver hadde hjemmel til å unnta disse avtalene fra konkurranse i medhold av FOA § 5-2 bokstav a) («eneleverandør-unntaket»), eller bokstav b) («usedvanlig fordelaktig tilbud». I første høringsrunde anførte daglig leder bl.a. at en avtale med ham var et så usedvanlig fordelaktig tilbud at det ikke utløste konkurranseplikt. Dette framkommer i e-post fra daglig leder datert 11.11.22.

Advokat Bårdsen konkluderer med at innholdet i engasjementsavtalene inngått mellom Kristiansund kommune v/Bolgneset Utvikling AS/Bolgneset Eiendom AS og Rolf-Henning Blaasvær ikke bryter med lover og regler, men framstår med en viss risiko for tolkningstvister. Dette med utgangspunkt i avtalenes uklarheter på flere punkt. Det er etter hennes vurdering heller ikke tydeliggjort godt nok hvilke roller, ansvar og status daglig leder har/hadde i selskapene.

Engasjementsavtalen, som var fremforhandlet av RHB og Kristiansund kommune, ble lagt fram for styret for godkjenning på deres første styremøte i 2017. Vi stiller spørsmål ved om Kristiansund kommune kvalitetssikret godt nok hvorvidt dette engasjementet skulle vært lyst ut som en offentlig anskaffelse. Vi stiller videre spørsmål ved om Kristiansund kommune kvalitetssikret avtalenes innhold godt nok før den ble lagt frem for styret til godkjenning.

Vi vil i tillegg ta med noen punkt som er litt på siden av mandatet i undersøkelsen. Det første punktet er knyttet til offentlighet og innsyn som vi leverer en egen rapport på.

- Engasjementsavtalen med daglig leder framstår etter vår oppfatning som lite opplyst til allmennheten, og kan representere et brudd med kravet om en åpen forvaltning etter forvaltningsloven. Det samme gjelder også for de andre avtalene som ble inngått med daglig leder. Vi viser her til egen rapport (del 2).

- Ved gjennomgang av dokument ser vi at et styremedlem i Bolgneset Utvikling AS, og som samtidig var ansatt i Kristiansund kommune, er ført opp som saksbehandler for kommunen i saksutredning sak for formannskapet 10.11.2020. Tittel på saken var:
«Bolgneset går fra fase 1 til fase 2 - Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre». Etter vår vurdering kan det stilles spørsmål til habiliteten ved en slik saksbehandling.
- I tillegg ble det i nevnte sak bl.a. vedtatt at
 - *Rådmann og styret i Bolgneset Utvikling gis fullmakt til å gjennomføre Overordnet Avtale, samt inngå underliggende avtaler med Holth/Hæhre og deres partner.*
 - *Rådmann og styret i Bolgneset utvikling bes sikre eierskapsmøter hvor bystyret som eier blir orientert om forhold av betydning i den videre prosessen med utvikling av Bolgneset næringsområde.*

Vi registrerer at formannskapet med dette ga både rådmannen og styret fullmakt til å arbeide med avtaler. I saksutredningen går det også frem: *«Rådmann og styret tar ansvaret for forhandlingene mellom kommunens to selskaper og Holth/Hæhre - og rådmann gis fullmakt til å sluttbehandle dette.»*

Vi mener at dette viser at rolle- og ansvarsfordelingen mellom de to heleide aksjeselskapene og Kristiansund kommune ikke har vært klar nok. Det kan være hensiktsmessig at det foretas en nærmere gjennomgang av roller og ansvar mellom eier og selskap da det her er snakk om to ulike rettssubjekter, som blant annet skal forholde seg til lovverk som aksjeloven og kommuneloven. Roller og ansvar er for øvrig nærmere beskrevet i Kristiansund kommunes Eiermelding, del 1. Vi viser i denne sammenheng til vår rapport om eierskapskontrollen i Havparken-selskapene.

5. ALLE VEDLEGG

VEDLEGG 1 MØTE MELLOM KRISTIANSUND KOMMUNE OG
PROSJEKTLEDER (14.05.15)

Møtereferat

Mulig opparbeidelse av nytt sjønært industriareal Frei - Bolgneset	
Tilstede:	Per Kristian Øyen, ordfører Kjell Neergaard, varaordfører Arne Ingebrigtsen, rådmann Helge Hegerberg, rådgiver olje- og energi Rolf-Henning Blaasvær, tilrettelegger
Dato:	Tirsdag 14. april 2015
Møtested:	Formannskapssalen, Kristiansund

1. Agenda

Møtet var initiert av HH med det formål å avklare kommunens interesse for å starte planleggingen av en mulig opparbeidelse av nytt sjønært industriareal på Bolgneset – Frei.

2. Presentasjon

RHB presenterte en slide-serie som viste opparbeidelse av tilsvarende sjønært areal på Østområdet Vikan i Kristiansund, på Hestvikholmen Averøy kommune, på Valsneset Bjugn kommune og forberedelsene for Gullvika Bjugn kommune.

RHB gjennomgikk en rekke av de utfordringen som planleggingen og godkjenninger av slik opparbeidelse innebærer.

3. Konklusjon

Det var enighet om å starte planleggingen. RHB engasjeres som tilrettelegger, og han rapporterer til HH og Odd-Arild Bugge (kommuneplanlegger).

Det inngås en avtale med RHB etter prinsippene «no cure, no pay», inneholdende et økonomisk insitamant som utløses hvis prosjektet realiseres.

Første oppgave er å fremskaffe en oversikt over hva Frei og Kristiansund kommune tidligere har foretatt av planlegging, og hvilken reguleringsmessig status området har.

VEDLEGG 2 ENGASJEMENTAVTALE FASE 1 (01.02.17)- BU

Avtale mellom

Bolneset Utvikling AS (BU)

og

Rolf-Henning Blaasvær (RHB)

ang

utvikling av sjønært industriområde på Bolneset, Frei

1. Kristiansund kommune (KK) har gjennom det nyopprettede selskapet Bolneset Utvikling AS (BU) engasjert RHB til å bistå med å utvikle sjønære arealer til næringsvirksomhet på Bolneset og vestover.

Formålet med engasjementet er å oppnå offentlige og private godkjenninger/ tillatelser, samt å inngå avtaler med entreprenør(er) og/eller investor(er) som skal forestå opparbeidelsen av området.

2. Engasjementet inkluderer at RHB innehar rollen som daglig leder i BU. RHB engasjeres som konsulent, som innebærer at BU ikke har arbeidsgiveransvar. RHB representerer BU utad og er tildelt prokura. Selskapets signaturrett tegnes av styrets medlemmer i fellesskap. RHB rapporterer til styret i BU.
3. Området på Bolneset som ønskes utviklet består av flere eiendommer. Kristiansund kommune (KK) eier to store eiendommer, gnr/bnr 138/584 (ca 28 dekar) og gnr/bnr 138/44 (ca 134 dekar). I tillegg består området av enkelte private naboeiendommer, bl.a. gnr/bnr 138/1, 138/11, 138/26, 138/89 og 138/198.
4. Arbeidsoppgavene til RHB vil typisk være, men ikke begrenset til, å bistå med følgende:
 - konsekvensanalyse
 - reguleringsmessige forhold
 - arkeologi
 - grunneiere/hjemmelsinnehavere, innløsning, grunnverv, m.m.
 - naboforhold
 - adkomst/tilførselsveier
 - fjellvolum, sjødybder, kaiforhold
 - miljømessige forhold
 - engasjement av entreprenør(er) / investor(er)
 - m.m.
5. Opparbeidelsen av de sjønære arealene kan foretas gjennom en regulær entrepriser med utsprenning og utfylling hvor overskuddsmasse går til landbaserte formål, og/eller utsprenning hvor steinmassene deretter knuses og skipes ut til ulike formål.

6. RHB er engasjert som daglig leder uten fast lønn/honorar og godtgjøres ikke for medgått tid.

RHB får refundert møte-, reise- og oppholdskostnader etter statens regulativ.

RHB får dekt kostnader til kontorhold med en fast sum på kr 5.000,- pr mnd.

7. Det er i tillegg avtalt en bonus («success-fee») med RHB som utløses når opparbeidelsen av området på Bolgneset starter opp.

RHB mottar da en godtgjørelse på NOK 5,- pr m3 fast fjell som sprenges ut fra området. Godtgjørelsen utbetales kvartalsvis i takt med utspredningen. Kronebeløpet er fast og reguleres ikke over den tiden opparbeidelsen pågår.

Godtgjørelsen blir å anse som en forpliktelse for entreprenør(er) / investor(er) som engasjeres, og skal innarbeides i de avtale(r) som inngås.

Det kan ikke påberopes avkortning i bonusen dersom RHB arbeider mindre eller over lengre tid enn hva BU eller KK måtte ha forventet, eller ved at også andre personer/ instanser involveres og utfører deler av utviklingen.

Bonusen er ikke knyttet opp til at RHB innehar rollen som daglig leder ved oppstart av opparbeidelsen og gjennom hele opparbeidelsesperioden. Bonusen beholdes selv om RHB underveis har fratrudd som daglig leder.

Dersom området på Bolgneset ikke blir opparbeidet på grunn av endrede offentlige rammebetingelser og/eller politiske føringer, utbetales et erstatningsbeløp til RHB som står i forhold til hans medgatte tid i prosjektet.

8. Denne avtale med RHB er ikke tidsbegrenset. Det er ikke satt krav til frister for ferdigstilling av utviklingen eller oppstart/ferdigstilling av opparbeidelsen av området på Bolgneset.
9. Rollen som daglig leder kan sies opp av begge parter med 6 måneders skriftlig varsel.
10. RHB kan overdra bonusavtalen til selskaper RHB kontrollerer. RHBs arvinger har rett til å overta RHBs bonus, selv om opparbeidelsen ikke har startet opp ved deres inntreden, men ikke dersom prosjektet blir gjenoptatt senere enn 20 år etter at det eventuelt ble stoppet.

1/2-17

.....
Dato



.....
Berit Tønnesen
Styrets leder BU



.....
Rolf-Henning Blåsvær

VEDLEGG 3 AVTALE OM ROLLEN SOM DAGLIG LEDER (09.10.19) -BE

Avtale mellom

Bolneset Eiendom AS (BE)

org nr 999 563 015

og

Rolf-Henning Blaasvær (RHB)

ang

engasjement som daglig leder

1. Kristiansund kommune (KK) ervervet i desember 2018 selskapet Vadsteinsvika Eiendom AS (VA), som er hjemmelshaver til gnr/bnr 138/225 på Bolneset.

Formannskapet, som etter eierskiftet er selskapets generalforsamling, vedtok den 11. juni 2019 nye vedtekter og navneskifte til Bolneset Eiendom AS (BE). Det ble samtidig valgt nytt styre.

BE vil bli overført de andre eiendommene i planområdet som KK har ervervet, og BE vil derigjennom bli hjemmelshaver av hele det planområdet som reguleres til næringsvirksomhet på Bolneset.

BE vil inngå en kontrakt med en entreprenør/investor for å opparbeide næringsområdet, og godtgjørelsen for dette er planlagt gjennom oppgjør i aksjer i BE, slik at entreprenør/investor blir medeier i BE.

2. Styret engasjerer gjennom denne avtalen Rolf-Henning Blaasvær (RHB) som daglig leder i BE. Dette som en midlertidig ordning inntil entreprenør/ investor har inngått kontrakt med BE for opparbeidelsen av området.

RHB engasjeres som konsulent, som innebærer at BE ikke har arbeidsgiveransvar.

RHB står for den daglige ledelse av selskapets virksomhet og skal følge de retningslinjer og pålegg styret gir. RHB rapporterer til styret i BE.

RHB representerer BE utad og er tildelt prokura. Selskapets signaturrett tegnes av styrets medlemmer i fellesskap.

3. Arbeidsoppgavene til RHB vil typisk være, men ikke begrenset til, å bistå med følgende:
 - forhandlinger og kontrakt med entreprenør / investor
 - aksjonæravtale mellom KK og entreprenør / investor
 - eiendomsforhold
 - eiendomsoverføring av eiendommer i planområdet
 - forholdet til grunneiere/hjemmelsinnehavere
 - oppgjør innløsning, grunnerverv, m.m.
 - naboforhold

- adkomst/tilførselsveier
 - forhold til myndigheter
 - m.m.
4. KK og entreprenør/investor vil inngå en aksjonæravtale, hvor bl.a. selskapets ledelse, herunder styre og daglig ledelse i BE vil bli omhandlet.

Styret skal da fritt kunne vurdere hvordan daglig leder-rollen skal besettes og fungere, og om RHB fortsatt skal engasjeres.

5. Frem til kontrakt er inngått med entreprenør/investor er RHB engasjert som daglig leder uten lønn/honorar og godtgjøres heller ikke for medgått tid.

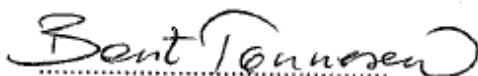
RHB får imidlertid refundert møte-, reise- og oppholdskostnader etter statens regulativ.

Etter inngått kontrakt med entreprenør/investor, skal styret vurdere hvordan daglig leder rollen skal godtgjøres – uavhengig om denne skal besettes av RHB.

6. Dersom kontrakt med entreprenør/investor ikke blir inngått eller vesentlig forsinket, kan engasjementet som daglig leder uansett sies opp av begge parter med 6 måneders skriftlig varsel.

9/10-2019

Dato


Berit Tønnesen
Styrets leder


Rolf-Henning Blaesvær
Daglig leder

VEDLEGG 4 OVERORDNET AVTALE (02.11.20)

AVTALEN

OVERORDNET AVTALE FOR PROSJEKT BOLGNESET

1. Parter i denne Overordnet Avtale

- a) Bolgneset Eiendom AS, org nr 999 563 015 («BE»)
- b) Bolgneset Utvikling AS, org nr 918 772 472 («BU»)
- c) Gunnar Holth Grusforretning AS, org nr 912 774 244
- d) Hæhre Entreprenør AS, org nr 986 420 010

Der c) og d) i fellesskap er benevnt «HH»,
og der BE, BU og HH i fellesskap er benevnt «Partene».

I tillegg har Kristiansund kommune («KK») interesse i denne Overordnet Avtale gjennom sitt eierskap til aksjene i BE og BU.

2. Bakgrunn

Prosjekt Bolgneset («Prosjektet») gjelder opparbeidelse av nytt næringsareal og etablering av et havteknologisenter med virksomheter innen ulike havnæringer innenfor arealet (Vadsteinsvikveien unntatt) som inngår i reguleringsplan R-293 («Planområdet»).

3. Roller

- BE er eiendomsselskapet, som er eller vil bli hjemmelshaver til eiendom som er og vil bli ervervet i Planområdet, med tilhørende rettigheter og forpliktelser, herunder adkomst til offentlig vei. Kristiansund kommune er eier av alle aksjene i BE.
- BE vil stå for gjennomføringen av Prosjektet, ved at BE er byggherre og oppdragsgiver for entrepriseavtalen som vil bli inngått for opparbeidelse av Planområdet.
- HH vil, med de forutsetninger og forbehold som fremgår av denne Overordnede Avtale, og i henhold til en fremforhandlet entreprisekontrakt være entreprenør med ansvar for opparbeidelse av Planområdet.

HH vurderer å knytte til seg en eller flere aktør(er) («Investor») som forplikter seg til å finansiere en foreløpig ikke definert andel av Prosjektet.
- BU er utviklingselskapet som har til formål å tilrettelegge for, promotere og drive markedsføring av Prosjektet. Kristiansund kommune er eier av alle aksjene i BU.

4. Avtaler

Partene vil etter godkjenning av denne Overordnede Avtale, i en omforent takt og rekkefølge og fremforhandle nødvendige og endelige avtaler for gjennomføringen av Prosjektet, herunder:

- a) **Entreprisavtale mellom BE og HH.**
Entreprisavtalen vil regulere hvordan og til hvilke betingelser HH skal gjennomføre alle utsprenninger, utfyllinger, grunnarbeider, tomteopparbeidelser, m.m. av Planområdet.
- b) **Investerings- og oppgjørsavtale mellom KK og HH.**
Investerings- og oppgjørsavtalen vil regulere aksjene i BE, og hvordan HH får overført aksjer / eierandeler i BE som godtgjørelse og oppgjør for arbeidet beskrevet i entreprisavtalen.
- c) **Aksjonæravtale for BE mellom KK og HH og eventuelt også med Investor.**
Aksjonæravtalen vil regulere rettigheter, plikter og samarbeid aksjonærene seg imellom, og hvilken myndighet eiere skal utøve gjennom generalforsamling og styre om forretningsmessig drift, daglig ledelse, organisering, m.m. I tillegg vil en aksjonæravtale regulere fremtidige aksjetransaksjoner og kapitalisering.
- d) **Samarbeidsavtale mellom BU og HH.**
Denne avtale vil regulere hvordan HH skal samarbeide med BUs organisasjon som har ansvar for promotering og markedsføring av Prosjektet opp mot aktører innen havteknologi som vil etablere seg på området.
- e) **Avtale med KKs prosjektleder Rolf-Henning Blaasvær («RHB»).**

5. Godtgjørelse i aksjer i BE

Godtgjørelsen til HH for entreprisarbeidene skal avtales på markedsmessige vilkår, i tråd med tidligere tilbud fra HH. Inntektene fra salg av knust steinmasse tilfaller HH.

Partene har tatt utgangspunkt i at godtgjørelsen for entreprisarbeidene skal konverteres i aksjer / eierandeler i BE, uten forutsetninger om kontantvederlag fra BE eller KK.

Partene skal fremforhandle en verdsettelsesmodell for aksjene i BE hvor HH sin motytelse for andelen av aksjene skal hensynta de gjeldsposter og økonomiske forpliktelser som ligger i BE, og for øvrig være i tråd med markedsmessige mekanismer. Samlet andel av aksjene i BE som HH får i oppgjør for entreprisen vil være i tråd med fremforhandlet godtgjørelse i entreprisavtalen.

KK legger for sin del til grunn at verdien av deres gjenværende eierandel i BE skal gjenspeile de kostnader KK har hatt med Prosjektet gjennom godkjent reguleringsplan og innløsning av eiendommer.

BT RJA HH
BF TKS

6. HHs rettigheter til oppstart

Denne Overordnede Avtale bekrefter HH sin eksklusive rett til å inngå nødvendige og endelige avtaler etter pkt 4, slik HH ble prekvalifisert for gjennom utlyst åpen konkurranse på Doffin etter Lov om offentlige anskaffelser, «Kontrakt med forhandling». HHs eksklusive rett bortfaller, dersom den ikke er benyttet innen utløpet av 2026.

HH er ikke forpliktet til ytterligere avtaleinngåelser eller oppstart før de etter sin egen vurdering finner det kommersielt, juridisk og teknisk forsvarlig med gjennomføringen av Prosjektet.

7. Forutsetninger og forbehold

HH tar forbehold om

- at de etter sin egen vurdering finner at det er kommersielt forsvarlig å gå videre med finansiering og gjennomføring av prosjektet.
- en godkjenning av endelige avtaler og avtalevilkår, herunder de kommersielle betingelsene og finansieringen, i sine respektive styrever.
- en for HH tilfredsstillende juridisk, teknisk og finansiell due diligence av BE og eiendommene i Planområdet.
- å gå inn i samarbeid med BE, BU og KK, også som aksjonær i BE, gjennom ett eller flere selskaper særlig opprettet for dette.
- at gjenstående parsell på gnr/Bnr 138/26 erverves på markedsmessige og forsvarlige vilkår.

BE og BU tar forbehold om

- nødvendig politisk godkjenning av denne Overordnede Avtale
- godkjenning av Investor. En slik godkjenning skal ikke kunne nektes uten saklig grunn

8. Fullmakt til sluttforhandlinger og avtaleinngåelser

Gjennom den politiske godkjenning av denne Overordnede Avtale, er Rådmann og styrene i BE og BU gitt i fullmakt å sluttforhandle og inngå nødvendige og endelige avtaler med HH og Investor for å realisere Prosjektet.

9. Konfidensialitet

Opplysninger om og rundt denne Overordnede Avtale og tilhørende avtaler, samt informasjon som utveksles mellom Partene som ledd i disse avtalene, og som ikke

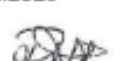
Side 3 av 4

02.11.2020









RF

IKC

HH

allerede er offentlig eller kan kreves fremlagt i medhold av lov, skal Partene holde konfidensielle, og skal kun frigis etter nærmere avtale mellom Partene.

10. Lovvalg og tvisteløsning

Denne Overordnede Avtale er underlagt norsk rett. Eventuelle tvister skal søkes løst ved forhandlinger, og der forhandlinger ikke fører frem skal de løses ved de ordinære domstoler, med Nordmøre tingrett som verneeting.

11. Signatur

Denne Overordnede Avtale er signert i fire eksemplarer, ett til hvert av Partene:

Dato: 02.11.2020

For Gunnar Holth Grusforretning AS:


Roy Holth
(styremedlem og daglig leder)

For Hæhre Entreprenør AS:


Albert Hæhre
(styremedlem og daglig leder)

For Bolgneset Utvikling AS og Bolgneset
Eiendom AS:


Berit Tønnessen
(styrets leder i BU og BE)


Berit Frey
(styremedlem BU og BE)


Torbjørn Sagen
(styremedlem BU og BE)


Helge Hegerberg
(styremedlem BU og BE)


Rolf Henning Blåsveer
(daglig leder BU og BE)

SAK I FORMANNSKAPET

Det ble fremmet en sak for formannskapet 10.11.2020, der styremedlem Helge Hegerberg er ført opp som saksbehandler for kommunen.



Kristiansund kommune
I medvind uansett vær

Arkivsak-dok.	20/09628-1
Saksbehandler	Helge Hegerberg

Saksgang	Møtedato
Formannskapet	10.11.2020

Saksframlegg

Bolneset går fra fase 1 til fase 2 - Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre

Rådmannens innstilling:

1. Prosjekt Bolneset inneholder opparbeidelse av nytt næringsareal og etablering av et havteknologisenter innen havnæringer innenfor arealet som inngår i reguleringsplan R-293. Formannskapet godkjenner Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre.
2. Rådmann og styret i Bolneset Utvikling gis fullmakt til å gjennomføre Overordnet Avtale, samt inngå underliggende avtaler med Holth/Hæhre og deres partner.

Saksopplysninger

Denne saken tar opp utbyggingen av nytt sjønært industriområde som møter utviklingen av havromsnæringer med ny havteknologi. Med behandlingen av en overordnet avtale med entreprenørfellesskapet Holth og Hæhre går veien videre til investorer og anleggsstart. Kristiansund kommune tilrettelegger for omstilling av næringer. Aktører som vil satse på havteknologi i en godt posisjonert kystby får muligheten til å vokse opp på Bolneset.

Ved utgangspunktet i 2015 ble det tydelig at vi trengte mer industriareal for å bygge sjønært og sentralt i kommunen for å bygge landanlegg for havteknologi som var skreddersydd for omstillingen som myndighetene varslet. Vi mente den gang at en kompetanseoverføring på tvers av havromsnæringene ville være bra for miljøet, at det kunne skape nye arbeidsplasser med ressurser fra havet og at vi fikk til samarbeid med forskning og utdanning. Hav og Helse ble to av kommunens viktigste samfunnsoppdrag i verdiskaping.

Langs tidslinjen med konsekvensutredning og frem til endelig reguleringsvedtak 5. mars 2020 har prosjektet Bolneset holdt stø kurs:

14. juni 2016 vedtok formannskapet å satse på Bolgneset med en utviklingsprosess i to faser:

Fase 1: Utrede, planlegge og innhente tillatelser for slike arealer, for deretter å inngå kontrakt for nedsprenning av fjellformasjoner, utfylling i sjø, bygging av infrastruktur og sikre retten til salg av steinmasser.

Fase 2: Etablere et havteknologisenter for å starte opp marin næringsvirksomhet.

Formannskapets enstemmige vedtak var som følger:

- 1. Formannskapet støtter enstemmig planene om å utvikle og tilrettelegge sjønære arealer for å etablere et havteknologisenter fra Bolgneset og vestover på Freiøya.*
- 2. Rådmannen får i oppgave å sette ned en arbeidsgruppe med representanter for berørte fagområder i kommunen til å organisere arbeidet i en innledende fase med status for kommuneplan, arealplan, reguleringsplan og bestemmelser. Arbeidsgruppa avklarer regulering og en eventuell konsekvensanalyse, etablerer kontakt med andre myndighetsorganer, og foretar en vurdering om å sette på en prosjektleder med erfaring fra lignende prosesser. Alle andre avklaringer med utnyttelser og funksjoner, slik som veier og annen infrastruktur, legges frem til politiske organer.*
- 3. Det legges frem for formannskapet til godkjenning et utkast til avtale med en entreprenør/sprenge- og knuseoperatør, med rettigheter og plikter, som kan utvikle området i et lengre perspektiv med en helhetlig arealløsning hvor uttak av offshore steinmasser fra Bolgneset inngår.*
- 4. Oppdraget legges ut på Doffinbasen i tråd med lov om offentlige anskaffelser.*

Kommunalt aksjeselskap

Etter forslag fra rådmannen, vedtok bystyret 13. desember 2016 å erstatte arbeidsgruppa med et kommunalt aksjeselskap med et politisk og administrativt sammensatt styre. Begrunnelsen for AS-modellen var at et kommunalt aksjeselskap i hovedsak er et eget selskap som har et spesifikt mandat, som selskapet erfaringsmessig vil være mer fokusert på å gjennomføre enn en kommunal arbeidsgruppe.

Et aksjeselskap vil ha et eget styre, og styremedlemmene vil ha fokus på sine verv, og forutsettes en sterk motivasjon for oppgaven. Det vurderes som et klart fortrinn at et aksjeselskap i sin bemanning kan inkludere politisk kunnskap og vurderinger. Prosjektleder vil ha entydige rapporteringslinjer. Aksjeselskapet vil være underlagt rådmannen og de politiske folkevalgte på en tydeligere måte enn en arbeidsgruppe. Et operativt aksjeselskap vil ha jevnlig styrerapporter og en målbar økonomi.

Formannskapet utnevnte 24. januar 2017 tre politisk valgte styremedlemmer. Rådmannen utnevnte senere to representanter fra administrasjonen.

Selskapets formål og mandat er formulert i formålsparagrafen:

«... å tilrettelegge for etablering av et havteknologisenter, og utvikle sjønære arealer fra Bolgneset og vestover til slik næringsvirksomhet.»

Dette er Fase 1 og de fikk følgende hovedoppgaver:

- * Gjennomføre en reguleringsprosess med konsekvensanalyse på Bolgneset
- * Oppnå godkjenning av reguleringsplan

- * På vegne av Kristiansund kommune forhandle frem erverv av eiendommer innenfor området
- * Inngå avtale med entreprenør om å utvikle næringsarealet

Oppsummering av fase 1:

Reguleringsprosessen startet vinteren 2017. Et planprogram ble godkjent av plan- og bygningsrådet 14. desember 2018. Konsulentfirmaene Norconsult (Bergen) og Rambøll (Lillehammer) ble engasjert.

Godkjennelse av reguleringsplanen ble lagt frem uten innsigelser fra offentlige instanser eller private berørte parter. Fremleggelse først i plan- og bygningsrådet. Den ble enstemmig vedtatt. Deretter lagt frem i bystyret som godkjente reguleringsplanen 5. mars 2020 med 30 mot 15 stemmer.

To politiske klager dukket opp etter bystyrets vedtak. Den ene var en lovlighetsklage og det var en klage mot selve planen. Begge klagen ble avvist i bystyret 18. juni. Bystyret opprettholdt sitt vedtak fra 5. mars. Lovlighetsklagen skal i siste instans behandles av Fylkesmannen, der den ennå ligger.

Erverv av eiendommene innenfor planområdet

Kommunale oppkjøp av eiendommer ved nåværende planområde Bolgneset har pågått siden 2013. De øvrige eiendommene er ervervet fra 2017, og alle gjennom frivillige avtaler. Til sammen er det i 2013 og i perioden 2017-2020 ervervet samlet ca. 480 dekar innenfor planområdet til en samlet pris på ca. 27 mill. kr.

Prisen i 2013 var på kr. 110 per kvm. I perioden 2017-2020 er gjennomsnittsprisen på ca. kr. 60. Kommunen har også løst ut en opsjon som Mekvik Maskin AS hadde på et nærmere angitt område langs sjøen.

I november 2018 kjøpte kommunen selskapet Vadsteinsvika Eiendom AS som var eier av et større areal helt i vest av planområdet.

Formannskapet vedtok på generalforsamlingen 11. juni 2019 å endre navn til Bolgneset Eiendom AS med samme styresammensetning som i Bolgneset Utvikling AS. Selskapene er å forstå som søsterselskaper. De drives parallelt.

Formannskapet vedtok 11. juni 2019 også å overføre alle eiendommer innenfor planområdet til Bolgneset Eiendom AS. Overføringen gjennomføres som tingsinnskudd, som innebærer at verdien på kommunens aksjekapital øker med eiendommenes verdi. Tingsinnskuddet settes til eiendommenes kjøpspris, inkludert omkostninger for oppmåling, fradeling og overskjøting (dokumentavgift). I henhold til kjøpsavtalene med grunneierne skal disse omkostningene betales av Kristiansund kommune. Samlet utgjør det ca. 1,5 mill. som er beregnet ut fra de gebyrer oppmålingsavdelingen har fastsatt som gjeldende regulativer.

Oppmåling, fradeling og overskjøting vil bli gjennomført på nyåret 2021.

Prekvalifisering av entreprenør

Formannskapet vedtok i 2016 som en del av premissene for utvikling av området, at oppdraget til entreprenør skulle konkurranse-utsettes. Bolgneset Utvikling AS utlyste våren 2019 en åpen offentlig anbudskonkurranse etter lov og forskrifter om offentlige anskaffelser. Konkurransformen var «konkurranse med forhandling i to trinn», med prekvalifikasjon i trinn 1 og deretter forhandling og kontraktsinngåelse i trinn 2.

Det var stor interesse for oppdraget, men oppdragets størrelse og konkurransekriteriene tilsa at kun entreprenørfellesskapet Gunnar Holth Kristiansund AS og Entreprenør Hæhre AS ble kvalifisert. Holth/Hæhre ble i trinn 1 av konkurransen pre-kvalifisert i henhold til kriteriene om kompetanse, erfaring, økonomisk soliditet, HMS og gjennomføringsevne.

Holth/Hæhre har tidligere gjennomført store oppdrag i Kristiansundsregionen med etableringen av Vikan Øst (Vestbase), utvidelse av Kvernberget flyplass og utsprengningen av Hestvikholmene i Averøy. Oppdragene er nesten identiske med oppgaven de får på Bolgneset, med betydelige utsprengninger, masseforflyttinger, utfylling, knusing - samt produksjon av pukke til overdekking av offshore havbunnsutstyr og gassledninger.

Overordnet avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre

Formannskapet vedtok 14. juni 2016 følgende:

- * Det legges frem for formannskapet til godkjenning et utkast til avtale med en entreprenør/sprenge- og knuseoperatør, med rettigheter og plikter, som kan utvikle området i et lengre perspektiv med en helhetlig arealløsning.

Etter prekvalifiseringen er det fremforhandlet en Overordnet Avtale med Holth/Hæhre, som legges frem for formannskapet til godkjenning.

Overordnet avtale gir følgende føringer:

- Opparbeidelse av ca. 500 dekar nytt næringsareal med betydelige nedsprenninger av fjell og utfyllinger i sjø, i tråd med vedtatt reguleringsplan.
- Oppdraget skal gjennomføres i to byggetrinn. Det er oppstart i vest med felles nedfartsvei fra Vadsteinsvikveien ned Daumannsdalen.
- Før oppdraget starter opp, skal partene fremforhandle en mer detaljert entreprenøravtale.
- Holth/Hæhre har som pre-kvalifisert posisjonen for sluttforhandlinger med kommunen om en slik entreprenøravtale.
- Godtgjørelsen for oppdraget skal fullt og helt godtgjøres med eierandeler i Bolgneset Eiendom AS, uten kontantvederlag fra Bolgneset Utvikling AS eller Kristiansund kommune.
- Holth/Hæhre ønsker en partner/medinvestor som deltar med en andel av entreprisestnadene.
- Styret og rådmann gis fullmakt til å gjennomføre sluttforhandlingene og inngå nødvendige underliggende avtaler med Holth/Hæhre og deres partner.

Økonomi

Den økonomiske modellen for å opparbeide det nye næringsarealet på Bolgneset, innebærer at kommunen ikke skal bidra med kontantvederlag. Kommunen betaler med medeierskap til næringsarealet.

Risikoen for kostnader knyttet til opparbeidelsen er plassert hos entreprenør i samarbeid med finansiell partner/investor – som vil være hovedeier til området. Privat kapital vil stå for investeringen.

Verdien på kommunens gjenværende eierandel i næringsarealet er satt lik verdien på kommunens kostnader knyttet til reguleringsprosessen og erverv av eiendommer. Denne verdien vil kommunen på et senere tidspunkt få tilbakebetalt av investorene.

Bolgneset Utvikling AS ble stiftet i 2017 med en aksjekapital på 1 mill. kr. For å finansiere planprosessen, ble aksjekapitalen utvidet i to omganger slik at samlet innskutt aksjekapital nå er på 5,5 mill. kr. I tillegg har selskapet aksjonærlån på 5.1 mill.

Bolgneset Utvikling AS har siden oppstarten i januar 2016 samlet hatt kostnader på ca. 10 mill. kr. frem til og med første halvår 2020. Disse kostnadene er hovedsakelig gått til teknisk utredningsbistand i planprosessen i regi av Norconsult og Rambøll, noe juridisk bistand, og et gebyr til kommunens planavdeling. En mindre del av kostnadene er møtevirksomhet, reise- og kontorutgifter.

Prosjektledelse: Rolf-Henning Blaasvær ble tidlig engasjert som prosjektleder, og i januar 2017 ble det inngått avtale som prosjektleder og daglig leder i Bolgneset Utvikling. Blaasvær har i prosjektets levetid gjennom fase 1 arbeidet uten godtgjørelse på en «no cure, no pay» avtale som betyr at Blaasvær har arbeidet vederlagsfritt frem til godkjennelse og kontrakt med entreprenør. Reiser og kostnader til administrasjon er betalt av BU.

Hvis prosjektet med utbygging blir realisert, vil daglig leder motta en trinnsvis bonus fordelt over de åtte til ti årene det tar å opparbeide Bolgneset. Blaasværs avtale er knyttet til entreprenør. Kommunen vil ikke ha noen økonomiske forpliktelser knyttet til dette.

I tillegg ble Blaasvær daglig leder for Bolgneset Eiendom i 2019 for en periode, inntil entreprenør inngår kontrakt for opparbeidelsen. Avtalen er midlertidig og det betales ikke lønn eller godtgjørelse.

Fase 2, status og planer

Bolgneset Utviklings oppgaver i fase 2 vil bestå av markedsføring og promotering av det nye havteknologisenteret og tilrettelegge for aktivitet. Formålsparagraf for Bolgneset Utvikling AS endres tilsvarende:

«Selskapets formål er å markedsføre havteknologisenteret på Bolgneset og tilrettelegge for aktører som vil etablere seg der.»

Bakgrunnen for at selskapet nå går inn i fase 2, står omtalt i saksfremlegget for formannskapet 16. november 2016:

«En næringsutvikling forutsetter en vellykket arealutvikling. Det starter med det siste. Det er åpenbart at utviklingen av et havteknologisenter i tidlig fase bør skje parallelt med at areal blir ferdigstilt etter uttak av steinmasser og planering. Prosjektet vil ha et innhold som er i takt med det ønskede grønne skiftet i norsk næringsliv.»

Et utviklingselskap for havteknologi som ny næring kan være i posisjon til å få offentlige tilskudd. Arealutviklingen vil normalt ikke få det.»

Vurdering

Bolneset Utvikling AS har målrettet gjennomført sine planer for å skaffe nytt næringsareal til omstilling og utvikling av nye produkter og teknologier. Det er holdt stø kurs i arbeidet. Det som ble lagt frem i første runde av saksbehandlingen for fire og et halvt år siden, står fortsatt ved lag. Verdiskaping fra havet blir viktig for utviklingen av Kristiansunds-regionen i et generasjonsperspektiv. Med denne modellen får vi frem nytt areal for nye næringer raskt og med liten risiko.

Nå sitter vi med muligheten om å få armslag til å tenke nytt og større. Dette er et utviklingsprosjekt som vil få stor betydning for allerede etablerte aktører og alle nye som vil prøve seg. Havnæringer kan samarbeide med forskning og høyere utdanning. Vi er langt inne i grønn omstilling for alle næringer og bransjer.

Styret og daglig leder har arbeidet systematisk for å finne frem til ei god tomt og fått til avtaler med grunneiere. Planene er møtt med stor interesse fra mange miljøer nasjonalt og regionalt, og vi er glad for det økonomiske samarbeidet som er inngått med Møre og Romsdal fylkeskommune om partnerskap over tre år innen markedsføring av Bolneset. Fylket bidrar med 2,5 mill. kroner.

Kommunen har vært gjennom en kvalifisering og valgt entreprenører som har kraft nok til å gjennomføre anleggsdelen hurtig, effektivt og sikkert. Entreprenørene vil i tillegg trekke med investorer.

Rådmann og styret tar ansvaret for forhandlingene mellom kommunens to selskaper og Holth/Hæhre - og rådmann gis fullmakt til å sluttbehandle dette.

Det blir i 10. november gjennomført ekstraordinære generalforsamlinger for begge selskapene for å tilpasse vedtektene til fase 2. Ny formålsparagraf er foreslått til ekstraordinær generalforsamling. Bolneset Utvikling AS fortsetter som et heleid kommunalt utviklingselskap med vekt på markedsføring.

Bolneset Eiendom AS skal være hjemmelshaver til eiendommene innenfor planområdet. I henhold til Overordnet Avtale som legges frem nå, vil entreprenør bli medeier i Bolneset Eiendom AS ved at godtgjørelsen for tilretteleggingen av området konverteres til aksjer. Partenes individuelle styrerepresentasjon speiler partenes eierandeler med rettigheter og forpliktelser. Dette blir avklart gjennom forhandlinger om nye vedtekter. Saksfremlegget til ekstraordinær generalforsamling i Bolneset Eiendom beskriver dette. Se også hvordan valg av styremedlemmer vil skje.

Arne Ingebrigtsen

Rådmann

Vedlegg

Overordnet Avtale for Prosjekt Bolgneset



Kristiansund kommune

I medvind uansett vær

Saksprotokoll

Arkivsak-dok. 20/09628
Saksbehandler Helge Hegerberg

Behandlet av	Møtedato	Saknr
2009628 Formannskapet	10.11.2020	86/20

Bolghneset går fra fase 1 til fase 2 - overordnet avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre

Formannskapet har behandlet saken i møte 10.11.2020 sak 86/20

Møtebehandling

Berit Tønnesen (AP), Berit Frey (SP) og Torbjørn Sagen (H) ba om å få sin habilitet vurdert da de er hhv. Styreleder og styremedlemmer i selskapet.

De 3 fratradte under behandling av habilitetsspørsmålet.

Kommuneadvokaten har vurdert saken og tilrår at de 3 blir erklært inhabile jf. fvl. § 6 1.ledd.

Et samlet formannskap erklærte Berit Tønnesen (AP), Berit Frey (SP) og Torbjørn Sagen (H) som inhabile i saken.

Arne Grødahl (AP), Ole Kr. Gundersen (SP) og Robert Nordvik (FRP) tok deres sted i saken.

På vegne av MDG fremmet Ralph Herter følgende forslag (utsettelsesforslag):

Generalforsamling utsetter vedtak om godkjenning av overordnet avtale mellom BE/BU og HH inntil videre. Utsettelsen begrunnes med at den generelle markedssituasjonen er usikker, betinget av pandemien og at det må forventes svar på innsendt lovlighetskontroll. Videre må punkt 9 i foreslått avtale vurderes ift konflikt med offentlighetsloven og avtalen i sin helhet gjennomgås juridisk for å sikre at dens hovedintensjon er etablering av et havteknologisenter og ikke primært opparbeidelse av tomt.

På vegne av Nordmørslista fremmet Linda D. Høvik følgende forslag:

Nytt punkt 3.

Rådmann og styret i Bolghneset utvikling bes sikre eierskapsmøter hvor bystyret som eier blir orientert om forhold av betydning i den videre prosessen med utvikling av Bolghneset næringsområde.

Votering

Utsettelsesforslaget fra NML: Fikk 2 stemmer og falt.

Innstillingen: Enstemmig vedtatt.

Tilleggsforslag fra NML: Enstemmig vedtatt.

Formannskapetets vedtak

1. Prosjekt Bolgneset inneholder opparbeidelse av nytt næringsareal og etablering av et havteknologisenter innen havnæring innenfor arealet som inngår i reguleringsplan R-293. Formannskapet godkjenner Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre.
2. Rådmann og styret i Bolgneset Utvikling gis fullmakt til å gjennomføre Overordnet Avtale, samt inngå underliggende avtaler med Holth/Hæhre og deres partner.
3. Rådmann og styret i Bolgneset utvikling bes sikre eierskapsmøter hvor bystyret som eier blir orientert om forhold av betydning i den videre prosessen med utvikling av Bolgneset næringsområde.

VEDLEGG 5 ENGASJEMENTAVTALE FASE 2 (22.04.21)- BU

Avtale mellom

Bolneset Utvikling AS (BU)

og

Rolf-Henning Blaasvær (RHB)

1. Kristiansund kommune (KK) og Bolneset Utvikling AS (BU) engasjerte gjennom egen avtale datert 1. februar 2017 Rolf-Henning Blaasvær(RHB) som prosjektleder for utvikling av sjønære arealer til næringsvirksomhet på Bolneset. Engasjementet hadde som formål å oppnå offentlige og private godkjenninger/tillatelser, samt inngå avtale med entreprenør(er) og/eller investor(er) som skal forestå opparbeidelsen av området.
2. Gjennom denne Avtale, heretter kalt Fase 2, engasjeres RHB som prosjektleder for Bolneset Utvikling AS hvor oppgavene er å markedsføre og promotere havteknologisenteret med det formål å skaffe aktører som vil etablere seg på området.
3. Arbeidsoppgavene vil typisk være, men ikke begrenset til, å bistå med følgende:
 - Markedsanalyser, kartlegging av aktuelle aktører
 - Koordinere bistand fra byrå, med kjøp av tjenester innen strategi, markedsføring, profilering, materiell, m.m.
 - Oppsøkende virksomhet, kundebesøk, representasjon
 - Presentasjoner og kontakt med media og bransjeorganer
 - Forhandling og tilrettelegging med interessenter om etablering
 - i samarbeid med grunneier Bolneset Eiendom AS.
 - Daglig leder oppgaver i BU, styrearbeid, m.m.
4. RHB engasjeres som konsulent gjennom hans eget selskap, som innebærer at BU ikke har arbeidsgiveransvar. RHB representerer BU utad og er tildelt prokura. Selskapets signaturrett tegnes av styrets medlemmer i fellesskap. RHB rapporterer til styret i BU.
5. Godtgjørelsen til RHB er avtalt med et honorar på kr 40.000,- + mva pr mnd, regnet fra 1.januar 2021.

5. Godtgjørelsen til RHB er avtalt med et honorar på kr 40.000,- + mva pr mnd, regnet fra 1.januar 2021.

I tillegg får RHB refundert møte-, reise- og oppholdskostnader etter statens regulativ og kostnader til kontorhold med en fast sum på kr 5.000,- pr mnd.

6. Engasjementet med RHB er avtalt for 1 år

7. BU og RHB kan begge når som helst i perioden si opp engasjementet med 6 måneders skriftlig varsel.

Sted og dato: Kristiansund 22/4-2021

X Berit Tønnesen

Berit Tønnesen
Styreleder Bolgneset Utvikling AS

X Rolf-Henning Bladsvær

Rolf-Henning Bladsvær

VEDLEGG 6 AVGJØRELSE I KOFA-SAK 2021/1606 (11.03.22)



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Klager har anført at innklagede har foretatt flere ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med utvikling av nytt næringsareal ved Bolgneset. Anførslene har ikke ført frem, eller har blitt avvist for behandling i klagenemnda. Klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket har ikke blitt behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 11. mars 2022 i sak 2021/1606

Klager: Miljøpartiet de grønne Kristiansund

Innklaget: Havparken AS/Havparken Eiendom AS

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Karin Floistad og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Havparken AS/Havparken Eiendom AS (heretter *innklagede*) har forklart at Rolf-Henning Blaasvær (heretter *Blaasvær*) tok kontakt med Kristiansund kommune i 2014 vedrørende mulighetene for opparbeidelse av et næringsareal på Bolgneset.
- (2) Den 14. april 2015 ble det avholdt et møte mellom Blaasvær og politiske representanter fra Kristiansund kommune, der de ble enige om å igangsette et prosjekt om utvikling av industriareal ved Bolgneset. På møtet redegjorde Blaasvær for tidligere prosjekter og samarbeid han hadde hatt med Gunnar Holth Grusforretning AS. Fra møtereferatet fremgikk:

«[...] RHB engasjeres som tilrettelegger, og han rapporterer til [rådgiver] og [kommuneplanlegger].

Det inngås en avtale med RHB etter prinsippene «no cure, no pay», inneholdende et økonomisk insitament som utløses hvis prosjektet realiseres.

Første oppgave er å fremskaffe en oversikt over hva Frei og Kristiansund kommune tidligere har foretatt av planlegging, og hvilken reguleringsmessig status området har.»
- (3) Innklagede har forklart at Blaasvær sin primæroppgave som leder for prosjektet i første omgang skulle bestå av reguleringsarbeid. I 2015/2016 forhandlet assisterende rådmann i Kristiansund kommune med Blaasvær om en avtaleinngåelse.
- (4) I januar 2016 ba Kristiansund kommune Blaasvær om å gjennomføre en anbudsprosess for å engasjere en entreprenør for å sprengre og planere ut næringsarealet. Blaasvær besvarte henvendelsen i e-post 20. januar 2016:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

«Det gjenstår enda litt å avklare når det gjelder med nøyaktig å bestemme hvilke arbeidsoppgaver som inngår.

Vi er enige om at det inkluderer å ivareta alle reguleringsmessige forhold frem til godkjent reguleringsplan. Slike oppgaver vil inneholde en konsekvensanalyse, og ikke minst avklaringer av arkeologi og miljømessige forhold. Videre vil arbeidsoppgavene være å bistå kommunen med innløsning av eiendommer. Og adkomstveien vil måtte avklares med Statens vegvesen.

I tillegg til dette, forstår jeg det slik at kommunen også ønsker at jeg bistår med det formelle om å engasjere entreprenør gjennom anbudsprosess og avtaleinngåelse. Jeg hadde forutsatt at kommunens innkjøpsavdeling håndterte det formelle.

Det er greit for meg, selv om det er mer enn hva det tidligere har vært snakk om. Men, som jeg nevnte for deg sist, må kommunen da først vurdere om dette er forenelig med at jeg tidligere har hatt forretningsforhold sammen med Holth og Hæhre. For vi håper jo på at de vil være interessenter og tilbydere. En slik utsjekking kalles vel å avklare habilitet. Sjekker du med juridiske avdeling?

Vi holder kontakten, og bør vel etter hvert kunne komme frem til et avtaleutkast.»

- (5) Den 14. juni 2016 vedtok Formannskapet i Kristiansund kommune å støtte planene for utvikling av næringsareal ved Bolgneset:
- 1. «Formannskapet støtter planene om å utvikle og tilrettelegge sjønære arealer for å etablere et havteknologisenter fra Bolgneset og vestover på Freiøya*
 - 2. Rådmannen får i oppgave å sette ned en arbeidsgruppe med representanter for berørte fagområder i kommunen til å organisere arbeidet i en innledende fase med status for kommuneplan, arealplan, reguleringsplan og bestemmelser. Arbeidsgruppa avklarer regulering og en eventuell konsekvensanalyse, etablerer kontakt med andre myndighetsorganer, og foretar en vurdering om å sette på en prosjektleder med erfaring fra lignende prosesser. Alle andre avklaringer med utnyttelser og funksjoner, slik som veier og annen infrastruktur, legges frem til politiske organer*
 - 3. Det legges frem for formannskapet til godkjenning et utkast til avtale med en entreprenør/spreng- og knuseoperatør, med rettigheter og plikter, som kan utvikle området i et lengre perspektiv med en helhetlig arealløsning hvor uttak av offshore steinmasser fra Bolgneset inngår.*
 - 4. Oppdraget legges ut på Doffinbasen i tråd med lov om offentlige anskaffelser.»*
- (6) I saksfremlegget til Formannskapet var det redegjort for Blaasvær sine forbindelser til Gunnar Holth Grusforretning AS i tidligere prosjekter.
- (7) Den 15. november 2016 vedtok Formannskapet i Kristiansund kommune at det videre arbeidet med utviklingen av Bolgneset skulle skje gjennom etableringen av et heleid kommunalt aksjeselskap, Bolgneset Utvikling AS (nå Havparken AS). I saksfremlegget stod det at *«[d]et blir inngått en avtale med prosjektleder/daglig leder som i første rekke blir konsentrert om arealutviklingen»*. Som begrunnelse for å opprette et kommunalt aksjeselskap var det angitt at et eget selskap ville ha et spesifikt mandat, som

erfaringsmessig ville være mer fokusert på å gjennomføre prosjektet enn en kommunal arbeidsgruppe.

- (8) Bystyret i Kristiansund kommune tiltrådte vedtaket om etablering av Bolgneset Utvikling AS 13. desember 2016, med vedtekter, aksjekapital og oppstart i 2017.
- (9) Avtale mellom Blaasvær og Bolgneset Utvikling AS ble signert 1. februar 2017. I avtalens punkt 1 var det angitt at «*Kristiansund kommune (KK) har gjennom det nyopprettede selskapet Bolgneset Utvikling AS (BU) engasjert RHB til å bistå med å utvikle sjøenære arealer til næringsvirksomhet på Bolgneset og vestover.*»
- (10) I punkt 2 i avtalen fremgikk det at «*[e]ngasjementet inkluderer at RHB innehar rollen som daglig leder i BU. RHB engasjeres som konsulent som, som innebærer at BU ikke har arbeidsgiveransvar.*» Om godtgjørelse fremgikk:

«6.RHB er engasjert som daglig leder uten fast lønn/honorar og godtgjøres ikke for medgått tid.

[...]

7. Det er i tillegg avtale en bonus («success-fee») med RB som utløses når opparbeidelsen av området på Bolgneset starter opp.

[...]

Godtgjørelsen blir å anse som en forpliktelse for entreprenør(er)/ investor(er) som engasjeres, og skal innarbeidet i de avtale(r) som inngås.

[...].

Bomusen er ikke knyttet opp til at RHB innehar rollen som daglig leder ved oppstart av opparbeidelsen og gjennom hele opparbeidelsesperioden. Bomusen beholdes selv om RHB underveis har fratrudd som daglig leder.

Dersom området Bolgneset ikke blir opparbeidet på grunn av endrede offentlige rammebetingelser og/eller politiske føringer, utbetales et erstatningsbeløp til RHB som står i forhold til hans medgåtte tid i prosjektet.»

- (11) Innklagede har forklart at selskapene Gunnar Holth Grusforretning AS og Hæhre Entreprenør AS meldte sin interesse i prosjektet sent 2017, og fremmet et ønske til Kristiansund kommune om å inngå en intensjonsavtale om planeringsarbeid i mars 2018. Dette ønsket ble viderefremmet til Bolgneset Utvikling AS. I protokoll fra styremøte i Bolgneset Utvikling AS fra 12. april 2018 stod det blant annet:

«Sak 7/2018 Kontrakt med mulig entreprenør/investor

Daglig leder informerte om kontakten med Holth og Hæhre, som begge har bekreftet interesse for prosjektet og ønsker en intensjonsavtale.

Styret ønsker at kontakten videreføres, og at det arbeides med å utarbeide en slik avtale. Samtidig ønsker styret at prosessen videre må tilfredsstillende lover og forskrifter om offentlige anskaffelser.»

- (12) På samme møte støttet styret opprettelsen av et nytt kommunalt eiendomsselskap for planområdet på Bolgneset, og at det innledningsvis skulle konstitueres et felles styre og ledelse som for Bolgneset Utvikling AS. Kristiansund kommune kjøpte så alle aksjene i selskapet Vadsteinvika Eiendom AS som fikk navnet Bolgneset Eiendom AS (nå Havparken Eiendom AS).
- (13) Kristiansund kommune kunngjorde 6. mars 2019 en konkurranse på Doffin/TED med forhandling for opparbeidelse av nytt næringsareal på Bolgneset. I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 fremgikk det at konkurransen ville bli gjennomført av Bolgneset Utvikling AS sammen med Kristiansund kommune. Oppdragsgiver og avtalepartner for leverandøren ville være Bolgneset Eiendom AS.
- (14) Konkurransen skulle gjennomføres med en kvalifikasjonsfase (trinn 1) og en konkurransefase (trinn 2). Frist for å levere søknad om prekvalifisering var 9. april 2019. Ifølge konkurransegrunnlaget ville endelig tilbudsfrist bli satt etter gjennomførelsen av kvalifikasjonsfasen.
- (15) Oppdraget var delt inn i to uttaksområder, Vest og Øst. Område Øst omfattet betydelige overskuddsmasser, ca. 1,7 millioner m³ fast fjell.
- (16) I konkurransegrunnlaget punkt 14.3 («*Konkurranskriterier*») ble leverandørene i konkurransens trinn 2 bedt om å oppgi hvor mange prosent eierandeler i Bolgneset Eiendom AS de tilbød som vederlag for å utføre oppdraget, samt dato for oppstart og ferdigstillelse av uttaksområde Vest. Tildelingskriteriene for endelig valg av tilbud var angitt slik:

«Den tilbyder som tilbyr lavest eierandel i Bolgneset Eiendom AS for Leverandøren, rangeres høyest. Dersom to tilbydere tilbyr like store eierandeler for å utføre Oppdraget, rangeres den tilbyder høyest som har kortest gjennomføringstid for Uttaksområde Vest.»

- (17) Innen utløpet av fristen kom det kun inn én søknad om prekvalifisering, fra Hæhre Entreprenør AS. I evalueringsrapporten datert 14. mai 2019 var det angitt at Hæhre Entreprenør AS hadde inngått en forpliktende avtale med Gunnar Holth Grusforretning AS om gjennomførelse av oppdraget. Det var her opplyst at de formelle kvalifikasjonskravene var oppfylt. Om den videre gjennomføringen av konkurransen stod det:

«Gjennomføring av konkurransens trinn 2, var planlagt med oppstart umiddelbart etter avslutning av trinn 1, dvs i uke ca 20.

«Dette må utsettes noe, da vårt planforslag ble langt senere enn forventet behandlet og godkjent i Plan- og bygningsrådet. Først den 11. april 2019 vedtok PBR å legge planforslaget ut på høring. Høringsfristen er nå 19.juni 2019.

«Det vil være naturlig at eventuelle merknader og innsigelser til planforslaget er kjent før vi ber om tilbud fra Hæhre Entreprenør AS/ Gunnar Holth Kristiansund AS. Da først vil vi med stor sikkerhet kunne sette datoer for endelig godkjenning av planforslaget, med vedtak i Bystyret som godkjenner ny reguleringsplan.

«Dette er også nødvendig at de formelle vedtak om overføre eiendommene innenfor planområdet til Bolgneset Eiendom AS, er på plass. Dette planlegges lagt frem for Formannskapet og Bystyret for sommeren 2019.

I tillegg må rådmann konsulteres om saksgangen videre, om hvordan det skal forhandles om godtgjørelse og andre betingelser. Det vil være naturlig at han trekkes aktivt og personlig inn i prosessen.

Oppstart av trinn 2, vil derfor først kunne starte opp i løpet av sommeren 2019.»

- (18) Den 5. mars 2020 ble planforslaget for Bolgneset næringsområdet godkjent ved vedtak i Bystyret. Et politisk mindretall fremsatte i samme møte et krav om lovlighetskontroll av planvedtaket.
- (19) Innklagede har forklart at Hæhre Entreprenør AS og Gunnar Holth Grusforretning AS ikke ønsket å gi endelig tilbud om aksjeandel i Bolgneset Eiendom AS før det forelå nærmere avklaring av reguleringsplanen. Entreprenørfellesskapet innga derfor kun en foreløpig pris på de kostnadene som ville påløpe for opparbeidelse av området. Innklagede har forklart at det på denne bakgrunn ikke var mulig å innhente tilbud som var fullstendig nok til å danne grunnlag for sluttforhandlinger. Partene ble derfor enige om å utsette forhandlingene og gjennomføre dem trinnvis.
- (20) Avtale om den videre prosessen ble signert mellom Bolgneset Eiendom AS/Bolgneset Utvikling AS og Hæhre Entreprenør AS/Gunnar Holth Grusforretning AS 2. november 2020 (kalt «overordnet avtale»). I henhold til avtalens punkt 4 ble det bestemt at partene i en omforent takt og rekkefølge skulle fremforhandle følgende og endelige avtaler for gjennomføringen av prosjektet: Entreprisavtale mellom Bolgneset Eiendom AS og entreprenørfellesskapet, investerings- og oppgjørsavtale mellom Kristiansund kommune og entreprenørfellesskapet, aksjonæravtale for Bolgneset Eiendom AS mellom Kristiansund kommune og entreprenørfellesskapet (eventuelt også med investor), samarbeidsavtale mellom Bolgneset Utvikling AS og entreprenørfellesskapet, samt avtale med Kristiansund kommunes prosjektleder Blaasvær.
- (21) I avtalens punkt 5 («Godtgjørelse i aksjer i BE») var det angitt:

«Godtgjørelsen til HH for entreprisarbeidene skal avtales på markedsmessige vilkår, i tråd med tidligere tilbud fra HH. Inntektene fra salg av knust steinmasse tilfeller HH.

[...]

Partene skal fremforhandle en verdsettelsesmodell for aksjene i BE hvor HH sin motytelse for andelen av aksjene skal hensynta de gjeldsposter og økonomiske forpliktelser som ligger i BE, og for øvrig være i tråd med markedsmessige mekanismer. Samlet andel av aksjene BE som HH får i oppgjør for entreprisen vil være i tråd med fremforhandlet godtgjørelse i entreprisavtalen»

- (22) Av punkt 6 («HHs rettigheter til oppstart») fremgikk:

«Denne Overordnede Avtale bekrefter HH sin eksklusive rett til å inngå nødvendige om endelige avtaler etter punkt 4, slik HH ble prekvalifisert for gjennom utlyst åpen konkurranse på Doffin etter Lov om offentlige anskaffelser, «Kontrakt med forhandling». HHs eksklusive rett bortfaller, dersom den ikke er benyttet innen utløpet av 2026.

HH er ikke forpliktet til ytterligere avtaleinngåelser eller oppstart for de etter sin egen vurdering finner det kommersielt, juridisk og teknisk forsvarlig med gjennomføringen av Prosjektet».

- (23) Statsforvalteren i Trøndelag konkluderte 6. april 2021 med at planvedtaket for Bolgneset næringsområde var lovlig.
- (24) Den 31. august 2021 endret Bolgneset Eiendom AS og Bolgneset Utvikling AS navn til henholdsvis Havparken Eiendom AS og Havparken AS.
- (25) Miljøpartiet de grønne Kristiansund (heretter *klager*) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 23. september 2021. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 13. oktober 2021.
- (26) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. februar 2022.

Anforsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (27) Engasjementet av Blaasvær som daglig leder for Havparken AS, tidligere Bolgneset Utvikling AS, er et oppdrag om utførelse av tjenester iht. anskaffelsesforskriften § 4-1 c. Kontrakten ble aldri utlyst eller konkurranseutsatt, og utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.
- (28) Regelverket for offentlige anskaffelser er brutt ved at kontrakten om opparbeidelse av Bolgneset er tildelt to aktører som har hatt et tett samarbeid med daglig leder Blaasvær, som har styrt anskaffelsesprosessen. Blaasvær skal motta betaling for arbeidet han gjør fra den/de private aktøren(e) han skal forhandle med i konkurransen.
- (29) I konkurransegrunnlaget er det i strid med regelverket stilt et konkurransevridende krav til utskipningsanlegg/lasteanlegg, som kun aktørene Hæhre Entreprenør AS og Gunnar Holth Grusforretning AS vil kunne oppfylle.
- (30) Overordnet avtale med Hæhre Entreprenør AS og Gunnar Holth Grusforretning AS har blitt inngått 1,5 år etter prekvalifiseringsfasen. Det vil være i strid med anskaffelsesregelverket å inngå endelig avtale med entreprenørfellesskapet uten å lyse ut anbudet på nytt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Avtalen inngått med Blaasvær er en kontrakt om ansettelse som faller utenfor anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav f. Avtalen ble inngått muntlig i 2016, og signert 1. februar 2017. Avtalen faller uansett utenfor foreldelsesfristen.
- (32) Forbindelsen mellom Blaasvær og Hæhre Entreprenør AS/Gunnar Holth Grusforretning AS har vært kjent og ble vurdert før igangsettelsen av en anskaffelsesprosess. Alle interesserte tilbydere har fått mulighet til å melde sin interesse i kontrakten. Vederlaget til Blaasvær ble fremforhandlet av Kristiansund kommune lenge før entreprenør(er) ble valgt, og vederlagsformen ble bestemt for at kommunen ikke skulle påløpe økonomisk risiko. Regelverket er ikke brutt.
- (33) Kravet til lastekapasitet som ble stilt er ikke uvanlig, usaklig eller konkurransehemmende. Det var tvert imot helt nødvendig å stille et slikt krav for å kunne gjennomføre salg av overskuddsmasser offshore. Konkurransegrunnlaget la opp til at leverandorene måtte vise at de ville kunne disponere nødvendig lasteutstyr for byggetrinn to, ca. 16-18 måneder

etter prosjektoppstart. Interesserte tilbydere hadde derfor god tid til å skaffe til veie nødvendig utstyr.

- (34) Det er ikke inngått en anskaffelsesavtale med Hæhre Entreprenør AS og Gunnar Holth Grusforretning AS. Overordnet avtale inngått 2. november 2020 gjelder utelukkende videre prosess for forhandlinger, og ikke utveksling av vederlag. Avtalen utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (35) Det vil ikke være en plikt til å utlyse konkurransen om opparbeidelse av Bolgneset på ny på grunn av den tiden som er gått. I konkurransegrunnlaget var det angitt at frist for å levere tilbud og tidspunkt for kontraktinngåelse skulle oppgis etter gjennomførelsen av prekvalifikasjonsfasen. At forhandlingene har tatt lang tid, kan uansett ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse i seg selv.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Det klagenemnda er blitt bedt om å ta stilling til, er om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). For slike påstander gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (*klagenemndsforordningen*) § 13a første ledd.
- (37) Klagen inneholder også andre anførsler om brudd på anskaffelsesregelverket: at innklagede har stilt et konkurransevridende krav til utskipningsanlegg/lasteanlegg, samt at Blaasvær, som gjennomførte anskaffelsesprosessen for opparbeidelse av Bolgneset, tidligere har hatt et tett samarbeid med de eneste leverandørene som ble prekvalifisert i konkurransen. Den delen av klagen som gjelder disse anførselene ligger imidlertid utenfor det som klagenemnda kan ta stilling til i en sak om ulovlig direkte anskaffelse.
- (38) I denne saken er for øvrig klager en politisk organisasjon som ikke har deltatt i konkurransen. Klagenemnda kan ikke se at klager har *«saklig interesse»* i å få avgjort de øvrige anførselene om brudd på regelverket, og de avvises dermed for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd.
- (39) Klagenemnda bemerker for øvrig at nemnda skal uttale seg om det er begått brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd. Anskaffelsesregelverket fastsetter prosedyreregler som oppdragsgivere må følge ved gjennomføringen av en offentlig anskaffelse. Regelverket gjelder altså hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres, og omfatter ikke beslutningen om at det skal gjennomføres en anskaffelse, eller hva som skal anskaffes.
- (40) Klagenemnda forstår klagen dithen at det er to avtaleinngåelser som problematiseres, henholdsvis avtale mellom den gang Bolgneset Utvikling AS og Blaasvær, og overordnet avtale mellom den gang Bolgneset Eiendom AS/Bolgneset Utvikling AS og Gunnar Holth Grusforretning AS/Hæhre Entreprenør AS. Disse vil i det følgende behandles hver for seg.

Avtale med Blaasvær

- (41) Det følger av klagenemndsforordningen § 13a andre ledd, at en klage på ulovlig direkte anskaffelse *«kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått»*.

- (42) Avtalen med Blaasvær ble inngått muntlig sent 2016, og signert 1. februar 2017. Etter sin ordlyd er den ikke en ansettelsesavtale. Mye kan tale for at det reelt sett dreier seg om innkjøp av konsulenttjenester, som kan være kunngjøringspliktig, men klagenemnda tar ikke endelig stilling til dette spørsmålet. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse er datert 23. september 2021. Fristavbrytende brev ble sendt til Havparken AS (tidligere Bolgneset Utvikling AS) 13. oktober 2021. Den delen av klagen som gjelder denne avtaleinngåelsen, er dermed foreldet og ligger utenfor det klagenemnda kan ta stilling til, jf. loven § 12 fjerde ledd, jf. klagenemndsforordningen §13a andre ledd.

Avtale med entreprenør(er)

- (43) Klager bemerker at det har blitt inngått en overordnet avtale med Gunnar Holth Grusforretning AS/Hæhre Entreprenør AS 1,5 år etter prekvalifiseringsfasen. Klager har i denne sammenheng anført at det vil være i strid med anskaffelsesregelverket å inngå endelig avtale med entreprenørfellesskapet uten å lyse ut en ny anbudskonkurranse.
- (44) Overordnet avtale med entreprenørfellesskapet ble inngått 2. november 2020. Avtalen gjelder videre prosess for gjennomføring av forhandlinger med sikte på å inngå endelige avtaler for utviklingen av næringsarealet ved Bolgneset. All den tid det per nå ikke er inngått en gjensidig bebyrdende avtale om utveksling av ytelser mot vederlag, er det ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. forskriften § 1-1, jf. § 4-1 bokstav a.
- (45) Klagenemnda vil likevel påpeke risikoen innklagede løper ved en eventuell kontraktinngåelse med Gunnar Holth Grusforretning AS/Hæhre Entreprenør. Nemnda viser til at innklagede har kunngjort en konkurranse de ikke har fått inn tilbud på, og det er gjennomført forhandlinger uten utgangspunkt i et innkommet tilbud. Entreprenørfellesskapet har kun inngitt en foreløpig pris på kostnadene for opparbeidelse av arealet, ikke en aksjeandel, som var det leverandørene skulle konkurrere på. Et eventuelt tilbud vil i så fall komme nesten to år etter prekvalifiseringsfasen. I tillegg påpeker nemnda at selv om konkurransegrunnlaget ikke stilte konkrete krav til oppstart, var det angitt at det var ønskelig med en rask oppstart og gjennomføring av uttaksområde Vest, samt oppstart av oppdraget i 2019. I konkurransefasen skulle leverandørene oppgi dato for oppstart og ferdigstillelse av uttaksområde Vest. Dette ville være avgjørende for valg av leverandør dersom to leverandører tilbød samme prosent eierandel.
- (46) Klagers påstand om ulovlig direkte anskaffelse tas etter dette ikke til følge.

Konklusjon:

Havparken AS/Havparken Eiendom AS har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

VEDLEGG 7 OPPDRAGSBESKRIVELSE (05.04.22)

Vi oversendte følgende epost til Wahl-Larsen Advokatfirma AS datert 05.04.22

Vi i Møre og Romsdal Revisjon SA har mottatt en bestilling fra kontrollutvalget i Kristiansund kommune på gjennomføring av en forvaltningsrevisjon med utgangspunkt i etableringen av et næringsområde på Bolgneset i Kristiansund kommune som det har vært mye stridighet om blant både innbyggere, politikere, kommunalt ansatte og ikke minst i media. Selskapene det gjelder er Havparken AS (tidligere Bolgneset Utvikling AS) og Havparken Eiendom AS (tidligere Bolgneset Eiendom AS). I media har denne saken pågått i flere år, spesielt i lokalavisa Tiden Krav og i Dagbladet (v/Siri Gjedde-Dahl).

Bestillingen fra kontrollutvalget (og bystyret) omhandler fire problemstillinger:

- 1. «Anbud»*
- 2. Arbeidskontrakt*
- 3. Innsyn og offentlighet*
- 4. Har det blitt utøvd press mot etater, utvalg og innbyggere*

I bestillingen fra kontrollutvalget ble det satt som forutsetning at vi (MRR AS) innhenter ekstern kompetanse i forbindelse med de to første problemstillingene som omhandler anbud - vurdering av gjennomføring av en konkurranse med prekvalifisering samt en vurdering av om engasjement/ansettelse av daglig leder skulle fulgt anskaffelsesregelverket eller vanlig ansettelsesprosedyre, i tillegg til å vurdere innholdet i inngått arbeidsavtale/bonusavtale mellom engasjert/ansatt daglig leder i Havparkenselskapene og styret i selskapet.

I dette ligger også vurdering av tette forbindelser med den eneste leverandøren som meldte sin interesse for prekvalifisering, og som selskapet i to år har forhandlet med om inngåelse av kontrakt m utsprenging/tilrettelegging av næringsområdet på Bolgneset.

Et politisk parti i byen (MDG) klaget selskapene inn for KOFA høsten 2021, med spørsmål om det hadde vært gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse av leverandør til oppdraget. Det foreligger nå en uttale fra KOFA datert 11. mars 2022.

VEDLEGG 8 OPPDRAGSBEKREFTELSE (06.04.22)

Vi fikk oversendt en oppdragsbekreftelse fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS datert 06.04.22, der det går fram at oppdraget gjelder:

Oppdraget er to-delt:

1) Vurdering av om konkurranse er gjennomført i henhold til anskaffelsesregelverket, og hvorvidt avtaleinngåelse vil bli ansett som ulovlig direkte anskaffelse

2) Vurdering av bonusavtale opp mot arbeidsrettens rammer, samt mulige kommentarer knyttet til selskapsrettslige spm

VEDLEGG 9 BREV FRA HAVPARKEN (08.04.22)

I etterkant av oppstartsmøte 28.03.22 mottok vi et brev fra selskapet hvor de ga innspill til de fire områdene som undersøkelsen omfatter. Vi skal her gjengi deler av det som vedrører anbud og arbeidsavtaler:

Under punktet om anbud stod det:

Etter at Bystyret og Kontrollutvalget vedtok dette den 16. desember 2021, foreligger det en avgjørelse fra KOFA som har behandlet en klage fra partiet MDG. Avgjørelsen i KOFA er datert 11. mars 2022. Klagen fra MDG var i hovedsak rettet mot påståtte ulovligheter i anbudsprosessen og inngåelse av Overordnet avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre.

Som underlag for KOFAs behandling og avgjørelse foreligger det ganske fylldig korrespondanse mellom KOFA og Havparkens advokat Anders Hauger, i form av juridiske tilsvaer med vedlegg. Samlet sett er dette meget informativt og dekkende for den anbudsprosessen som har vært gjennomført.

Vi forstår det slik på oppstartsmøtet at MRR ikke har til hensikt å overprøve KOFA, og vi håper derfor at beslutningsunderlaget, vurderingene og konklusjonen til KOFA da vil forenkle arbeidet til MRR på dette punkt. Vi oversender MRR i første omgang derfor alle tilsvaer med vedlegg fra advokat Hauger, men ikke ytterligere underlag på dette punkt.

Denne dokumentasjonen vedlegges dette brev som følgende vedlegg:

Dokument 3: Klagen fra MDG datert 23. september 2021

Dokument 4: Tilsvaer fra Havparken v/ adv Hauger, datert 11. november 2021

Dokument 5: Tilsvaer fra Havparken v/ adv Hauger, datert 13. desember 2021

Dokument 6: Tilsvaer fra MDG datert 1. februar 2022

Dokument 7: Tilsvaer fra Havparken v/ adv Hauger, datert 7. februar 2021

Dokument 8: Avgjørelse fra KOFA datert 11. mars 2022

Dokument 9: Orientering om avgjørelsen fra advokat Hauger, datert 14. mars 2022

På oppstartsmøtet ønsket MRR at vi oversendte de to forespørslene fra KOFA hvor to aktører ba om innsyn i tilsvarene fra vår advokat Hauger før avgjørelsene til KOFA var fattet. Det ga vi KOFA klarsignal til. Anmodningene var fra følgende to:

- *Advokat Børge Breimo Helstrøm, datert 13.januar 2022
Se <https://www.angelladvokatfirma.no/mennesker/borge-breimo-helstrom/>*
- *Vaktsjef Henning Betten fra Tidens Krav. E-post fra KOFA datert 19.januar 2022*

Dokument 10: Kopi av e-poster fra KOFA om innsynskrav til tilsvarene

Under punktet om arbeidsavtale stod det:

Arbeidet som MRR skal utføre på dette punkt, er knyttet til de to arbeidsavtalene som er inngått mellom Havparken AS (den gang Bolgneset Utvikling AS) og daglig leder/prosjektleder, og mellom Havparken Eiendom AS (den gang Bolgneset Eiendom AS) og daglig leder.

Begge disse avtalene har vi tidligere oversendt Statsforvalteren, og etter hva vi forstår så har MRR blitt gitt tilgang til all denne dokumentasjonen. Det innebærer at vi ikke oversender MRR dette på nytt.

Prosessen knyttet til inngåelse av avtalen fra 1.februar 2017, som er den det er fokusert på, er forklart inngående i tilsvarene fra advokat Hauger.

Engasjementet av undertegnede som prosjektleder for Bolgneset-prosjektet ble avtalt første gang på det som i ettertid har blitt benevnt Oppstartsmøtet. Det ble avholdt 14.april 2015. Initiativtaker til dette møtet var Helge Hegerberg, daværende rådgiver olje og energi i Kristiansund kommune.

Hegerberg ble senere innvalgt som styremedlem i Havparken-selskapene.

Dokument 11: Møtereferat fra Oppstartsmøte den 14.april 2015

Hegerberg har sluttet i kommunen og arbeider i dag som politisk rådgiver i Møre og Romsdal fylkeskommune. Han har bosted Kristiansund, men arbeidssted Molde. Han har vært meget sentral i arbeidet med Bolgneset-prosjektet gjennom årene fra 2015 frem til dags dato, og han bør derfor intervjues med en personlig samtale og ikke over tlf.

Hegerberg kjenner svært godt til både anbudsprosessen, arbeidsavtalen, innsyn/offentlighet og påstått press på utvalg, etater og innbyggere.

- *Helge Hegerberg*

I tillegg er nåværende styremedlem Torbjørn Sagen Kristoffersen sentral mht den kunnskap og innsikt som er nødvendig for å kunne belyse anbudsprosessen, innsyn/offentlighet og påstått press på utvalg, etater og innbyggere. Han har vært styremedlem siden oppstarten i 2017 og sitter fremdeles som politisk valgt styremedlem, og vi forutsetter at han intervjues.

- *Torbjørn Sagen Kristoffersen*

Av styremedlemmer som var med fra oppstarten i 2017, inngår også Berit Frey. Hun var politisk valgt styremedlem i Havparken-selskapene frem til 2020, og bør intervjues. Berit Frey er i dag vara- ordfører. Hun kjenner godt til de bakenforliggende forhold som MRR skal gjennomgå.

- *Berit Frey*

PROBLEMSTILLING 1. KONKURRANSE OM OPPARBEIDELSE AV NÆRINGSAREAL PÅ BOLGNESET

VEDLEGG 10 NOTAT FRA WLA (26.04.22)



NOTAT

Til: Møre og Romsdal Revisjon SA

Oslo, 26. april 2022

Fra: Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Saksnr.: 20220173

Ansvarlig advokat: TF

VURDERING AV HVORVIDT KONKURRANSE OM OPPARBEIDELSE AV NÆRINGSAREAL PÅ BOLGNESET, KRISTIANSUND KOMMUNE, ER GJENNOMFØRT I HENHOLD TIL ANSKAFFESESREGELVERKET

I INNLEDNING

Jeg har blitt anmodet om å vurdere hvorvidt ovennevnte konkurranse ble tilrettelagt på en måte som er forenlig med anskaffelsesregelverkets rammer. Med anskaffelsesregelverkets rammer menes lov og forskrift om offentlige anskaffelser¹ («LOA» og «FOA»). Mandatet er å påpeke forhold i konkurransegrunnlaget som enten anses som opplagte regelbrudd, eller som fremstår som mulige regelbrudd. Med sistnevnte siktes til forhold hvor det er nødvendig med nærmere klarlegging av fakta for å kunne foreta en vurdering som leder frem til en endelig konklusjon.

Jeg har også blitt anmodet om å vurdere hvorvidt inngåelse av kontrakt med Gunnar Holth Grusforretning AS/Hæhre Entreprenør AS vil innebære en ulovlig direkte anskaffelse, i lys av KOFAs uttalelser i sak 2021/1606.

II OPPSUMMERING – KONKLUSJONER

1 Regelbrudd

- Tildelingskriteriet «*Lavest eierandel*» fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for identifisering av lavest pris, jf. punkt III, 1 og 2 nedenfor.
- Tildelingskriteriet «*Kortest gjennomføringstid*» fremstår som uklart, jf. punkt III, 1 og 2 nedenfor.
- «*Konkurranseskriteriene*» fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 14.3 synes uforenlige med anskaffelsesforskriftens system for gjennomføring av en konkurranse. Alternativt fremstår kriterienes status/betydning som uklare, med den konsekvens at konkurransegrunnlaget anses for uklart, og derved i strid med kravet til forutberegnelighet i LOA § 4, jf. punkt III, 3 nedenfor.

¹LOV-2016-06-17-73, FOR-2016-08-12-974



- Kravet om innarbeidede SHA- og HMS-systemer i konkurransegrunnlagets punkt 12.5 er ikke et lovlig kvalifikasjonskrav. Dette fordi kravet ikke lar seg henføre under den type dokumentasjon som lovlig kan etterspørres i henhold til FOA § 16-6 eller § 16-7. Kravet kunne ha vært en del av kravspesifikasjonen (krav til ytelsen) og/eller oppstilt som en kontraktsbestemmelse, jf. punkt 3.2 for nærmere orientering, jf. punkt III, 4 nedenfor.
- Manglende opplysninger om hvilke kontraktsbestemmelser som skal gjelde innebærer brudd på FOA § 14-3 (1) bokstav b) og § 19-1, jf. punkt III, 5 nedenfor.

2 Mulige regelbrudd

- Det er grunn til å stille spørsmål om konkurransen skulle ha vært kunngjort iht. konsesjonskontraktforskriften. Forutsatt at denne kommer til anvendelse, er det videre grunn til å stille spørsmål om manglende angitt kontraktsperiode bryter med forbudet mot tidsbegrensede konsesjonskontrakter i § 8-12, jf. punkt IV, 1 nedenfor.
- Det er grunn til å stille spørsmål om konkurransen som sådan er tilrettelagt på en måte som bryter med kravet til likebehandling og konkurranse i LOA § 4, dvs. om kombinasjonen av valg av krav og kriterier samlet sett er tilpasset et ønske om valg av et felles tilbud fra Gunnar Holth Grusforretning AS og Hæhre Entreprenør AS, jf. punkt IV, 2 nedenfor.
- Det foreligger en viss risiko for at kravet til lasteutstyr og utskipingsanlegg under kvalifikasjonskravene (konkurransegrunnlagets punkt 12.8), og under kravspesifikasjonen (konkurransegrunnlagets punkt 3.15) bryter med kravet til forholdsmessighet i LOA § 4 samt FOA § 16-1 (1), og/eller er usaklig/unødvendig konkurransebegrensende, og derved i strid med kravet til konkurranse i LOA § 4, jf. punkt IV, 3 nedenfor.
- Utformingen av punktet om avvisning i konkurransegrunnlagets punkt 8.4 kan oppfattes i strid med forbudet mot å forhandle om et tilbud med vesentlig avvik, jf. punkt IV, 4 nedenfor.

3 Vedr. evt. kontraktsinngåelse med Gunnar Holth Grusforretning AS/Hæhre Entreprenør AS

- Kontraktsinngåelse med Gunnar Holth Grusforretning AS/Hæhre Entreprenør AS vil med overveiende grad av sannsynlighet innebære en ulovlig direkte anskaffelse, jf. de forhold KOFA oppsummerer i premiss 45 i sak 2021/1606, samt punkt V nedenfor.

III NÆRMERE REDEGJØRELSE FOR KONSTATERTE REGELBRUDD

1 Overordnet om klarhetskravet

Konkurransegrunnlaget skal være klart, presist og utvetydig formulert, slik at det er mulig for alle "rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører" å forstå spillereglene for gjennomføringen av konkurransen på samme måte, jf. kravet til forutberegnelighet og likebehandling i LOA § 4.



Dette innebærer at opplysningene må være tilstrekkelig presise til å sette mulige leverandører i stand til å vurdere hvorvidt de ønsker – eller har mulighet til – å delta i konkurransen, og til å utarbeide et konkurransedyktig tilbud ved valg om deltakelse.

Oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. FOA § 14-1 (5).

2 Tildelingskriteriene

2.1 Generelt

Tildelingskriteriene skal være angitt i konkurransegrunnlaget, jf. FOA § 14-1 (3) d) nr. 4. Det skal fremgå klart hvilke forhold som vil bli vektlagt i evalueringen, jf. klarhetskravet omtalt ovenfor.

Det følger videre av FOA § 18-1 fjerde ledd, at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere enten «lavest pris/kostnad», eller det tilbudet som har det «beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet», jf. § 18-1 (1).

KOFA har lagt til grunn at et tildelingskriterium har tilstrekkelig tilknytning til leveransen «*når det legges opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys*», jf. eksempelvis nemndas avgjørelse i sak 2015/149, premiss 30. For å ha den nødvendige tilknytning til leveransen, må tildelingskriteriet videre knyttes til forpliktende sider ved tilbudet, jf. blant annet nemndas avgjørelse i sak 2019/7, premiss 17, med henvisning til sak 2008/80.

Tildelingskriteriene skal ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet, jf. § 18-1 (5).

2.2 Konkret

Tildelingskriteriene er utformet på følgende måte:

«14.4 Tildelingskriterier

Den tilbyder som tilbyr lavest eierandel i Bolgneset Eiendom AS for Leverandøren, rangeres høyest. Dersom to tilbydere tilbyr like store eierandeler for å utføre Oppdraget, rangeres den tilbyder høyest som har kortest gjennomføringstid for Uttaksområde Vest.2» (Mine understrekninger)

Begge tildelingskriteriene fremstår som uklare. Det vises til følgende:

- Tildelingskriteriet «Lavest eierandel»

Tildelingskriteriet «lavest eierandel» anses for uklart, lest i lys av følgende krav/opplysninger under konkurransegrunnlagets punkt 14.3 og 5.2:

«14.3 Konkurranskriterier

I Trinn 2 av konkurransen, skal de Inviterte leverandørene fra Trinn 1 levere tilbud med følgende informasjon:



A. Hvor mange prosent (i hele prosent uten desimaler) eierandeler i Bolgneset Eiendom AS tilbyr Leverandøren som vederlag for å utføre Oppdraget, uten at det skal betales et kontantvederlag?

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle om et mindre kontantvederlag mot at Kristiansund kommune oppnår en høyere eierandel enn tilbudt.

Oppdraget er definert som ferdigstillelse av et ca 500 dekar stort brutto næringsareal, målt slik det fremkommer i Vedlegg 2 Plantegninger og illustrasjoner. Dersom Leverandøren opparbeider færre enn 475 dekar brutto areal (mer enn 5% avvik) gir det proratarisk færre % eierandel. Flere dekar areal gir ikke rett til høyere eierandel.

Tilbudet skal også inneholde følgende som ikke inngår i konkurransekriteriene:

C. Godtgjørelsens fastpris i NOK (eks mva) for utførelsen av Oppdraget

Fastprisgodtgjørelsen som konverteres til eierandel i Bolgneset Eiendom AS
NOK eks mva

5.2 Oppgjør med aksjer i Bolgneset Eiendom AS

Fastprisgodtgjørelsen betales ikke som kontantvederlag av Oppdragsgiver, men gjøres opp ved at godtgjørelsen konverteres til den avtalte andelen av aksjene i Bolgneset Eiendom AS.

Leverandøren fakturerer Oppdragsgiver (Bolgneset Eiendom AS) månedlig for siste måneds utført arbeid, som en andel av fastprisgodtgjørelsen.

Konverteringen til aksjer gjennomføres ved at den løpende faktureringen av Oppdraget, først blir bokført som gjeld i Bolgneset Eiendom AS, og at gjelden (eks. mva) halvårlig blir konvertert til den avtalte proratariske andelen av aksjene. Oppdragsgiver forplikter seg til å avvike ekstraordinære generalforsamlinger, hvor de halvårlige fakturabeløp (eks. mva) vedtas konvertert til aksjer.

Godtgjørelse for senere avtalte tilleggsarbeider som ikke var en del av Oppdraget, gir ikke rett til konvertering i aksjer.»

Samlet må disse punktene forstås slik at det er opp til tilbyderne å tilby vederlag i form av en bestemt andel av aksjene, basert på egen verdivurdering av aksjene, som de selv skal bære risikoen for, jf. fastprisgodtgjørelsen som skal oppgis, og som skal konverteres til aksjer løpende, begrenset oppad til tilbudt eierandel.

Det fremstår da som uklart hvordan tildelingskriteriet sikrer sammenlignbare tilbud, og hvordan det kan være et egnet kriterium for å identifisere tilbudet med «lavest pris», fordi:

For det første vises til at partene vil kunne verdsette aksjene forskjellig, jf. den forutsatte fastprisen som skal oppgis, og som skal danne grunnlaget for konverteringen. Verdsettelsen vil kunne avvike fra andelenes reelle markedsverdi. Dette vil konkret kunne lede til at leverandør B oppgir en høyere fastprisgodtgjørelse enn leverandør A, men en lavere eierandel. Scenariet kan også være motsatt; leverandør A oppgir lavest fastprisgodtgjørelse, men tilbyr høyest eierandel. Som allerede poengtert, er det rett nok lagt til grunn at leverandøren er forutsatt å bære risikoen for egen verdifastsettelse, men hvordan har oppdragsgiver da sikret like kalkulasjonsforutsetninger, jf. kravet til forutberegnelighet? Og er



det korrekt oppfattet at oppgitt fastpris ikke vil ha noen betydning for det vederlag oppdragsgiver må betale?

For det andre, hvordan skal forbeholdet om å forhandle om et mindre kontantvederlag mot at kommunen skal få en høyere eierandel forstås? Er dette ment å være en del av forhandlingene, og da slik at samtlige deltakere får anledning til å forhandle om dette, eller er dette kun ment å være forhandlinger som skal skje etter valg av leverandør? Uansett hva svaret på disse spørsmålene er, fremstår enten tildelingskriteriet som uklart eller uegnet for identifisering av den som i realiteten har tilbudt lavest pris.

- Tildelingskriteriet «Kortest gjennomføringstid»

Det «subsidiære» tildelingskriteriet, «kortest gjennomføringstid», anses som uklart lest i lys av følgende punkter:

«4.1 Oppstart

Oppdragsgiver ønsker oppstart av Oppdraget i 2019, med Uttaksområde Vest.

4.2 Gjennomføring

Oppdragsgiver ønsker en rask oppstart og gjennomføring av Uttaksområde Vest. Normaltid antas å være ca 16 -18 måneder. Oppdragsgiver ønsker en enda raskere ferdigstillelse av dette området. «

14.3 Konkurranskriterier:

B. Når vil Leverandøren starte opp og kunne ferdigstille Uttaksområde Vest?

Oppstartsuke
..... (uken / år)

Ferdigstillelsesuke
..... (uken / år)»

Som det fremgår, er det verken fastsatt et bindende tidspunkt for oppstart eller en dato hvor oppdraget senest må være avsluttet. Dette er helt opp til den enkelte tilbyder å bestemme. Det innebærer at en leverandør A som tilbyr kortest gjennomføringstid beregnet i uker, ikke nødvendigvis har tilbudt tidligst ferdigstillelse. Leverandør A kan tilby en mye senere oppstart, med den konsekvens at ferdigstillelsen kan skje flere uker eller måneder etter en leverandør B som tilbyr lengre gjennomføringstid beregnet i uker.

Samtidig er det opplyst at det er ønskelig med rask oppstart og raskest mulig ferdigstillelse, jf. opplysningene i punkt 4.2. Dette skulle tilsi at det avgjørende er tidligst ferdigstillelse.

På den annen side er ordlyden i kriteriet «kortest gjennomføringstid», ikke «tidligst ferdigstillelse», eller «Ferdigstillelsesdato», og det er bedt opplyst tidspunkt for både oppstart og ferdigstillelse.

Samlet innebærer dette at tildelingskriteriet anses for uklart.

3 Konkurranskriteriene

I konkurransegrunnlagets punkt 14.3 punkt a) til f) er det under overskriften "Konkurransekriterier" listet opp nærmere bestemte opplysninger som skal være omfattet av



tilbudet, herunder opplysninger som ikke har relevans for evaluering av tilbudene opp mot tildelingskriteriene.

Videre fremgår det under punkt 14.6, at det første forhandlingsmøtet "først og fremst" vil omhandle leverandørens tilbudsbesvarelse på "alle konkurransekriteriene".

Dette avviker fra anskaffelsesforskriftens spilleregler for gjennomføring av en konkurranse. Etter anskaffelsesforskriften skiller det kun mellom kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier (i begrenset konkurranse), kravspesifikasjon, kontraktsbestemmelser og tildelingskriterier, hvor det kun er tildelingskriteriene tilbudene evalueres opp mot som grunnlag for kåring av vinneren.

Kriteriene under A-C overlapper rett nok med tildelingskriteriene, men ikke punkt D- F. Videre fremstår ikke E og F etter sitt innhold som krav til ytelsen, hvor forutsatt beskrivelse kun dreier seg om at oppdragsgiver skal sikre seg at disse vil bli oppfylt, og hvor tilbudet må vurderes avvist dersom disse ikke er sannsynliggjort oppfylt. (Generelt gjelder at det er unødvendig å be om slik beskrivelse. Dette fordi leverandøren vil være forpliktet til å oppfylle samtlige krav oppstilt i konkurransegrunnlaget, med mindre det er tatt forbehold.)

4 Kvalifikasjonskravet om innarbeidede SHA- og HMS-systemer

FOA § 16-1 (1) fastsetter at kvalifikasjonskravene «bare» kan gjelde registrering, autorisasjoner mv., jf. § 16-2, økonomisk og finansiell kapasitet, jf. § 16-3, og tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-5, og at de skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen, jf. kravet til forholdsmessighet i LOA § 4.

Videre er det i § 16-1 (2) fastsatt at det «bare» kan kreve attester, erklæringer eller andre typer dokumentasjon som angitt i § 16-2, § 16-4, § 16-6 eller § 16-7 som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

Kravet til innarbeidede SHA og HMS-systemer i konkurransegrunnlagets punkt 12.5 dekkes etter sin ordlyd ikke av noen av disse bestemmelsene. Dette må innebære at kvalifikasjonskravet er ulovlig. Disse kravene skulle enten ha vært inntatt i kravspesifikasjonen eller kontraktsbestemmelsene.

5 Manglende opplysninger om kontraktsbestemmelser

I FOA § 14-3 (1) b) er det fastsatt krav om at konkurransegrunnlaget skal opplyse om hvilke kontraktsvilkår som skal gjelde, med mindre disse fremgår av kunngjøringen. Tilsvarende er fastsatt i § 19-1, hvor det også er fastsatt at der det finnes «fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse:»

Eter sin art anses kontrakten som en bygg- og anleggskontrakt, dvs. med unntak av den delen som gjelder drift av knuseverk og avsetning av masser. For bygg- og anleggskontrakter er det i bransjen normalt å velge en av standardkontraktene i NS-serien, dvs. enten NS 8505, NS 8406 eller NS 8407.

Nevnte bestemmelse i FOA § 19-1 er imidlertid ikke forstått slik at manglende bruk av standardkontrakter vil innebære regelbrudd, jf. også at det står «som hovedregel». I aktuelle anskaffelse er det valgt en atypisk oppgjørsform, som ikke anses forenlig med bruk av NS-kontraktene. I den sammenheng nevnes også, at plassering av all risiko for forhold ved



grunnen på entreprenøren (konkurranses grunnlagets punkt 3.17), bryter med risikoplasseringen som følger av både ulovfestet entrepriserett og NS-kontraktene.

Det må imidlertid fremgå hva som skal være kontraktsvilkår, jf. FOA § 14-3 (1). Dette er ikke oppsiktsvekkende, da disse vil ha stor betydning for plassering av risiko, og derfor være særdeles relevante som kalkulasjonsforutsetninger ved utarbeidelse av et tilbud.

I konkurransegrunnlagets punkt 6.1 er følgende opplyst:

«6.1 Avtalebetingelser

Oppdragsgiver og Leverandør skal ved tildeling av kontrakt inngå en egen avtale hvor utførelsen av Oppdraget er beskrevet, godtgjørelse og partenes ansvarsfordeling med rettigheter og plikter er nedfelt. Dette kontraktsdokumentet er vedlagt dette konkurransegrunnlaget som Vedlegg»

Den første setningen kan, isolert sett, forstås slik at avtalebetingelser først skal fastsettes etter valg av leverandør, hvilket ikke er forenlig med anskaffelsesregelverket, mens den andre setningen skulle tilsi at det var vedlagt kontraktsbestemmelser.

Som vedlegg 1 ligger et dokument med overskriften «Kontraktsdokument» og teksten «• Dokument datert 28.02.2019», men det er alt.

Under enhver omstendighet antas at den «overordnede avtalen» som ble inngått ikke harmonerer med kravene som er fastsatt i konkurransegrunnlaget, jf. punkt V.

IV NÆRMERE REDEGJØRELSE FOR MULIGE REGELBRUDD

1 Skulle anskaffelsen ha vært kunngjort etter konsesjonskontraktforskriften?

1.1 Kort om konsesjonskontraktforskriftens virkeområde

Konsesjonskontraktforskriften av 12. august 2016 nr. 976 innebærer at kontrakter som klassifiseres som en konsesjonskontrakt – iht. forskriftens definisjon – skal konkurranses utsettes i henhold til LOA og konsesjonskontraktforskriften.

Det vises til definisjonen av en konsesjonskontrakt i konsesjonskontraktforskriften § 1-2:

«§ 1-2.Konsesjonskontrakt

(1) En konsesjonskontrakt er en tjenestekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt der vederlaget består enten utelukkende av retten til å utnytte tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene eller en slik rett sammen med betaling, og der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren.

(2) Driftsrisikoen knyttet til tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene kan enten gjelde etterspørsels- eller leveringsrisikoen eller begge deler. Driftsrisikoen anses overført når leverandøren under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnader som påløper i driften. Risikoen som overføres til leverandøren, skal innebære en reell eksponering for svingningene i markedet, slik at det anslåtte potensielle tapet for leverandøren ikke skal være ubetydelig.»



I de tilfeller hvor det dreier seg om en blandet anskaffelse, dvs. anskaffelser som delvis er omfattet av FOA og delvis innebærer en konsesjon, vil også konsesjonskontraktforskriften måtte følges, dersom ytelsene ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte, og konsesjonen anses som «kontraktens hovedelement», jf. FOA § 6-4 (2) og konsesjonskontraktforskriften § 6-2 (2).

Ved den konkrete vurderingen av hvorvidt anskaffelsen samlet sett fremstår som en konsesjonskontrakt, vil bestemmelsen om beregningen av hhv. konsesjonskontraktens verdi i § 5-2, samt bestemmelser i FOA § 5-4 om beregningen av bygg- og anleggskontraktens og tjenestekontraktens verdi (drift av knusevirksomhet og salg av masser), ha interesse. Disse vil først og fremst være av betydning for hvilken del av forskriftene som kommer til anvendelse, hvis den kommer til anvendelse, men har også betydning for kategoriseringen. Dette fordi det ved en blandet anskaffelse – som allerede foregriper – vil være avgjørende hva som utgjør kontraktens hovedelement. Jeg avgrenser mot å sitere eller omtale disse bestemmelsene nærmere, men kommenterer kort at grunnlaget for takseringen synes å mangle, jf. bestemmelsene om godtgjørelse i konkurransegrunnlagets punkt 5, kombinert med manglende opplysninger om den estimerte verdien av overskudds- og restmassene, estimerte kostnader/godtgjørelse for bygg- og anleggsarbeidene samt aksjenes verdi.

1.2 Hvorfor er spørsmålet aktuelt?

Det fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 2.1 at anskaffelsen gjelder bygg- og anleggsarbeid. Dette omfatter bl.a. å sprengte fjellpartiene på landarealene innenfor planområdet, og fylle ut store deler av de utsprengte fjellmassene til nytt areal rett utenfor langs hele sjøfronten, samt opparbeide noe infrastruktur. I tillegg skal entreprenøren stå ansvarlig for en «betydelig knusevirksomhet» ned til fraksjoner som pukk/grus med «påfølgende salgsarbeid over flere år». Konkret dreier det seg om overskuddsmasser i uttaksområde øst, som skal knuses ned til fraksjoner av pukk/grus. Mengden er stipulert til ca. 1,7 mill. m³, med tillegg av salg av «restmasser» (finmasser) uten stipulert mengde/verdi, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3.3 og punkt 3.10. I konkurransegrunnlagets punkt 4.2 er følgende uttalt om kontraktens varighet:

4.2 Gjennomføring

Oppdragsgiver ønsker en rask oppstart og gjennomføring av Uttaksområde Vest. Normaltid antas å være ca 16 -18 måneder. Oppdragsgiver ønsker en enda raskere ferdigstillelse av dette området.

Fremdriftsplan for Uttaksområde Øst, som både er utfylling og avsetning av overskuddsmasser, vil være mer opp til Leverandøren ut fra årlige salgsvolum. Oppdragsgiver legger til grunn at det bør være mulig å fullføre avsetningen over en periode på 7-8 år.» (Mine understrekninger)

Det forhold at entreprenøren skal stå ansvarlig for salg/avsetning av betydelige overskuddsmasser, over flere år, samt beholder inntekten, aktualiserer spørsmålet om det hadde vært rett å kunngjøre anskaffelsen i henhold til konsesjonskontraktforskriften.

1.3 Hvilken betydning har evt. feil valg?

Da bestemmelsene i konsesjonskontraktforskriftens del II, gjeldende anskaffelser over EØS-terskelverdien på 56 millioner, i all hovedsak ikke er strengere enn bestemmelsen i FOA del III, som konkurransen er kunngjort i henhold til, skulle man i utgangspunktet ikke tro at evt. feil



valg har noen betydning. Konesjonskontraktforskriften har dog en bestemmelse i § 12 som setter begrensninger for kontraktens lengde, som ikke gjenfinnes i FOA. Bestemmelsen lyder som følger:

«§ 8-12. Kontraktslengde

- (1) Oppdragsgiveren skal fastsette kontraktslengden på grunnlag av tjenestens eller bygge- og anleggsarbeidets art, omfang og kompleksitet.
- (2) Dersom oppdragsgiveren fastsetter en kontraktslengde på mer enn fem år, må lengden ikke overstige den tiden som anses nødvendig for at leverandørene skal ha muligheten til å tjene inn sine investeringer og oppnå en rimelig avkastning. Ved beregningen av kontraktslengden skal oppdragsgiveren ta hensyn til etablerings- og driftskostnader og andre investeringer knyttet til kontraktsoppfyllelsen.
- (3) Oppdragsgiveren kan ikke inngå tidsubegrensede konesjonskontrakter.»

I FOA har man kun bestemmelser som regulerer rammeavtalers varighet, jf. FOA § 26-1 (4), samt avtaler om helse- og sosialtjenester jf. § 30-1 (5). For øvrige kontrakter vil det måtte foretas en konkret vurdering basert på kravet til konkurranse i LOA § 4, som jeg avgrenser mot å redegjøre nærmere for. Som en tommelfingerregel kan man imidlertid vise til at KOFA synes å legge til grunn en hovedregel om at kontrakten ikke bør overstige 6-7 år, og i juridisk teori er det antatt at 8-10 år er maks.

På denne bakgrunn, og fordi de momenter som nevnes i konesjonskontraktforskriften § 8-12 (2) også vil være relevante ved vurdering av kontraktens lengde iht. FOA, legges til grunn at reguleringen i annet ledd ikke skulle tilsi at evt. feil valg av forskrift har noen betydning.

Bestemmelsen i tredje avsnitt tilsier imidlertid at valget kan ha en betydning, da FOA ikke inneholder en tilsvarende bestemmelse. Etter FOA er det adgang til å inngå tidsubegrensede kontrakter, i den betydning at det ikke må fastsettes en utløpsdato, eller en bestemt varighet. Kravet til konkurranse vil imidlertid bety at kontrakten må ha en oppsigelsesadgang, da den ikke vil kunne være evigvarende.

Som det fremgår av allerede siterte punkt 4.2 i konkurransegrunnlaget, er det ikke fastsatt en bestemt varighet, dvs. utover at den utløper når avsetningen av de aktuelle masser er fullført. Om dette, kombinert med anskaffelsens karakter, skulle tilsi at bestemmelsen i tredje ledd er oppfytt, anses beheftet med ikke ubetydelig usikkerhet. Dette i mangel av kjente rettskilder, med forbehold om at jeg ikke har foretatt rettskildesøk, vedrørende hvordan bestemmelsen skal forstås.

2 Er konkurransen som sådan tilrettelagt på en måte som bryter med kravet til likebehandling og konkurranse i LOA § 4?

Det følger av kravene til konkurranse og likebehandling at oppdragsgiveren er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen slik at målet om konkurranse i det aktuelle markedet oppnås, dvs. reell konkurranse. I dette ligger det at konkurransen ikke kan tilrettelegges i den hensikt å favorisere en tilbyder, eller utforme konkurransegrunnlaget på en måte som usaklig begrenser konkurransen.

I punktene nedenfor er det stilt spørsmål ved hvorvidt kvalifikasjonskrav og krav til ytelsen er usaklig konkurransebegrensende. Det er imidlertid også grunn til å stille spørsmål om disse forhold – kombinert med valg av andre krav og tildelingskriteriene – i sum innebærer at



konkurransen er tilrettelagt i den hensikt å favorisere den eneste leverandøren som valgte å delta i konkurransen, jf. at det i utgangspunktet var 10 leverandører som i henhold til anskaffelsesprotokollen meldte sin interesse for konkurransen. I den sammenheng vises også til at det i tilsvaret til KOFA ble opplyst at det var «*flere potensielle tilbydere som ga beskjed om at det var forutsetningen om medeierskap fremfor vederlag for arbeidene som gjorde at de hadde betenkeligheter med å delta i konkurransen.*»

3 Er kravet om lastetutstyr og utskipningsanlegg ulovlig?

3.1 Generelt

I FOA § 15-1 er det fastsatt regler for utformingen av kravspesifikasjonen, dvs. kravene til ytelsen, som leverandørene vil være forpliktet til å oppfylle. I bestemmelsens annet ledd er det fastsatt at kravene skal ha «*tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi*». Tilsvarende er fastsatt for kvalifikasjonskravene i FOA § 16-1 (1).

For både kvalifikasjonskrav og krav til ytelsen gjelder at kravene ikke skal skape ubegrunnede hindringer for konkurranse, jf. foregående punkt.

Det følger av både rettspraksis og KOFA-praksis at det ikke er et krav om at spesifikasjonene må utformes på en slik måte at alle, som kan tenkes å være potensielle leverandører, har utsyr som oppfyller fastsatte krav. Dersom valgte krav favoriserer noen få – eller kun en leverandør – uten at dette er saklig begrunnet i relevante hensyn, vil dette imidlertid kunne utgjøre en usaklig begrensning av konkurransen i strid med kravet til konkurranse og likebehandling.

Dette vil komme på spissen i en situasjon som foreliggende, dvs. hvor det er kun en leverandør som har søkt om deltakelse i konkurransen.

3.2 Konkret

3.2.1 Kravet

I konkurransegrunnlagets punkt 3.15, er det stilt følgende krav som en del av kravspesifikasjonen:

«Leverandøren skal selv etablere egne midlertidige kaifasiliteter. Videre skal Leverandøren disponere et utskipningsanlegg / lasteanlegg med kapasitet til å håndtere og laste pukk/grus på aktuelle båter. Lastekapasiteten skal være minimum 2000 tonn pr time.»

Kravet overlapper med kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlagets punkt 12.6.

3.2.2 Partenes anførsler – Begrunnelsen for kravet

Overfor KOFA anførte klager at dette var konkurransevridende krav, som kun aktørene Hæhre Entreprenør AS og Gunnar Holth Grusforretning AS ville kunne oppfylle.

Dette ble bestridt av oppdragsgiver, jf. begrunnelsen som er oppsummert i avgjørelsens premiss 33:

« (33) Kravet til lastekapasitet som ble stilt er ikke uvanlig, usaklig eller konkurransehennende. Det var tvert imot helt nødvendig å stille et slikt krav for å kunne



gjennomføre salg av overskuddsmasser offshore. Konkurransesgrunnlaget la opp til at leverandørene måtte vise at de ville kunne disponere nødvendig lasteutstyr for byggetrinn to, ca. 16-18 måneder»

Det skal bemerkes at den siste setningen kan forstås slik at KOFA la til grunn at det kun var et krav om at leverandøren disponerte dette i 16-18 måneder, men dette er ikke korrekt, jf. kravets ordlyd, omtale av tildelingskriteriet "Lavest gjennomføringstid" ovenfor, samt det faktum at salg av overskuddsmasser fra uttaksområde øst er antatt å vedvare 7-8 år. Korrekt faktum er, at dette skulle disponeres fra og med ca. 16-18 måneder etter kontraktsinngåelse.

Det synes hensiktsmessig å sitere den mer utførlige begrunnelsen som ble gitt i tilsvaret til KOFA:

«Kravet til lastekapasitet har sin bakgrunn at fjellpartiene på det regulerte området er for store til at all utsprengt masse kan benyttes til utfylling. Overskuddsmassene må derfor avsettes til eksterne. Det ble ikke vurdert som mulig å avsette disse overskuddsmassene i det lokale markedet. Bolneset-prosjektet har lagt til grunn at disse overskuddsmassene derfor må selges eksternt, og da mest sannsynlig til offshore-formål. Slik det ble gjennomført på Østområdet (for Vikan Eiendom AS) og på Hestvikholmen (for Averøy Eiendom AS).

Kvalifikasjonskravene i utlysningen (konkurransesgrunnlaget) er på bakgrunn av dette tilpasset de krav som må settes til en entreprenør som skal sprengte ut fjellmasser, knuse overskuddsmassene og laste disse på spesialbåter som betjener offshorebransjen.

Kravet til en minimumskapasitet på lasteanlegget som klager fokuserer på, er satt fordi kjøpergruppene -rederiene - som er avtagere til slik knust steinmasse, i sine kontrakter krever at lasteanlegget må ha en slik minimumskapasitet for å minimere lastetiden. Hvis dette kravet ikke kan oppfylles av entreprenøren, vil salg av offshoremasser ikke la seg gjennomføre.

Dette kravet fra rederiene dokumenteres dels gjennom kontrakten som ble inngått før oppstart på Østområdet på Vikan, i 2003. I denne kontraktens Annex II, pkt D, (side 13 av 28) fremgår det følgende:

- D. VIKAN shall at least have the following facilities at the quarry:
- o A conveyor belt for loading the vessels with a technical capacity of at least 2,000 tonnes per hour.

Det samme kravet ble gjentatt av rederiet van Oord for lasting av offshoremasser fra Hestvikholmen på Averøy. (Fornytt kontrakt inngått i 2019). Det fremgår av Rock Supply Agreement, Annex 1, side 9 av 17.



Grading 22/90 mm*	Target Loading Rate (mt/hr)**
Supply of rock material 22/90 mm Delivered F.O.B 24/7 SSHINC	2000

Grading 22/125 mm*	Target Loading Rate (mt/hr)**
Supply of rock material 22/125 mm Delivered F.O.B 24/7 SSHINC	2000

Når Havparken som oppdragsgiver var kjent med at det ville bli stilt et slikt krav til tilbyderne, som vilkår for å frakte de knuste steinmassene, var det helt nødvendig å opplyse om kravet i konkurransegrunnlaget. Havparken kunne ikke holde et slikt kjent krav skjult i konkurransen.

Dette kunne i sin ytterste konsekvens medført at Havparken blir stilt erstatningsansvarlig. Det kunne også medført fare for anførsler om manglende forutsigbarhet og likebehandling i konkurransen, da Holth/Hæhre ville være kjent med kravet/forutsetningen – mens de øvrige ikke ble gjort oppmerksom på det.

Påstanden om at det kun er Holth og Hæhre som har mulighet til å skaffe til veie et slikt utstyr, som i praksis består av ett eller flere lastebelter som kan laste en gitt kapasitet, er udokumentert og feil. Dette er lasteutstyr som plasseres på anlegget under produksjonen/utskipningen, for så å kunne demonteres og benyttes på nye anlegg. Det finnes en rekke muligheter for kjøp eller leie av slikt utstyr verden over. Tilbyderne må ikke selv eie et slikt anlegg. Kun vise at de vil kunne disponere det i den nødvendige perioden.

Det er videre slik at interesserte tilbydere ville hatt god tid på å skaffe til veie slikt utstyr, da lasteutstyret for utskipning av knust overskuddsmasse først vil være nødvendig i byggetrinn 2 (øst), som starter opp ca 16-18 måneder etter oppstart av prosjektet. (se Konkurransegrunnlaget pkt 4.2 Gjennomføring).

Kravet om minimum lastekapasitet er etter dette verken "uvanlig", usaklig, konkurransehennende eller medfører forskjellsbehandling. Det sikrer tvert imot likebehandling og forutsigbarhet for tilbyderne. For Havparken sikrer det at tilbyderne er i stand til å gjennomføre også denne delen av oppdraget.» (Mine understrekninger)

Videre ble det vist til at det var flere potensielle tilbydere som ga beskjed om at det var forutsetningen om medeierskap fremfor vederlag for arbeidene som gjorde at de hadde betenkeligheter med å delta i konkurransen.

3.2.3 Min vurdering

Forutsatt at det er korrekt at massene må selges til offshore-formål; at det ikke ville være mulig å selge disse i annet marked, fremstår kravet som saklig. Jeg stiller imidlertid spørsmål



om dette er en korrekt premiss, og følgelig er jeg ikke overbevist om at det var et nødvendig krav. Det faktum at det kun ble innlevert en søknad om prekvalifisering i konkurransen, etter at 10 stykker hadde meldt sin interesse, bidrar til min tvil om kravets rettmessighet. Dette selv om jeg har notert meg at det er opplyst at et unevnt antall interesserte leverandører har vist ti andre forhold som begrunnelse for at de avsto fra deltakelse. Det kan også stilles spørsmål om det var nødvendig/hensiktsmessig – når målet er å sikre konkurranse – å koble disse ytelsene sammen, dvs. bygg- og anleggsarbeidene og virksomheten knyttet til knusing og salg av overskuddsmasser.

5 Er bestemmelsene om avvising i strid med plikten til å avvise et tilbud med vesentlig avvik?

I FOA § 24-8 (1) bokstav b) er det fastsatt at det foreligger plikt til å avvise et tilbud som inneholder vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.

I konkurransegrunnlagets punkt 8.4 er det korrekt påpekt at tilbud som inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget skal avvises, men samtidig er det opplyst at tilbudet «kan» bli avvist før forhandlingene starter, hvilket kan bli oppfattet som regelstridig, jf. følgende:

I FOA § 24-10 (2) er det for kjøp etter forhandlinger fastsatt at spørsmålet om avvising etter § 24-8 første ledd bokstav a og c eller annet ledd, til han har avsluttet forhandlingene, men denne retten gjelder altså ikke for spørsmål om avvising etter bokstav b).

Bestemmelsen er etter min oppfatning naturlig å forstå slik at et tilbud med vesentlig avvik må avvises. Departementet synes også å legge denne forståelse til grunn i veilederen til anskaffelsesregelverket, jf. omtalen av avklaringsadgangen i 35.4.3.2:

Det er imidlertid fra enkelte hold hevdet at bestemmelsen kan forstås slik at oppdragsgiver har rett til å la leverandøren få mulighet til å frafalle sitt avvik før oppstart av forhandlingene. Per i dag må dette anses uavklart, innebærende at manglende avvising av et tilbud med vesentlig avvik vil innebære prosessrisiko.

V VIL EVT. INNGÅELSE AV KONTRAKT MED GUNNAR HOLTH GRUSFORRETNING AS/HÆHRE ENTREPRENØR AS INNEBÆRE EN ULOVLIG DIREKTE ANSKAFFELSE?

1 Kort om forbudet mot vesentlig endring av konkurransegrunnlaget

Etter FOA § 14-2 kan det frem til tilbudsfristens utløp gjøres endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige. Et sentralt element i vurderingen vil være hensynet til potensielle leverandører. Det er klart at det ikke kan foretas endringer som er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen.

I konkurranse med forhandling er det mulig å gjøre endringer som følger av forhandlingene, men dette omfatter ikke endringer av tildelingskriteriene eller absolutte krav, jf. 23-7 (2).



2 Plikten til å avvise tilbud som ikke er bindende

Det foreligger plikt til å avvise tilbud som ikke kan anses bindende i henhold til FOA § 24-8 (1) bokstav a). Som allerede omtalt ovenfor, foreligger det ikke plikt til å avvise tilbudet umiddelbart, avgjørelsen kan fattes etter at forhandlingene er avsluttet. Dette må i utgangspunktet bety at det ikke vil foreligge avvisningsplikt dersom tilbudet blir bindende gjennom forhandlinger. Samtidig går den en grense for hvilke betingelser som leverandøren setter for sitt bindende tilbud, samt for hvor lenge disse forhandlingene kan pågå, jf. forbudet mot vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget.

3 Konkret

Den «overordnede avtalen» som ble inngått med Hæhre Entreprenør AS og Gunnar Holth Grusforretning AS harmonerer ikke med kravene som er fastsatt i konkurransegrunnlaget, jf. følgende sitater fra KOFAAs avgjørelse:

- (11) *Innklagede har forklart at Hæhre Entreprenør AS og Gunnar Holth Grusforretning AS ikke ønsket å gi endelig tilbud om aksjeandel i Bolgneset Eiendom AS før det forelå nærmere avklaring av reguleringsplanen. Entreprenørfellesskapet innga derfor kun en foreløpig pris på de kostnadene som ville påløpe for opparbeidelse av området. Innklagede har forklart at det på denne bakgrunn ikke var mulig å innhente tilbud som var fullstendig nok til å danne grunnlag for sluttforhandlinger. Partene ble derfor enige om å utsette forhandlingene og gjennomføre dem trinnvis.*
- (12) *Avtale om den videre prosessen ble signert mellom Bolgneset Eiendom AS/Bolgneset Utvikling AS og Hæhre Entreprenør AS/Gunnar Holth Grusforretning AS 2. november 2020 (kalt «overordnet avtale»). I henhold til avtalens punkt 4 ble det bestemt at partene i en omforent takt og rekkefølge skulle fremforhandle følgende og endelige avtaler for gjennomføringen av prosjektet: Entreprisavtale mellom Bolgneset Eiendom AS og entreprenørfellesskapet, investerings- og oppgjørsavtale mellom Kristiansund kommune og entreprenørfellesskapet, aksjonæravtale for Bolgneset Eiendom AS mellom Kristiansund kommune og entreprenørfellesskapet (eventuelt også med investor), samarbeidsavtale mellom Bolgneset Utvikling AS og entreprenørfellesskapet, samt avtale med Kristiansund kommunes prosjektleder Blaasvær.*
- (13) *I avtalens punkt 5 («Godtgjørelse i aksjer i BE») var det angitt:*
- «Godtgjørelsen til HH for entreprisarbeidene skal avtales på markedsmessige vilkår, i tråd med tidligere tilbud fra HH. Inntektene fra salg av knust steinmasse tilfaller HH.*
- [...]*
- Partene skal fremforhandle en verdsettelsesmodell for aksjene i BE hvor HH sin motytelse for andelen av aksjene skal hensynta de gjeldsposter og økonomiske forpliktelser som ligger i BE, og for øvrig være i tråd med markedsmessige mekanismer. Samlet andel av aksjene BE som HH får i oppgjør for entreprisen vil være i tråd med fremforhandlet godtgjørelse i entreprisavtalen»*
- (14) *Av punkt 6 («HHs rettigheter til oppstart») fremgikk:*



«Denne Overordnede Avtale bekrefter HH sin eksklusive rett til å inngå nødvendige om endelige avtaler etter punkt 4, slik HH ble prekvalifisert for gjennom utlyst åpen konkurranse på Doffin etter Lov om offentlige anskaffelser, «Kontrakt med forhandling». HHs eksklusive rett bortfaller, dersom den ikke er benyttet innen utløpet av 2026.

HH er ikke forpliktet til ytterligere avtaleinngåelser eller oppstart før de etter sin egen vurdering finner det kommersielt, juridisk og teknisk forsvarlig med gjennomføringen av Prosjektet».

Videre siteres følgende fra premiss 44 og 45:

(44) Overordnet avtale med entreprenørfellesskapet ble inngått 2. november 2020. Avtalen gjelder videre prosess for gjennomføring av forhandlinger med sikte på å inngå endelige avtaler for utviklingen av næringsarealet ved Bolgneset. All den tid det per nå ikke er inngått en gjensidig bebyrdende avtale om utveksling av ytelser mot vederlag, er det ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. forskriften § 1-1, jf. § 4-1 bokstav a.

(45) Klagenemnda vil likevel påpeke risikoen innklagede løper ved en eventuell kontraktinngåelse med Gunnar Holth Grusforretning AS/Hæhre Entreprenør. Nemnda viser til at innklagede har kunngjort en konkurranse de ikke har fått inn tilbud på, og det er gjennomført forhandlinger uten utgangspunkt i et innkommet tilbud. Entreprenørfellesskapet har kun inngitt en foreløpig pris på kostnadene for opparbeidelse av arealet, ikke en aksjeandel, som var det leverandørene skulle konkurrere på. Et eventuelt tilbud vil i så fall komme nesten to år etter prekvalifiseringsfasen. I tillegg påpeker nemnda at selv om konkurransegrunnlaget ikke stilte konkrete krav til oppstart, var det angitt at det var ønskelig med en rask oppstart og gjennomføring av uttaksområde Vest, samt oppstart av oppdraget i 2019. I konkurransefasen skulle leverandørene oppgi dato for oppstart og ferdigstillelse av uttaksområde Vest. Dette ville være avgjørende for valg av leverandør dersom to leverandører tilbød samme prosent eierandel.»

De forhold KOFA påpeker i premiss 45 innebærer etter min oppfatning at det ikke kan fremstå som tvilsomt at KOFA ville ha konkludert med at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, dersom kontrakt var inngått. Det er også grunn til å tro at avtalen vil ha elementer som avviker vesentlig fra konkurransegrunnlaget, jf. siterte 12 og 14, hvilket ytterligere underbygger at avtaleinngåelse vil innebære en ulovlig direkte anskaffelse.

Utover dette synes det hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til enkelte av anførselene og argumentasjonen som fremgår av tilsvaret til KOFA:

I tilsvaret vises det til at det utvilsomt var en krevende situasjon for Havparken å stå igjen med kun én tilbyder å få tilbud fra og forhandle med, og at en slik situasjon ikke er spesifikt regulert i regelverket for offentlige anskaffelser, og med den konsekvens at håndteringen må til en viss grad også baseres på innkjøpsfaglig skjønn. Til dette er å bemerke at både det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i LOA § 4, og forbudet mot å endre tildelingskriterier og absolutte krav i FOA § 23-7 (2) gjelder fullt ut for denne situasjonen.

Jeg stiller meg – under henvisning til de samme bestemmelser – videre uforstående til følgende argumentasjon:

«Entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre ga uttrykk for at de var skeptiske til å gi et endelig tilbud om aksjeandel i eiendomsselskapet, før det forelå en nærmere avklaring av reguleringsplanen.



Det ble derfor vanskelig å følge bestemmelsene i anskaffelsesforskriften § 23-7 om at entreprenørene skulle inngi tilbud. Å kreve dette ville medføre at Havparken sto uten tilbud.

Havparken vurderte det på bakgrunn av ovenstående slik at det ikke var mulig å innhente et tilbud som ville være så fullstendig at det kunne danne grunnlag for sluttforhandlinger, og at disse derfor måtte utsettes og gjennomføres trinnvis og oppdelt i ulike deler. Dette er bakgrunnen for den overordnede avtalen punkt 4.

Gitt at anskaffelsesforskriften § 23-7 og § 23-10 i all hovedsak dreier seg om prosedyrer for å sikre likebehandling mellom flere kvalifiserte tilbydere, anså ikke Havparken det for uforenelig med anskaffelsesregelverket å godta en alternativ forhandlingsprosess. Hadde konkurransen i utgangspunktet vært utlyst som en anbudskonkurranse ville anskaffelsesforskriften § 13-3 gitt hjemmel for å gjennomføre konkurranse uten kunngjøring, en prosess som ikke er nærmere regulert i forskriften nettopp fordi det regelmessig er slik at oppdragsgiver står igjen med kun én tilbyder. Det samme må gjelde når en utlyst konkurranse med forhandling ender med manglende konkurranse og i praksis kun en tilbyder å forhandle med.»

For det første poengteres at FOA § 13-3, som det er vist til, uttrykkelig fastsetter at det ikke kan foretas «vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene». Dette gir også god mening, da slike vil kunne øke interesse for deltakelse i konkurranse om kontrakten, slik at begrunnelsen for unntaket fra kunngjøring da ikke lenger er treffende.

Dernest kommenteres at de forhold som det vises til som begrunnelse for hvorfor Holth/Hæhre ikke leverte et tilbud innen tilbudsfristen i fase 2, mest sannsynlig forklarer den manglende deltakelsen i konkurransen, jf. at det var hele 10 stykker som i utgangspunktet var interessert. Fra mitt ståsted er det nærliggende å tro at disse kunne ha vurdert spørsmålet om deltakelse annerledes dersom de pr lesning av kunngjøringen var kjent med den avvikende prosedyren kommunen la opp til ved inngåelse av den overordnede avtalen. Kravet til forutberegnelighet – og likebehandling (ref. forholdet mellom potensielle leverandører og deltakende leverandør) – må etter mitt syn innebære at valgt prosess ikke er i samsvar med regelverket, og at kontraktsinngåelse vil innebære en ulovlig direkte anskaffelse.

Oslo 26. april 2022
Wahl-Larsen Advokatfirma AS

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Trine Friberg', written over a horizontal line.

Trine Friberg
Advokat

VEDLEGG 11 FRA TENDEN ADVOKATFIRMA ANS (01.07.22)



Møre og Romsdal revisjon SA
v/Marianne Hopmark

1. juli 2022

Ref.: 487930/34501/AH
Saksansvarlig advokat: Anders Hauger

TILBAKEMELDING PÅ NOTAT FRA WAHL LARSEN ADVOKATFIRMA

Tenden Advokatfirma ANS representerer Havparken AS og Havparken Eiendom AS (felles "Havparken").

Det vises til e-post fra Møre og Romsdal revisjon SA ("MRR") 30. mai 2022, vedlagt notat fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS ved advokat Trine Friberg datert 26.april 2022 ("Notatet"). Det er i e-posten fra MRR bedt om tilbakemelding/synspunkter på det som fremkommer i Notatet. Dette gis herved.

1 INNLEDNING

Vi gjør innledningsvis oppmerksom på at konkurransegrunnlaget i sin tid ble utarbeidet i samarbeid med advokatfirma DLA Piper og innkjøpsavdelingen i Kristiansund kommune. Videre ble konkurransegrunnlaget kvalitetssikret av advokat Robert Myhre. Vi vedlegger hans vurderinger datert 19. februar 2019.

Bilag 1: Notat fra Myhre & Co Advokatfirma 19.02.19

Vi legger til grunn at mandatet til advokat Friberg er slik dette er oppsummert i Notatets punkt I. Her fremgår bl.a.:

Mandatet er å påpeke forhold i konkurransegrunnlaget som enten anses som opplagte regelbrudd, eller som fremstår som mulige regelbrudd. Med sistnevnte siktes til forhold hvor det er nødvendig med nærmere klarlegging av fakta for å kunne foreta en vurdering som leder frem til en endelig konklusjon. (vår understrekning)

Notatet til advokat Friberg gir inntrykk av at hun i liten grad har blitt innvilget tid til å sette seg inn i saken, noe som preger Notatets innhold og konklusjoner.

Etter å ha gjennomgått Notatet, er det vår vurdering at ingen av Notatets påpekninger av "opplagte regelbrudd" er rettslig holdbare. Notatet baserer seg enten på manglende kunnskap om konkurransen, misforståelser, uriktige resonnementer eller feil subsumsjon. Dette forklarer vi punktvis nedenfor.

Som kanskje det mest åpenbare eksempelet er følgende konklusjon:

Manglende opplysninger om hvilke kontraktsbestemmelser som skal gjelde innebærer brudd på FOA § 14-3 (1) bokstav b) og § 19-1, jf. punkt III, 5 nedenfor.

Grunnlaget for denne konklusjonen er i Notatets punkt 5 følgende:

Som vedlegg 1 ligger et dokument med overskriften «Kontraktsdokument» og teksten «•Dokument datert 28.02.2019», men det er alt.

Advokat Friberg kan med andre ord ikke hatt tid til å logge seg inn på kunngjøringens dokumenter, hvor det offentlig tilgjengelig ligger en rekke dokumenter - herunder et 19 siders kontraktsdokument:

<https://www.mercell.com/nb-no/anbud/101004786/opparbeidelse-av-naeringsareal-paa-bolqneset-kristiansund-kommune-anbud.aspx>

Filer (klikk på filnavn for å laste ned)

Titel	Størrelse
Konkurransegrunnlag datert 28.02.2019.pdf	476 KB
Vedlegg 1 - Kontraktsdokument, Bolqneset-prosjektet, datert 28.02.2019.pdf	283 KB
Vedlegg 2 - Bilag 1. Planbeskrivelse med konsekvensutredning, Versjon 14.02.2019.pdf	8,76 MB
Vedlegg 2 - Bilag 2. Reguleringsbestemmelser, Versjon 14.02.2019.pdf	421 KB
Vedlegg 3 - Bilag 1. Plankart A0-2500, Med delområdene 1-16.docx	772 KB
Vedlegg 3 - Bilag 2. 3D bilder av Uttaksområde Vest og Øst, samlet.docx	3,01 MB
Vedlegg 3 - Bilag 3. 3D bilder av Uttaksområde Vest.docx	1,12 MB
Vedlegg 3 - Bilag 4. 3D bilder av Uttaksområde Øst.docx	1,70 MB
Vedlegg 3 - Bilag 5. Uttaksområde Vest, Beregnet areal med utfylling.docx	1,82 MB
Vedlegg 3 - Bilag 6. Uttaksområde Øst, Beregnet areal med utfylling.docx	2,30 MB
Vedlegg 3 - Bilag 7. Deponi - illustrasjonskart.docx	1,69 MB
Vedlegg 3 - Bilag 8. Bebyggelseskart, ideskisse.docx	948 KB
Vedlegg 4 - Bilag 1. Mengder og areal, samlet.docx	857 KB
Vedlegg 4 - Bilag 2. Uttaksområde Vest, Masseberegning utfylling med fordeling på dybder.docx	427 KB
Vedlegg 4 - Bilag 3. Uttaksområde Øst, Masseberegning utfylling med fordeling på dybder.docx	286 KB

Konklusjonen om "opplagt regelbrudd" på dette punkt bestrides dermed av Havparken.

Når det gjelder "mulige regelbrudd" er de foreløpige konklusjonene belagt med de samme feil, og klarleggingen nedenfor vil vise dette.

Notatet viser også en manglende forståelse for hva som er kjernen i anskaffelsen. Dette er kombinert med nokså alvorlige konklusjoner/insinuasjoner basert på ren personlig "synsing", uten henvisninger til fakta og/eller rettskilder som støtter vurderingen.

Til orientering har Havparken, for Notatet ble mottatt den 30.mai 2022, selv foretatt en vurdering av om en eventuell kontraktsinngåelse i 2022 sannsynligvis nå ville være en ulovlig direkteanskaffelse som følge av den tid som har gått med til bl.a. behandlinger av gjentatte klager fra et politisk mindretall i Kristiansund kommune. Dette har KOFA anmerkninger om (premiss 45) i sin behandling datert 11.mars 2022. Samtidig er KOFA tydelig på at denne utsettelsen av kontraktsinngåelse fra utlysningen i 2019, ikke kan lastes Havparken.

Styret Havparken vedtok den 24. mai 2022 en avlysning av konkurransen med ny utlysning. Avlysningen ble så umiddelbart oversendt for kunngjøring på Doffin/Mercell. Se følgende link: <https://www.doffin.no/Notice/Details/2019-389038>

Det er dermed feil, slik det fremkommer i artikkel fra Tidens Krav 7. juni 2022, at avlysningen skulle være basert på det som fremkommer i det oversendte Notatet til Havparken.

2 KONKURRANSEN

Det synes nødvendig innledningsvis kort å forklare to viktige forhold rundt denne konkurransen, da Notatet legger til grunn uriktige eller ufullstendige fakta.

For det første er oppdraget med sprengning av fast fjell og utfylling av de anbrakte massene, betydelige i volum. Ca 3,7 millioner m³ fast fjell. Gjennomføringen innebærer at ikke alt av dette kan fylles ut. Større mengder overskuddsmasser (ca 1,7 mill m³ fast fjell) må knuses og avsettes, og ut fra reguleringsplanens føringer må disse fraktes ut sjøveien. Det er svært begrenset hvem som kan kjøpe/ta imot slike mengder av overskuddsmasser. Det er knapt mulig å se for seg andre mottakere enn til offshoreformål.

Oppdraget er vurdert som kun aktuelt for entreprenører med erfaring fra slike kombinerte operasjoner med sprengning, utfylling, knusing og salg/avsetting av overskuddsmasser. Det er ikke teknisk gjennomførbart å dele opp entreprisen i to eller flere adskilte oppdrag.

For det andre var premisset til Kristiansund kommune, at de som eier av Havparken Eiendom ikke ville godtgjøre entreprenøren med kontantvederlag. Kommunen ville benytte verdien av planområdet – som er ervervet og regulert av kommunen – som godtgjørelse. Havparken har forholdt seg til dette. Dette er i konkurransegrunnlaget forklart ved at aksjer i Havparken Eiendom AS overføres entreprenøren som det fulle og hele oppgjør.

Det er den prosentvise andelen av disse aksjene som er konkurransens innhold – ved at kvalifiserte entreprenører blir invitert til å gi tilbud på hvor mange prosent av aksjene i Havparken Eiendom de kan gjennomføre oppdraget for. Den entreprenør som tilbyr lavest prosentandel er konkurransens vinner.

Den valgte entreprenøren (leverandøren) blir altså medeier og sannsynligvis hovedeier av et selskap som er grunneier og eier av fjellmassene.

3 ANFØRSLER OM ULØVLIGE TILDELINGSKRITERER

Vi forholder oss nedenfor til Notatets avsnitt II, hvor det i pkt 1 Regelbrudd fremkommer to kulepunkter som påstås av være regelbrudd på tildelingskriteriene:

3.1 Lavest eierandel

I notatets avsnitt II, pkt 1, kulepunkt 1 konkluderes det med at "*lavest eierandel*" fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for indentifisering av lavest pris.

Notatet gjengir under punkt 2.2 konkurransegrunnlagets primære tildelingskriterium, leverandørens eierandel. Det anføres altså at kriteriet er uklart. Samtidig gjøres det rede for en helt korrekt forståelse av kriteriet, som også er helt presist og matematisk:

Samlet må disse punktene forstås slik at det er opp til tilbyderne å tilby vederlag i form av en bestemt andel av aksjene, basert på egen verdivurdering av aksjene, som de selv skal bære risikoen for.

Det er vanskelig å forstå hvorfor dette i det hele tatt er problematisert, da dette fremgår i klartekst under overskriften "tildelingskriterier" i konkurransegrunnlagets punkt 14.4.

Bakgrunnen synes å være en misoppfatning om at punkt 14.3 skulle ha noe med tildelingskriteriene å gjøre. I dette punktet settes det kun krav til tilbudets innhold, herunder svar på den angjeldende eierandelen. At dette punktet krever svar på både forhold under tildelingskriteriene og andre forhold gjør ikke at punkt 14.4 – Tildelingskriterier – blir uklart. Det bes i punkt 14.3 helt presist om at tilbyderne skal oppgi den eierandel som kreves, for at denne skal vurderes opp mot øvrige tilbyreres tilsvarende tall.

Notatet problematiserer hvordan tilbudene skal sammenlignes:

Det fremstår da som uklart hvordan tildelingskriteriet sikrer sammenlignbare tilbud, og hvordan det kan være et egnet kriterium for å identifisere tilbudet med "lavest pris"

Tilbudene sammenlignes fullt ut gjennom å vurdere tilbudenes ulike eierandeler, som skal oppgis i prosent. Hvorfor advokat Friberg bringer inn "lavest pris" er uklart. Havparken har valgt å bruke alternativet "lavest kostnad", uttrykt gjennom den aksjeandel som må overføres leverandøren.

Den pris det bes om i punkt 14.3 har ingenting med evalueringen av tildelingskriteriene å gjøre, og er derfor helt irrelevant for tildelingen. Muligheten for eventuelt å "kjøpe" en høyere eierandel, slik Havparken har forbeholdt seg retten til å forhandle om, er ikke bundet til den prisen den enkelte tilbyder gir. Problemstillingen om ulikheter i prisingen av eierandelene er dermed ikke noen praktisk problemstilling.

Havparken vil anføre at tildelingskriteriet er enkelt å forstå og gir et godt og relevant sammenligningsgrunnlag. Havparken og stiller seg derfor uforstående til Notatets forsøk på å skape tvil om den klare ordlyden i punkt 14.4.

Tildelingskriteriet er verken uklart eller innebærer noe regelbrudd.

3.2 Kortest gjennomføringstid

I Notatets avsnitt II, pkt 1, kulepunkt 2, konkluderes det med at det ikke er satt bindende maksimale rammer for oppstart og avslutning, men kun bedt om at tilbyderne oppgir når de kan tilby disse tidspunktene, og at dette er et regelbrudd.

Tildelingskriteriet "kortest gjennomføringstid" kan, som Notatet angir, bety både kortest tid mellom oppstart og ferdigstillelse og kun tidligste ferdigstillelse. Dette er å anse som to underkriterier som ikke er vektet.

Denne konkurransen er en konkurranse med forhandling, der dette kriteriet kun er ment å skille mellom helt like endelige tilbud. Hvor viktig det ville være med kort gjennomføringstid isolert sett ville avhenge av hvordan tilbydernes første tilbud ble besvart. Konkurranses grunnlaget ville dermed blitt utfylt før siste tilbud – innenfor de såkalte ATI-kriteriene.

Havparken er uenig i at tildelingskriteriet er så uklart at det er ulovlig. Tilbyderne har samlet sett fått klart angitt at rask ferdigstillelse av de aktuelle arbeidene var sentralt, og blitt bedt om å besvare med tidspunkt for oppstart og ferdigstillelse. Enhver tilbyder vil da forstå at begge tidspunkter er av betydning for evalueringen, noe som er tilstrekkelig klart til at kriteriet er lovlig.

Saken skiller seg vesentlig fra KOFA-sak 2021/487, der underkriteriet var "responstid ved service". Dette er et mye brukt kriterium, men kan romme både første oppmøte og gjennomføring. I saken ble kriteriet kjent ulovlig fordi det ikke var oppgitt hva tilbyderne skulle besvare, dvs. motsatt av hva som er tilfelle i denne saken.

Vi kan vanskelig se at dette tildelingskriteriet er uklart, og under ingen omstendigheter en slik klarhet at det innebærer et opplagt regelbrudd.

3.3 Oppsummering om tildelingskriteriene

Anførselene i Notatet om klarhet rundt tildelingskriteriene er basert på feil tolkning av konkurransegrunnlaget, som det ikke er grunnlag for.

4 ANFØRSLER OM ANDRE "ÅPENBARE REGELBRUDD"

Vi forholder oss nedenfor til Notatets avsnitt II, hvor det i pkt 1 Regelbrudd fremkommer tre kulepunkt som påstås å være regelbrudd:

4.1 Konkurransesgrunnlagets pkt 14.3 punkt A-C

I notatets avsnitt II, pkt 1, kule-punkt 3 er det konkludert med at det er et regelbrudd ("synes uforenlig") å ta opp andre forhold under forhandlingene enn det som fremgår av kravspesifikasjon, kontraktsbestemmelser og tildelingskriterier. I Notatets pkt 3 angis at "det avviker fra anskaffelsesforskriftens spilleregler" å be om opplysninger "som ikke har relevans for evaluering av tilbudene opp mot tildelingskriteriene".

Anførselen i Notatet strider mot ordlyden i anskaffelsesforskriftens § 23-7 (2), hvor det står at forhandlingene kan dreie seg om "alle sider ved tilbudet". Anførselen og påstanden om regelbrudd strider dermed mot anskaffelsesforskriftens ordlyd. Forskriftens regel er også helt naturlig, da det er vanskelig å avgrense hvilke egenskaper ved tilbudet som vil kunne medføre at tilbyder vil endre sine svar på tildelingskriteriene.

Notatet legger for øvrig til grunn at "det er unødvendig å be om" en beskrivelse av hvordan oppdraget vil bli utført, fordi "leverandøren vil være forpliktet til å oppfylle samtlige krav oppstilt i konkurransegrunnlaget". Det kan være tilfelle i mange saker. Her, hvor det dreier seg om valg av samarbeidspartner/medeier i et selskap som blir medeier av en eiendom som skal gjennomgå en ekstremt stor forvandling over mange år, er det utvilsomt gode grunner til å sjekke av at tilbyderne har forstått og er i stand til å gjennomføre oppdraget før avtale inngås. Det er uansett tillatt å be om en slik beskrivelse, og be om utdyping eller justeringer av beskrivelsen i en forhandling.

Notatet har på dette punkt reist en søkt problemstilling. Det er ikke vist til en eneste rettskilde for å understøtte anførselen, som avviker fra forskriftens ordlyd.

Havparken mener at det er lovlig å be om, og diskutere/forhandle om, tilbyders premisser for gjennomføringen av oppdraget.

4.2 Kvalifikasjonskrav – SHA- og HMS-systemer

I notatets avsnitt II, pkt 1, kulepunkt 4 er det konkludert med kravet om "innarbeidede SHA- og HMS systemer i konkurransegrunnlagets pkt 12.5 ikke er et lovlig kvalifikasjonskrav. "

Kvalitetssikringsrutiner er etter Havparkens vurdering i kjernen av "tekniske og faglige kvalifikasjoner", som også er høyst relevante i denne anskaffelsen.

Det som etterspørres faller inn under anskaffelsesforskriften § 16-6 (1) bokstavene c og særlig d – "kvalitetssikringstiltak". I kommentarene til bestemmelsen på Juridika fremkommer følgende:

Oppdragsgiveren har hjemmel til å be om dokumentasjon på kvalitetssikringssystemene til leverandøren i anskaffelsesforskriften § 16-6(1)(d).

Det å ha et kvalitetssikrings-/styringssystem innebærer at leverandøren har implementert et system for prosedyrer, prosesser, handlingsplaner og mål som skal sikre kvaliteten på leveransene, slik klagenemndas sak 2017/67 (Multilux) premiss 75.

For ordens skyld påpekes at det frem til 2015 var pålagt å kreve en HMS-egenerklæring for at tilbydere skulle bli kvalifisert. Dette er ikke lenger et krav, men dette kommer ikke av at HMS er mindre viktig eller at rutiner for ikke er egnet som kvalifikasjonskrav.

Det var også under tidligere regler fullt mulig å kreve mer enn en egenerklæring, jf. f.eks. KOFA 2015/118, der kvalifikasjonskriteriet var "godt innarbeidede rutiner for kvalitet og HMS (planlegging, utførelse, kontroll og dokumentasjon)". Spørsmålet for KOFA var om det var lovlig å ha HMS også som tildelingskriterium, gitt at dette med HMS var vurdert i kvalifikasjonsfasen. KOFA fant at det var lovlig å vurdere litt ulike sider av HMS-rutinene i henholdsvis kvalifikasjon- og tildelingsfasen i den konkrete saken. At kvalifikasjonskravet, som er nær opp til det som er stilt i denne saken, var lovlig, var uten videre lagt til grunn av både klager og KOFA.

Energi Norge utga i november 2019 en veiledning i hvordan å sikre HMS for innkjøpere: [https://www.energinorge.no/faqomrader/hms tema/hms-verktoykasse/veiledere/hms-veileder-for-innkjop/](https://www.energinorge.no/faqomrader/hms_tema/hms-verktoykasse/veiledere/hms-veileder-for-innkjop/)

I punkt 2.4 – Juridiske forhold i innkjøpsprosessen – underpunkt 2.4.1 – Innkjøpslovgivning står det følgende:

I noen tilfeller gir lovgivningen likevel noen begrensninger for hvilke krav som kan stilles, og hvordan de kan stilles, noe som derfor kommenteres i veilederen. Vi har også lagt vekt på å utforme veilederen slik at eksemplene på krav som kan stilles, er i tråd med de begrensningene som eksempelvis følger av anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften.

I veilederen gis det følgende eksempler på kvalifikasjonskrav knyttet til HMS-systemer:

3.5 Eksempler på kvalifikasjonskrav

I vedleggene gis det forslag til tekst på konkrete HMS-krav som kan stilles i kvalifikasjonsfasen, sammen med tilhørende dokumentasjonskrav og hvordan kravene bør evalueres. Skillet i kvalifikasjonskravene som stilles for de ulike nivåene i sikkerhetskulturstigen er basert på prinsippene i følgende tabell:

Aktiv	Pro-aktiv	Utviklende
Minimumskrav som enkelt lar seg sjekke, men som sier noe om leverandørens seriositet angående HMS. Kan f.eks. være at de har et HMS-system iht. lovkrav, at det finnes en HMS-policy, etc.	At man har en kvalifikasjonsordning for leverandører, enten egen eller at man bruker Achilles e.l.. Kvalifikasjonsordningen må inkludere temaer innen HMS og kvalitet, og må fornyes med jevne mellomrom.	At man utelukkende bruker selskaper hvor man har verifisert at HMS-systemene til leverandøren faktisk brukes og er fungerende. Kan gjøres gjennom egne revisjoner, at man krever ISO-45001-sertifisering (eller tilsvarende) eller bruk av revisjoner i systemer som Achilles.

Det har formodningen mot seg at bransjeorganisasjonens publiserte veileder ikke skulle være kvalitetssikret juridisk.

Anførselene i Notatet er dermed også på dette punkt grunnløse og feil, og er derfor verken opplagte eller mulige regelbrudd.

4.3 Manglende opplysninger om hvilke kontraktsbestemmelser som skal gjelde

I Notatets avsnitt II, pkt 1, kulepunkt 5 er det konkludert med at det er brudd på FOA § 14-3 (1) bokstav b) og § 19-1, at hvilke kontraktsbestemmelser som skal gjelde ikke er lagt ved konkurransegrunnlaget.

Vi har allerede innledningsvis i dette notats pkt 1 påpekt at kontraktsbestemmelsene faktisk var lagt ved utlysningen.

I Notats punkt 5 fremkommer det at "for bygg- og anleggskontrakter er det i bransjen normalt å velge en av standardkontraktene i NS-serien". Men, skriver advokat Friberg videre, "i aktuelle anskaffelse er det valgt en atypisk oppgjørform som ikke anses forenlig med bruk av NS-kontraktene.". Vi er enig med advokat Friberg på dette punkt.

Den kontraktsmodell som var vedlagt konkurransegrunnlaget var ikke en standard NS-kontrakt, og det er dermed vanskelig å se hvorfor advokat Friberg bringer opp bruken av slike kontraktstandarder i Notatet.

Notatets konklusjon om regelbrudd under dette punkt er grunnløse og feil.

5 ANFØRSLER OM MULIGE REGELBRUDD

Vi forholder oss nedenfor til Notatets avsnitt II, hvor det i pkt 2 Mulige regelbrudd, fremkommer fire kulepunkt som påstås å være mulige regelbrudd:

5.1 Konesjonskontraktforskriften

I Notatets avsnitt II, pkt 2, kulepunkt 1 stilles det spørsmål om anskaffelsen skulle ha fulgt konesjonskontraktforskriften.

Havparken gjør oppmerksom på at håndtering av overskuddet av utsprengte fjellmasser (overskuddsmasser) vil være en langt mindre del av arbeidene enn både pressen, Kristiansund MDG og nå advokat Friberg har lagt til grunn. Overskuddsmassene er et biprodukt som oppstår under hovedarbeidet som er sprengning, utfylling og arrondering av et nytt næringsareal.

Som beskrevet i Havparken sitt tilsvaer til KOFA og konkurransegrunnlaget, fremkommer det at totale fjellmasser er ca 3,7 millioner kubikk fast fjell, hvorav over halvparten skal medgå til utfylling. De omfattende arbeidene med å sprengne, utfylle, intern-frakte og arrondere området utgjør kontraktens hovedelement, mens avsetting/salg av overskuddsmasser utgjør en forholdsmessig mindre del, selv om den isolert sett er omfattende. Som tekniske operasjoner er det ikke mulig å skille disse forholdene fra hverandre.

Problemstillingen i Notatet med konesjonskontraktforskriften synes å ha sitt utspring i manglende forståelse og misoppfatninger, ikke utenkelig basert på utenforstående sine gjentatte ubegrunnede påstander i media om at Bolgneset-prosjektet utelukkende er et "salg-av-stein-prosjekt". Det er feil.

Kontraktslengden vil i dette tilfelle uansett ha mindre betydning. Avtalene om arbeider som inngås med Havparken Eiendom, et selskap som leverandøren etter få år ville blitt majoritetsseier av. Selskapet er da ikke lenger omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

5.2 Er konkurransen tilrettelagt på en måte som bryter med krav til likebehandling og konkurranse

I Notatets avsnitt II, pkt 2, kulepunkt 2 stilles det to spørsmål:

- er "konkurransen er tilrettelagt på en måte som bryter med kravet til likebehandling og konkurranse"?
- er "kombinasjonen av valg av krav og kriterier samlet sett er tilpasset et ønske om valg av et tilbud fra Gunnar Holth Grusforretning AS og Hæhre Entreprenør AS"?

Notatet har problematisert disse spørsmålene over fire sider, under avsnitt IV, punktene 2 og 3, hvor pkt 3 har underpunktene 3.1 og 3.2.

Felles for begge de to spørsmål som Notatet stiller, er kravet til Lasteutstyr og utskipningsanlegg.

- Vi har følgende kommentarer til spørsmål 1:

Det vises til Havparkens tilsvaer til KOFA, som i sin avgjørelse ikke hadde anmerkninger til kravet om kapasitet på utskipningsanlegget. Notatet redegjør også for at det er en saklig og lovlig grunn til å ta inn kravet. Her er vi enige med advokat Friberg.

Uten nærmere forklaring har advokat Friberg imidlertid lagt til:

Jeg stiller imidlertid spørsmål om dette er en korrekt premiss, og følgelig er jeg ikke overbevist om at det var et nødvendig krav.

Hvilke fakta eller faglig bakgrunn skulle gi advokat Friberg grunnlag for å "synse" om dette?

Det eneste faktum som det er redegjort for er at hun stiller spørsmål ved om:

Det var nødvendig/hensiktsmessig – når målet er å sikre konkurranse – å koble disse ytelsene sammen, dvs. bygg- og anleggsarbeidene og virksomheten knyttet til knusing og salg av overskuddsmasser.

Denne anførselen avdekker en manglende forståelse for kompleksiteten av arbeidene/prosjektet. Det er helt åpenbart "nødvendig" å ha disse arbeidene fra én leverandør. At det er hensiktsmessig er desto klarere, om mulig. Det er det uansett opp til Havparken å vurdere.

Havparken minner om at målet med konkurransen var å sikre en betryggende og fullført utbygging, herunder at ca 1,7 millioner kubikk fast fjell må fjernes fra området (overskuddsmasser). Bli ikke disse overskuddsmassene fjernet raskt og løpende blir både fremdriften hindret og arealene som er utsprengt/utfyllt ubrukelige. Dette fordi overskuddsmassene raskt vil ta all tilgjengelig plass. En *kjerneegenskap* ved leverandørens ytelse er dermed å være teknisk og kommersielt i stand til fortløpende å kvitte seg med massene som ikke kan benyttes til utfylling.

Enhver grunntrepreneur av en viss størrelse kan sprengte fjell. Noen færre er kvalifisert til å fylle ut i sjø. Det å ha erfaring/kompetanse og tilgang til utstyr for å selge og sikre befraktning av steinmasser er det enda færre som har. I dette tilfelle ville det imidlertid vært helt uansvarlig av Havparken å inngå kontrakt med noen som ikke hadde slik kompetanse og kunne sannsynliggjøre relevant utstyr. At dette begrenser hvilke tilbydere som kan delta i konkurransen er åpenbart. Men alternativet gir en risiko for et katastrofalt resultat. Målet med anskaffelsen er ikke "å sikre konkurranse", slik advokat Friberg synes å legge til grunn. Målet er å få realisert utbyggingen helt til den er ferdigstilt. Konkurranse er et av flere *virkemidler* for å få et slikt resultat, men prinsippet om konkurranse kan ikke gå på bekostning av hovedmålet.

Det er ikke forbudt for en oppdragsgiver å selv vurdere hvilke krav som settes i en konkurranse, ut fra egne vurderinger forut for en konkurranse. Kravene blir heller ikke forbudt selv om det under konkurransen viser seg at det ble få deltakere i konkurransen.

Det er betegnende at det ikke er én eneste tilbyder som har klaget på det omtalte kravet om lastekapasitet. Disse er klar over at slikt utstyr kan anskaffes eller leies i markedet, og er innenfor det som er "standard" størrelse. "Klagerne" er uten unntak personer uten noen som helst kunnskap om hvordan et slikt prosjekt skal gjennomføres, og langt mindre har undersøkt om kravet faktisk er konkurransehindrende.

- Vi har følgende svar til spørsmål 2:

Anklagen som ligger i spørsmålsstillingen er alvorlig, både for Havparken, de ansvarlige i Havparken og kommunen personlig og Holth & Hæhre.

Som grunnlag for spørsmålsstillingen er det i Notatet ikke vist til noen konkrete forhold som skulle tilsi at det kun var Holth & Hæhre som rent faktisk kunne bli kvalifisert og inngi tilbud. Det var, som nevnt i Notatet, 10 mulige tilbydere som viste interesse. Dersom disse oppfattet at det var unødvendige og ulovlige konkurransehindrende kvalifikasjonskrav eller krav i kravspesifikasjonen, må det legges til grunn at dette hadde blitt tatt opp gjennom spørsmål/svar. Det ble det ikke.

Det som rent faktisk ble tatt opp med Havparken av flere av de som meldte interesse, var at det rent kommersielt ville være tungt å bære kostnadene ved prosjektet uten annen "betaling" enn aksjer. I tillegg ville ikke entreprenøren bli eeneier av selskapet. Dette er to forhold som det er lett å forstå at begrenser konkurransen vesentlig, men er altså en premiss satt av

Kristiansund kommune, og som Havparken bare måtte forholde seg til. Vilkåret er også grunnen til at Holth & Hæhre ikke leverte tilbud, slik at det i realiteten var like problematisk for Holth & Hæhre som for andre.

I en markedsdialog nylig utlyst og gjennomført av kommunen var tilbakemeldingene fra markedet nøyaktig det samme som ved forrige konkurranse.

<https://www.doffin.no/Notice/Details/2022-379886>

Lasteanlegg med de oppgitte spesifikasjoner ble oppgitt å kunne anskaffes enten brukt eller nytt. Det å skaffe kapital/investor som tok en slik risiko ville være utfordringen. For ordens skyld så bemerkes at Holth & Hæhre valgte å ikke gi noen tilbakemelding.

Når det er slik at det foreligger et forhold som klart begrenset konkurransen, herunder gjorde at Holth & Hæhre ikke innga tilbud, er det vanskelig å forstå en argumentasjon om at det må ha vært helt andre forhold som begrenset konkurransen. Ekstra krevende blir det når påstanden i tillegg er at konkurransen samlet sett var innrettet mot Holth & Hæhre. Det er rett og slett ikke forenelig med det faktiske forløp i konkurransen. Når denne argumentasjonen i tillegg ikke støtter seg på noen faktiske forhold, men er ren "synsing", mener Havparken at Notatet ikke kan legges til grunn for en forvaltningsrevisjon – som forutsettes å skulle være faktabasert.

Anførselene om at konkurransen er tilpasset Holth & Hæhre avvises.

5.3 Bestemmelser om avvisning

I Notatets avsnitt II, pkt 2, kulepunkt 4 stilles det spørsmål om "utformingen av punktet om avvisning i konkurransegrunnlagets punkt 8.4 kan oppfattes i strid med forbudet om å forhandle om et tilbud med vesentlig avvik".

Notatet reiser også på dette punkt en helt søkt problemstilling.

Når det angis at et tilbud "kan" bli avvist, er ikke det annet enn en advarsel. Det er ikke uttrykk for en juridisk betenkning av om oppdragsgiver må eller bare kan avvise. Hvis oppdragsgiver på et senere tidspunkt kommer til at man har plikt til å avvise, så må tilbyderen finne seg i det. Konkurransegrunnlaget er dermed ikke ulovlig eller misvisende, uavhengig av om et første tilbud med vesentlig avvik skal avvises eller ikke.

Det er korrekt som Notatet angir, at departementets veileder gir uttrykk for at et tilbud med vesentlige avvik må avvises slik at oppdragsgiver ikke kan gå videre med dette i forhandlinger. De fleste erfarne advokater på området har etterlyst en faktisk og juridisk begrunnelse for et slikt relativt upraktisk og formålsstridig standpunkt i mange år. Herunder var f.eks. advokat Morten Goller allerede fra 2017 sterkt skeptisk (les "hoderystende") til departementets vurderinger. Også KOFA har utfordret departementet på om dette kan være korrekt:

<https://www.anbud365.no/regelverk/ny-avgjorelse-fra-kofa-apner-for-at-vesentlige-avvik-kan-forhandles-bort/>

Når Notatet angir at det "fra enkelte hold" er anført at departementet tar feil, er dette altså et grovt understatement. Det er uansett irrelevant, da spørsmålet om Havparken har håndtert saken korrekt eller feil først oppstår dersom Havparken forhandler om et tilbud med vesentlig avvik. Dette er en situasjon som ikke har oppstått.

Oppsummert er det derfor slik at Notatets konklusjon om mulig regelbrudd under dette punkt er feil.

6 INNGÅELSE AV KONTRAKT MED HOLTH OG HÆHRE

Konkurransen ble avlyst den 24.mai 2022, og inngåelse av kontrakt basert på konkurransen er derfor ikke aktuelt. Dette ble umiddelbart kunngjort på Doffin/TED. Det er i tillegg kunngjort en veiledende kunngjøring med oppfordring til at aktuelle tilbydere melder seg for en markedsdialog for ny utlysning.

Havparken har i resultat kommet til samme konklusjon som Notatet, dog med en litt annen begrunnelse. Havparken har vurdert det slik at kombinasjonen av manglende tilbud og tid medgått til klagebehandlingene for Statsforvalteren og KOFA, har gjort at det har gått så lang tid at det har oppstått en "vesentlig endring" utelukkende basert på tid. Havparken har vært helt uten skyld i dette tidsforbruket, men må konstatere at det er uten betydning for vurderingen til KOFA.

7 OPPSUMMERING

Havparken har gjentatte ganger opplevd at politisk motstand mot prosjektet har resultert i gjentatte ubegrunnede og helt uforholdsmessige anklager om ulovligheter – basert på et faktum og en juridisk forståelse som helt har savnet hold i de faktiske forhold og rettslige regler. Flere personer har uttalt seg helt uforbeholdent og skråsikkert i pressen om forhold som de dessverre ikke synes å ha hatt innsikt i.

Havparken finner det skuffende og overraskende å oppleve nok et angrep på et konkurransegrunnlag som er utformet med bistand og kvalitetssikring fra først advokatfirma DLA Piper, så advokat Robert Myhre som en ekstra sikring av at alle juridiske forhold ble grundig vurdert. De involverte advokater var blant de med aller lengst og mest omfattende erfaring fra området offentlige anskaffelser i Norge.

Vi antar at artikler i pressen kan ha påvirket hvordan saken blir vurdert. Advokat Friberg synes i sin nokså frirettslige gjennomgang å bruke "mikroskop" for å finne eventuelle uklarheter.

Det er betegnede at Havparken kun på ett eneste punkt er enig med Notatets vurderinger, og at undertegnede ikke er i tvil om at Notatet tar feil på samtlige av de øvrige punkt. Dette er faktisk og rettslig begrunnet ovenfor.

8 VEIEN VIDERE

Havparken anbefaler at Møre og Romsdal Revisjon IKS ser helt bort fra hele Notatet i sin videre behandling, med unntak av konklusjonen om at en eventuell inngåelse av kontrakt ville vært en ulovlig direkteanskaffelse. Dette er en konklusjon Havparken er enig i, og hadde innrettet seg etter før Notatet ble mottatt.

Havparken kan ikke akseptere at Notatet blir tatt med som Vedlegg i MRR sin sluttrapport, da det vil kunne gi ytterligere næring for udokumenterte påstander om Havparken.

Havparken har forståelse for at MRR nå kan være i villrede om de juridiske forhold knyttet til om konkurransegrunnlaget inneholder opplagte og mulige regelbrudd, da to advokater har kommet frem til helt motsatte konklusjoner på hele ni punkter.

Oppdraget til MRR med en forvaltningsrevisjon hvor oppdragsgiver er Kontrollutvalget og Bystyret, var å avdekke eventuelle regelbrudd i konkurransen, dvs. konkurransegrunnlaget. Nettopp fordi MRR selv ikke innehar slik juridisk fagkompetanse, la oppdragsgiver føringer om at det skulle engasjeres underleverandører. Kontrollutvalgets og Bystyrets vedtak var:

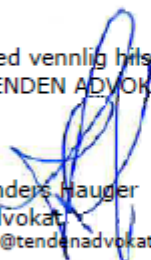
Det forutsettes at det innhentes eksternt kompetanse på nødvendige områder, bl.a. innen offentlige anskaffelser og arbeidsavtaler.

Når det nå viser seg at den valgte underleverandør etter Havparkens mening tar feil på helt grunnleggende juridiske spørsmål, har MRR en utfordring.

Havparken foreslår – hvis budsjettene tillater det – å få Notatet fra advokat Friberg og dette tilsvar kvalitetssikret av tredjepart med juridisk fagkompetanse.

Hvis MRR i sin sluttrapport velger å vektlegge Notatet tyngre enn dette tilsvar, forbeholder Havparken seg retten til selv å engasjere en annen advokat som kan kvalitetssikre de juridiske spørsmålene. Det vil være ødeleggende for Havparkens videre drift og prosjektutvikling at Notatets anførsler blir gjengitt som "sannheter" i MRR sin sluttrapport.

Med vennlig hilsen
TENDEN ADVOKATFIRMA ANS


Anders Hauger
advokat
ah@tendenadvokat.no

VEDLEGG 12 KOMMENTAR FRA WLA PÅ TILSVAR FRA TENDEN ADVOKATFIRMA ANS (08.07.22)



NOTAT

Til: MØRE OG ROMSDAL REVISJON SA
Deres ref.:
Fra: Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Oslo, 8. juli 2022
Saksnr.: 20220173
Ansvarlig advokat: Trine Friberg

TILBAKEMELDING PÅ NOTAT FRA TENDEN ADVOKATFIRMA

Det vises til notat fra Tenden Advokatfirma ved advokat Anders Hauger av 1. juli 2022, hvor det er gitt tilbakemelding på mitt tidligere notat av 26. april 2022. I henhold til avtale, vil jeg i det følgende kommenterer notatet. Disse vil bli strukturert i henhold til den punktnummerering som følger av advokat Haugers notat, t.o.m. punkt 5.

1 Innledning

Det kommenteres først at jeg ikke kan se at opplysningene om at konkurransegrunnlaget er utarbeidet i samarbeid med advokatfirma DLA Piper og innkjøpsavdelingen v/Kristiansund kommune, og at Myhre & Co Advokatfirma v/advokat Robert Myhre har fått seg forelagt konkurransegrunnlaget til kvalitetssikring, er egnet til å svekke holdbarheten av mitt tidligere notat. Dette i mangel av oversikt over den dialogen som var mellom kommunen og DLA, samt under henvisning til den knappe tilbakemeldingen fra Myhre.

Dernest kommenteres, også med tanke på de gjennomgående karakteristikker, at det ikke er nødvendig, eller relevant, å underbygge min spesialkompetanse på området offentlige anskaffelser, utover å påpeke at dette rettsområdet har utgjort 80-90% av min saksportefølje siden 2006.

Når det gjelder oppfatningen om at «ingen av Notatets påpekninger av «opplagte regelbrudd» er rettslig holdbare», hvilket hevdes å skyldes «enten ..manglende kunnskap om konkurransen, misforståelser, uriktige resonnementer eller feil subsumsjon», konstateres uenighet, jf. kommentarene under punkt 3 nedenfor. Dog er jeg – selvfølgelig – enig i at konklusjonen om brudd på FOA § 14-3 (1) bokstav b) og § 19-1 bortfaller, som følge av at det nå er avklart at konkurransegrunnlaget hadde et 19 siders kontraktsdokument. Haugers kommentar om at jeg ikke kan ha hatt tid til å logge meg inn på kunngjøringen, viser kun at advokat Hauger ikke har vært kjent med vår dialog, hvor jeg var forutsatt å forholde meg til tilsendte dokumenter, og hvor det også ble etterspurt om det var utarbeidet kontraktsbestemmelser.

Når det gjelder de regelbrudd jeg omtaler som «mulige regelbrudd», bør det fremgå klart at jeg kun var forutsatt å påpeke opplagte regelbrudd, dvs. regelbrudd som ikke krevde nærmere opplysninger om faktum eller «dypdykk» i jussen, samt påpeke mulige regelbrudd, dvs. forhold som det var grunn til å stille kritiske spørsmål til, og som det da var opp til oppdragsgiver å



foreta en nærmere vurdering av, med eller uten min videre bistand. Advokat Hauger synes også i utgangspunktet innforstått med mitt mandat, jf. sitatet helt innledningsvis.

På denne bakgrunn – og under henvisningen til kommentarene i det følgende – synes det ikke å være belegg for utsagnet om at: «Notatet viser også en manglende forståelse for hva som er kjernen i anskaffelsen. Dette er kombinert med nokså alvorlige konklusjoner/insinuasjoner basert på ren personlig "synsing", uten henvisninger til fakta og/eller rettskilder som støtter vurderingen.»

2 Konkurransen

Jeg stiller meg uforstående til at opplysninger og vurderinger som omtales under dette punkt i notatet fra advokat Hauger, underbygger at mitt tidligere notat er basert på uriktige fakta. Det vises til faktafremstillingen i mitt tidligere notat, herunder sitater fra konkurransegrunnlaget. Hvilke fakta siktes det konkret til?

Med ett unntak, kan jeg heller ikke se at Haugers opplysninger underbygger at notatet er basert på ufullstendige fakta. Unntaket knytter seg til opplysningen om at massene «*ut fra reguleringsplanens føringer*» må fraktes ut sjøveien. Dette var ikke en faktaopplysning som fremgikk av avgjørelsen fra KOFA, jf. følgende, sitert på side 11:

«Det ble ikke vurdert som mulig å avsette disse overskuddsmassene i det lokale markedet. Bolgneset-prosjektet har lagt til grunn at disse overskuddsmassene derfor må selges eksternt, og da mest sannsynlig til offshore-formål.»

Jeg minner videre om min vurdering av disse opplysningene under punkt 3.2.3 på side 12:

«Forutsatt at det er korrekt at massene må selges til offshore-formål; at det ikke ville være mulig å selge disse i annet marked, fremstår kravet som saklig. Jeg stiller imidlertid spørsmål om dette er en korrekt premis, og følgelig er jeg ikke overbevist om at det var et nødvendig krav. Det faktum at det kun ble innlevert en søknad om prekvalifisering i konkurransen, etter at 10 stykker hadde meldt sin interesse, bidrar til min tvil om kravets rettmessighet. Dette selv om jeg har notert meg at det er opplyst at et uvent antall interesserte leverandører har vist ti andre forhold som begrunnelse for at de avsto fra deltakelse. Det kan også stilles spørsmål om det var nødvendig/hensiktsmessig – når målet er å sikre konkurranse – å koble disse ytelsene sammen, dvs. bygg- og anleggsarbeidene og virksomheten knyttet til knusing og salg av overskuddsmasser.» (Mine understrekinger)

Jeg registrerer at det i notatet er uttalt at:

«Det er svært begrenset hvem som kan kjøpe/ta imot slike mengder av overskuddsmasser. Det er knapt mulig å se for seg andre mottakere enn til offshoreformål.»

Oppdraget er vurdert som kun aktuelt for entreprenører med erfaring fra slike kombinerte operasjoner med sprengning, utfylling, knusing og salg/avsetting av overskuddsmasser. Det er ikke teknisk gjennomførbart å dele opp entreprisen i to eller flere adskilte oppdrag.»

Jeg har ikke den rette bakgrunn/erfaring/oversikt over aktuelle marked til å etterprøve riktigheten av disse opplysningene. Følgelig har jeg, fremdeles ikke, grunnlag for å konkludere med regelbrudd hva gjelder spørsmålet om lovens krav til konkurranse og likebehandling kan anses for oppfylt.



Når det gjelder opplysningene om bakgrunnen for valgte vederlagsmekanisme, kan jeg ikke se at disse har relevans for vurderingen av om gjennomføringen av konkurransen er forenlig med anskaffelsesregelverkets rammer.

3 Vedr. innsigelsene til konklusjonen om ulovlige tildelingskriterier

3.1 Lavest eierandel

Jeg fastholder min oppfatning om at tildelingskriteriet fremstår som uklart, alternativt ikke anses for å ha den tilstrekkelige tilknytning til leveransen, jf. de rettslige utgangspunkter omtalt under punkt III, 2.1 (side 3). Utover det bemerkes følgende:

Det er ingen uenighet om at tildelingskriteriet «Lavest eierandel» fremstår isolert sett klart, dvs. kun basert på lesning av kriteriets utforming under punkt 14.4.

Uenigheten knytter seg til hvorvidt tildelingskriteriet er uklart, og har den nødvendige tilknytning til leveransen, lest i lys av nærmere bestemte krav/opplysninger under konkurransegrunnlagets punkt 14.3 og 5.2, jf. punkt III, 2.2 (side 3). Det registreres at advokat Hauger er av den oppfatning at det ikke er relevant å lese tildelingskriteriet i lys av dokumentasjonskravene under punkt 14.3 benevnt «Konkurransekriterier», samt opplysningene under punkt 5.2. Etter mitt er det en oppfatning som ikke lar seg forene med relevante rettskilder som rettspraksis, KOFA-praksis og juridisk teori. Jeg begrenser meg til å sitere følgende fra Dragstens¹ kommentarutgave:

Når det skal vurderes om et kriterium er tilstrekkelig klart, må det foretas en helhetsvurdering ut fra den konkrete konkurransen og utformingen av konkurransegrunnlaget for øvrig. Ved vurderingen kan kriteriene derfor ikke bare vurderes isolert, men må ses opp mot andre opplysninger i konkurransegrunnlaget og forutsetningene for anskaffelsen, jf. klagenemndas sak 2005/118 (Fyllingen Maskinstasjon) premiss 59.

Slik vurdering kan slå «begge veier»; tildelingskriteriet kan – isolert sett bli ansett som uklart, men fremstår allikevel tilstrekkelig klart i lys av andre opplysninger, og motsatt.

Hauger forsøker også å gjøre et poeng ut av at jeg ved en lapsus har benyttet begrepet «ikke egnet til å identifisere lavest pris», når det korrekte hadde vært å si, «ikke egnet til å identifisere lavest kostnad». Begrepsbruken her har uansett ingen betydning for argumentasjonen.

3.2 Kortest gjennomføringstid

Jeg fastholder at tildelingskriteriet er uklart, med den begrunnelse som fremgår av notatets punkt III, 1, 2.1 og aktuelle strekpunkt under 2.2 (side 5). Utover dette bemerkes kort følgende:

¹ Marianne Dragsten, *Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar, § 8-11. Tildelingskriterier, Juridika* (kopiert 08. juli 2022)



Jeg er ikke kjent med rettskilder hvor det ikke konstateres brudd på LOA § 4, når det er konstatert brudd på det såkalte klarhetskravet.

Jeg kan ikke se at det ved vurderingen av om tildelingskriteriet er uklart, slik det fremgår av kunngjøring/konkurransesgrunnlag, er relevant at oppdragsgiver vil ha en mulighet til å klargjøre kriteriet under forhandlingene. Samtidig er jeg enig i, at denne feilen ville ha kunnet bli rettet opp ved klargjøring, «innenfor de såkalte ATI-kriteriene», jf. henvisningen til disse.

3.3 Oppsummering

Oppsummert deler jeg – naturlig nok – ikke advokat Haugers konklusjon om at min vurdering og konklusjon om uklare tildelingskriterier er basert på feil tolkning av konkurransegrunnlaget, «som det ikke er grunnlag for.».

4 Vedr. innsigelsene til konklusjonene om «åpenbare regelbrudd»

4.1 Ad konkurransegrunnlagets punkt 14.3 punkt A-C

Jeg viser til hvordan min konklusjon er utformet under punkt II, og hvordan dette er konkret begrunnet under punkt III, 3, lest i en sammenheng og ikke «stykkevis og delt».

På denne bakgrunn synes argumentasjonen ikke treffende; det er ingen uenighet om at forhandlingene kan gjelde alle sider av tilbudet, og det er heller ikke hevdet at det er ulovlig å be om opplysninger selv om disse ikke har relevans for valg av vinner av konkurransen, og/eller er nødvendige som følge av at oppdragsgiver er beskyttet av reglene som gjelder ved kontraktsbrudd.

4.2 Kvalifikasjonskrav – SHA- og HMS- systemer

Det er ingen uenighet om at det tidligere var pålagt å stille et krav om HMS-egenerklæring. Jeg kan ikke se at nevnte KOFA-sak, under det tidligere regelverket, har relevans for vurderingen av om aktuelle kvalifikasjonskrav er lovlig, jf. at KOFA er bundet av partenes anførsler, og det kun var anført at tildelingskriteriet var ulovlig.

Det er heller ingen uenighet om at det er tillatt å stille krav om at leverandørens skal ha et kvalitetssikringssystem under kvalifikasjonskravene. Jeg har imidlertid lagt til grunn at systemer for SHA og HMS ikke omfattes av hva som naturlig oppfattes som en del av kvalitetssikringssystemer i bygg- og anleggsbransjen. Det vises til følgende:

I entreprisekontrakter er det vanlig å skille mellom krav til kvalitetssikring, jf. eksempelvis NS 8407 punkt 15.1, og kravene til SHA og HMS, som følger av byggherreforskriften og internkontrollforskriften. Dersom det kan vises til at dette er en normal del av de standardiserte kvalitetssikringssystemene i bransjen, er jeg enig i at det er et lovlig kvalifikasjonskrav, og motsatt.

Jeg finner ikke grunn til å vektlegge at Energi Norge har utgitt en veileder, hvor det er lagt til grunn at man kan oppstille krav som gjelder HMS som kvalifikasjonskrav, utelukkende basert på at det har formodningen for seg at den er «kvalitetssikret juridisk».



5 Vedrørende mulige regelbrudd

Som allerede foregrepet innledningsvar, var mitt mandat begrenset til å påpeke forhold ved anskaffelsen som kunne innebære regelbrudd, uten at dette ble nærmere vurdert. Jeg har ikke oppfattet at jeg har fått et nytt oppdrag som omfatter nærmere vurdering av disse forhold, på bakgrunn av det som fremholdes i notatet fra advokat Hauger. På denne bakgrunn vil jeg begrense meg til noen kommentarer til underpunkt 5.3.

5.1 Vedr. bestemmelsen om avvisning

Under dette punkt er det i mitt tidligere notat kun påpekt at opplysningen om at et tilbud «kan» bli avvist før forhandlingene starter, hvis det inneholder vesentlige avvik, «*kan bli oppfattet som regelstridig.*» Samtidig poengteres det at spørsmålet «per i dag» må anses uavklart.

Det er heller ingen uenighet om at «de fleste erfarne advokater på området», herunder undertegnede, har stilt spørsmål ved denne bestemmelsen, dvs. slik den lyder etter sin ordlyd. Samtidig er det ikke belegg for å hevde at de «fleste erfarne advokater» er av den oppfatning at departementet tar feil, jf. ordlyden, eller at dette må anses for uavklart, slik jeg poengterte.

Til orientering kan opplyses at Linda Mithun² i en doktorgradsavhandling fra i år, har konkludert med at bestemmelsens ordlyd, les i sin sammenheng, må innebære plikt til å avvise. Hun påpeker at direktivteksten ikke er til hinder for at bestemmelsen endres, slik at det er mulighet til å bortforhandle et vesentlig avvik, og at det også er mulig å lese den såkalte Nordecon-saken slik at dette er mulig.

6 Oppsummering

Oppsummert er min oppfatning at det ikke er belegg for den type karakteristikk som er benyttet om mine vurderinger i notatet fra advokat Hauger. Det anses ikke på noe måte underbygget at det dreier seg om «*frirettslige vurderinger*», eller «*bruk av mikroskop*» for å finne eventuelle uklarheter, jf. notatets punkt 7 avslutningsvis. At advokat Hauger «*ikke er i tvil om at Notatet tar feil på samtlige av de øvrige punkt*», hvilket påstås underbygget faktisk og rettslig, får stå for hans regning.

Jeg overlater til MMR å ta stilling til veien videre

Oslo, 8. juli 2022
WAHL-LARSEN ADVOKATFIRMA AS

Trine Friberg
Advokat

² <https://www.uib.no/nye-doktorgrader/154455/avvik-og-uklarheter-i-tilbud-til-det-offentlige>

VEDLEGG 13 NOTAT FRA MYHRE & CO (12.08.22)



NOTAT

Dato: 11.08.22

Til: Bolgneset Eiendom AS - Havparken Eiendom AS

Ansvarlig advokat: Robert Myhre

Gjelder: Kvalitetssikring av konkurransegrunnlag

1. Innledning

Det vises til telefonsamtaler om den forvaltningsrevisjon som pågår, og hvor det bes om vår bistand. Bakgrunnen er en henvendelse fra Møre- og Romsdal Revisjon (MRR), hvor det er bedt opplyst:

«Vi viser til notat fra adv. Hauger på vegne av Havparken AS datert 01.07.2022, og vil ta de innspillene som framkommer der med oss i vårt videre arbeid.

I dette notatet vises det til at konkurransegrunnlaget i sin tid ble utarbeidet i samarbeid med advokatfirma DLA Piper og innkjøpsavdelingen i Kristiansund kommune, og kvalitetssikret av advokat Robert Myhre w/ Myhre & Co Advokatfirma. Vårt spørsmål er da om notatet fra Myhre, datert 19. februar 2019, er det eneste som foreligger i forbindelse med kvalitetssikringen av konkurransegrunnlaget? Dersom det foreligger noe som synliggjør de vurderinger som da ble foretatt, ber vi om at dette oversendes til oss.»

2. Bakgrunn

Jeg ble i februar 2019 bedt om å kvalitetssikre et konkurransegrunnlag, for gjennomføring av konkurranse om opparbeiding av næringsareal på Bolgneset. I et avsluttende notat 19.2.2019 ble det opplyst at:

«Det vises til mottatt konkurransegrunnlag for opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset, med tilhørende kontrakt.

Jeg har gjennomgått disse, og vurderer det slik at disse kan benyttes til gjennomføring av konkurransen. Metoden for prissetting er utradisjonell, men etter min oppfatning innenfor hva anskaffelsesregelverket tillater.

Jeg har ikke vurdert spørsmål knyttet til merverdiavgift og regnskapslovgivning, men kun vurdert dokumentene opp mot anskaffelsesregelverket og ut fra god kontraktsrettslig praksis.»

Myhre & Co Advokatfirma AS

I etterfølgende faktura for arbeidet, fremgår det av timelistene at:

Robert Myhre					
<i>Dato</i>	<i>Aktivitet</i>	<i>Kommentar</i>	<i>Timer</i>	<i>Timepris</i>	<i>Beløp</i>
2019-01-05	Juridisk gjennomgang og rettskildesøk	Gjennomgått konkurransegrunnlaget, epost til klient	2,75	2 900	7 975,00
2019-01-06	Annet	Gjennomgang av notat fra adv. Lervik, epost med Blaasvær	0,75	2 900	2 175,00
2019-01-27	Annet	Gjennomgang av kontraktsutkast	2,0	2 900	5 800,00
2019-01-30	Annet	Møte med Blaasvær vedr. kontraktsutkastet	0,5	2 900	1 450,00
2019-02-18	Annet	Gjennomgang av konkurransegrunnlag og kontrakt	1,75	2 900	5 075,00
2019-02-19	Annet	Ny gjennomgang av dokumenter, notat til klient	1,5	2 900	4 350,00

3. Om kvalitetssikringen

Som det fremgår av timelistene brukte jeg 9,25 timer på kvalitetssikringen. Dette ga anledning til å nøye lese alle elementer, og identifisere eventuelle problematiske områder. Disse ble så skilt ut og vurdert opp mot relevante rettskilder. Konklusjonen på disse vurderingene ble imidlertid at det ikke var noen forhold som var i strid med anskaffelsesregelverket.

Dette var en intern kvalitetssikring, ment for internt bruk for saksbehandler hos Bolneset Eiendom i sitt arbeid. Det var derfor ikke behov for å nedfelle skriftlig de vurderinger som ble gjort, når konklusjonen ble at regelverket ikke var brutt. I stedet ble disse vurderingene gjennomgått i møte med klienten, slik det fremgår av timelisten.

Deretter ble oppdraget avsluttet med et oppsummerende notat, med en hovedkonklusjon. Også notatet var ment til internt bruk, og det var i dette tilfellet ikke behov for å kommentere alle vurderinger som var gjort underveis.

Dette er en helt vanlig måte å gjennomføre en kvalitetssikring på ovenfor en klient, ved gjennomgang av konkurransegrunnlag og kontrakter som er under utarbeidelse.

Oslo, 12.08.2022

Myhre & Co Advokatfirma AS



Robert Myhre
Advokat

robert@myhreadvokat.no

VEDLEGG 14 TILBAKEMELDING PÅ UTKAST TIL RAPPORT - FRA TENDEN ADVOKATFIRMA ANS (11.11.22)



Møre og Romsdal revisjon SA

v/Marianne Hopmark

11. oktober 2022

Ref.: 487930/34501/AH

Saksansvarlig advokat: Anders Hauger

TILBAKEMELDING PÅ UTKAST TIL RAPPORT

Tenden Advokatfirma ANS representerer som kjent Havparken AS og Havparken Eiendom AS (felles "Havparken").

1 INNLEDNING

1.1 Bakgrunn

Vi har mottatt utkast til rapport om Havparkenselskapene – Del 1, fra Havparken. Vi er bedt om å vurdere notatet, og særlig omtalen av våre tidligere innspill på notatet fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS v/advokat Trine Friberg datert 26. april 2022, i lys av tilbakemelding på våre innspill fra advokat Friberg 8. juli 2022. Vi har noen oppklaringer og forslag/oppfordringer til forbedringer i det følgende.

I punktet "oppsummering problemstilling 1" står følgende:

Det er en klar uenighet mellom advokat Friberg som uavhengig advokat og Havparkens advokat på de spørsmålene som er stilt om konkurransen var utformet i tråd med anskaffelsesregelverket unntatt ett punkt som nevnt under «våre kommentarer».

Vi mener dette ikke er korrekt, og at uenigheten ikke er så stor som den opprinnelig kunne fremstå når vi skrev våre kommentarer til advokat Fribergs første notat. Vi bygger dette på Fribergs tilbakemelding på vårt notat, i notat 8. juli 2022.

1.2 Oppsummering av uenighet

På bakgrunn av hva vi redegjør for nedenfor i pkt 2, mener vi at konklusjonen i Møre og Romsdal Revisjon SA ("MRR") sin rapport må omformuleres og fremstå annerledes, hva gjelder den juridiske uenigheten mellom advokat Friberg og undertegnede. Etter å ha mottatt siste svarnotat fra advokat Friberg datert 8. juli 2022, er det ikke lenger dekning for MRR å hevde at denne juridiske uenigheten er så stor som MRR hevder.

Meningsutvekslingen mellom advokat Friberg og undertegnede har avklart ytterligere tre av punktene som var anført som regelbrudd. Ikke kun på ett punkt, slik MRR skriver i sin rapport:

Vi oppsummerer de tre punktene hvor avklaring har funnet sted:

- **Tildelingskriteriet «Kortest gjennomføringstid»**
Advokat Friberg skriver den 8. juli 2022 at hun er enig at dette konkurransekriteriet "ville ha kunnet bli rettet opp ved klargjøring, innenfor de såkalte ATI-kriteriene".

- **Kravet om SHA- og HMS systemer**
Advokat Friberg skriver den 8. juli 2022 at "*dersom dette er en normal del av de standardiserte kvalitetssikringssystemene i bransjen, er jeg enig at det var et lovlig kvalifikasjonskrav*". Vi har nedenfor dokumentert dette.
- **Manglende opplysninger om hvilke kontraktsbestemmelser som gjelder**
Adv Friberg bekrefter i sin tilbakemelding at kontraktsbestemmelsene var vedlagt i konkurransen, men at hun dessverre ikke hadde fått de oversendt fra MRR.

Denne oppsummeringen viser at adv Friberg og undertegnede har ulike oppfatninger av fortolkningen av anskaffelsesforskriften kun på to punkter. Vi henstiller til MRR å korrigere dette i sin rapport.

2 PUNKTER SOM ER AVKLART ELLER HVOR UENIGHETEN ER SVÆRT LITEN

2.1 Regelbrudd – kulepunkt 5 - kontraktsbestemmelser

For det første gjelder dette punktet om regelbrudd som følge av *manglende kontraktsdokumenter*. Her viste det seg at advokat Friberg ikke hadde fått kontraktsdokumentene, og at hennes første vurdering dermed var feil. Noe som både er uttrykt i hennes notat og i rapportens kronologiske gjennomgang over oppsummeringen.

Det er dermed enighet om at det ikke forelå noe regelbrudd knyttet til dette punktet. Dette er ett av fem punkter der advokat Fribergs første notat konkluderer med regelbrudd, og for Havparken er det viktig at det kommer tydelig frem at dette punktet ble erkjent å ikke stemme.

Også når det gjelder andre punkter er uenigheten bortfalt etter Fribergs tilbakemelding, selv om det ikke er uttrykt fullt så klart som for kontraktsdokumentene.

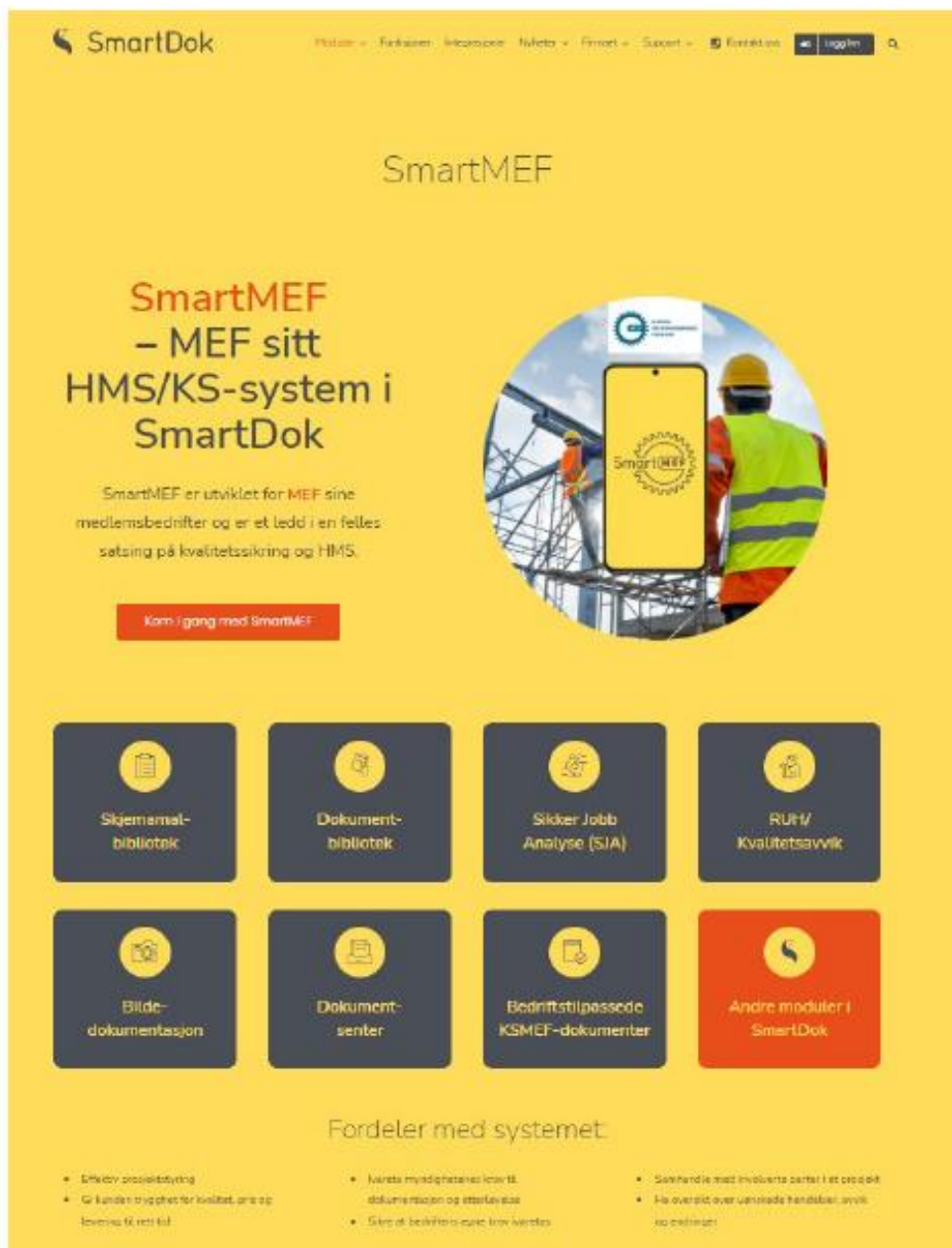
2.2 Regelbrudd – kulepunkt 4 – Kvalitetssikringssystemer – HMS/SHA

Når det gjelder advokat Fribergs notat punkt 4.2 – Kvalifikasjonskrav – SHA og HMS-systemer uttaler Friberg at:

Dersom det kan vises til at dette er en normal del av de standardiserte kvalitetssikringssystemene i bransjen, er jeg enig i at det er et lovlig kvalifikasjonskrav, og motsatt.

Bransjen er bygg og anleggsbransjen. Ved Google søk på "*kvalitetssikringssystem bygg- og anlegg*" er de øverste treff systemene Svenn, Sticos, Smartdok (Maskinentreprenørenes Forbund (MEF) sitt system), og Next-tech. *Samtlige* av disse har stort fokus på HMS og SHA-plan, som en integrert del av sine systemer.

Vi inntar for ordens skyld forsiden til MEF sitt system, som kan finnes her: <https://smartdok.no/smartmef/>



The image shows a landing page for SmartMEF, a mobile application for MEF (Member of the Firm) companies. The page has a yellow background and features the SmartDok logo in the top left corner. The main heading is "SmartMEF" in a large, dark font. Below this, the sub-heading reads "SmartMEF – MEF sitt HMS/KS-system i SmartDok". A circular image shows a construction worker in a high-visibility vest holding a smartphone displaying the SmartMEF app interface. The text below the image states: "SmartMEF er utviklet for MEF sine medlemsbedrifter og er et ledd i en felles satsing på kvalitets sikring og HMS." A red button with the text "Kom i gang med SmartMEF" is positioned below the text. The page features a grid of eight dark blue buttons with yellow icons, each representing a different module: "Sljemmalbibliotek", "Dokumentbibliotek", "Sikker Jobb Analyse (SJA)", "RUF/Kvalitetsavvik", "Bilddokumentasjon", "Dokument-senter", "Bedriftstilgassede KSMEF-dokumenter", and "Andre moduler i SmartDok". At the bottom, the heading "Fordeler med systemet:" is followed by three columns of bullet points listing the benefits of the system.

SmartDok

Historie - Følgere - Inneledder - Nytt - Finner - Support - Entreknin - Logg inn

SmartMEF

SmartMEF – MEF sitt HMS/KS-system i SmartDok

SmartMEF er utviklet for MEF sine medlemsbedrifter og er et ledd i en felles satsing på kvalitets sikring og HMS.

Kom i gang med SmartMEF

- Sljemmalbibliotek
- Dokumentbibliotek
- Sikker Jobb Analyse (SJA)
- RUF/Kvalitetsavvik
- Bilddokumentasjon
- Dokument-senter
- Bedriftstilgassede KSMEF-dokumenter
- Andre moduler i SmartDok

Fordeler med systemet:

- Effektiv prosjektstyring
- Gi kunden trygghet for kvalitet, pris og leveringstid
- Lærte myndighetenes krav til dokumentasjon og etterlevelse
- Gi et bedre bilde av bedriftens egne kvaliteter
- Samhandle med involverte parter i et oppsett
- Ha oversikt over utvalgte hendelser, avvik og meldinger

Vi viser i tillegg til en sentral lærebok for fagskoleutdanningen i bygg- og anlegg: "Kvalitetsstyring og HMS i bygg og anlegg" av Torill Evy Thune:



Denne omtales slik på nettstedet "bestselgerklubben.no"

Denne læreboka og tilhørende lenker, nyheter, oppdateringer o.a. på nettstedet www.fagbokforlaget.no/kvalitetsstyring-og-hms vil være et viktig hjelpemiddel for deg som tar teknisk fagskoleutdanning i bygg, anlegg og KEM (klima, energi og miljø), der kvalitetsstyring og helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid (HMS) er meget sentrale temaer i flere av emnene.

I tillegg er denne kompetansen som kunnskaper, ferdigheter og holdninger innen kvalitetsstyring og HMS, viktig for å kunne både prosjektere/planlegge og lede gjennomføringen av bygg- og anleggsarbeider/-prosjekter.

Deler av læreboka kan også være aktuell for yrkesfaglige studieretninger innen bygg og anlegg i videregående opplæring og også for høyere utdanningsnivå.

På nettstedet, som angitt ovenfor, vil forfatteren legge ut alle aktuelle lenker/nettsteder som er omtalt i læreboka, og kvalitetssikre disse. I tillegg vil forfatteren legge ut oppdateringer og tilleggsstoff knyttet til hva som skjer innen kvalitetsstyring og HMS i bygg og anlegg. Der vil man også finne litt mer om digitaliseringen i bygg- og anleggsprosjekter, som kan bidra til økt kvalitet og mindre skader/ulykker i prosjektene.

Det kan ikke være tvil om at kjerneelementet i ethvert kvalitetssikringssystem innenfor bygg- og anlegg er HMS, herunder SHA. Et kvalitetssikringssystem uten dette vil være særdeles mangelfullt og sannsynligvis diskvalifiserende hvis det var satt krav om relevant kvalitetssikringssystem.

Det er dermed avdekket at det ikke er noen uenighet om hvordan anskaffelsesregelverket er å forstå, men bare en manglende faktisk kunnskap om bransjen fra advokat Fribergs side.

At HMS er en del av kvalitetssikringsystemene i bransjen er ved det ovenstående dokumentert i henhold til oppfordringen i advokat Fribergs notat, og den tilsynelatende uenigheten er dermed avklart. Også dette punkt er opprinnelig angitt av Friberg som ett av fem avdekkede regelbrudd, og det er viktig for Havparken at det kommer tydeligere frem at en eventuell tidligere uenighet på dette punkt nå er avklart.

2.3 Regelbrudd – Kulepunkt 2 - Gjennomføringstid

Når det gjelder tildelingskriteriet "kortest gjennomføringstid" ble det fra vår side argumentert med at:

Denne konkurransen er en konkurranse med forhandling, der dette kriteriet kun er ment å skille mellom helt like endelige tilbud. Hvor viktig det ville være med kort gjennomføringstid isolert sett ville avhenge av hvordan tilbydernes første tilbud ble besvart. Konkurransesgrunnlaget ville dermed blitt utfyllt før siste tilbud – innenfor de såkalte ATI-kriteriene.

Advokat Friberg svarer følgende på dette:

Jeg kan ikke se at det ved vurderingen av om tildelingskriteriet er uklart, slik det fremgår av kunngjøring/konkurransesgrunnlag, er relevant at oppdragsgiver vil ha en mulighet til å klargjøre kriteriet under forhandlingene. Samtidig er jeg enig i, at denne feilen ville ha kunnet bli rettet opp ved klargjøring, «innenfor de såkalte ATI-kriteriene», jf. henvisningen til disse.

Det er dermed enighet om at dersom konkurransen hadde blitt fullført etter planen, ville det ikke oppstått noe regelbrudd. Advokat Fribergs anførsler om at det foreligger regelbrudd er da basert på et hypotetisk alternativt hendelsesforløp, og dermed ikke relevant. Det er tilfredsstillende for Havparken at det fremstår som om Havparken har brutt regelverket på dette punkt, når advokatene er enige om at dette ikke er tilfellet.

2.4 Mulige regelbrudd

Advokat Friberg har innledningsvis, nederst på side 1, uttalt følgende om de punkter som er angitt som mulige regelbrudd:

Når det gjelder de regelbrudd jeg omtaler som «mulige regelbrudd», bør det fremgå klart at jeg kun var forutsatt å påpeke opplagte regelbrudd, dvs. regelbrudd som ikke krevde nærmere opplysninger om faktum eller «dypdykk» i jussen, samt påpeke mulige regelbrudd, dvs. forhold som det var grunn til å stille kritiske spørsmål til, og som det da var opp til oppdragsgiver å foreta en nærmere vurdering av, med eller uten min videre bistand.

I oppsummeringen oppgir MRR at det ikke er hensiktsmessig å gå videre med slike undersøkelser/vurderinger. Det er heller ikke mulig for Havparken å få disse spørsmålene belyst i noe rettsapparat slik rapporten forutsetter, da de er hypotetiske når konkurransen er avsluttet.

Disse punktene/anklagene om mulige regelbrudd blir dermed hengende ved Havparken, selv om det er redegjort for at Havparken ikke er enig. Havparken finner dette lite tilfredsstillende.

I RSK 001 Standard for forvaltningsrevisjon, punkt 22, står følgende:

På bakgrunn av revisors vurderinger, skal revisor konkludere på problemstillingen(e).

Det antas at bakgrunnen for denne plikten til å konkludere er at ikke anklager/påstander skal "løftes opp" i en revisjonsrapport uten at revisor faktisk vurderer anklagene. De problemstillinger det ikke konkluderes på bør etter Havparkens oppfatning ikke være en del av rapporten, og slik vi forstår revisjonsstandarden skal de heller ikke være det i en revisjonsrapport. Det å konkludere med at revisor ikke kan konkludere er ikke en konklusjon.

Vi er klar over at det i innledningen fremgår at:

Det ble tidlig avklart med kontrollutvalget at problemstillingene om anbud og avtaler skulle løses som en undersøkelse og ikke en ordinær forvaltningsrevisjon.

Når det i en slik undersøkelse konkluderes med at det ikke er grunnlag for å gå videre med enkelte spørsmål, bør likevel ikke dette fremkomme ved at en anklage/påstand om mulig regelbrudd gjengis uten noen form veiledning. Det er tale om alvorlige anklager, og uskyldspresumpsjonen gjør at konklusjonen da som et minimum må være at MRR ikke har funnet tilstrekkelig grunnlag for anførselne/påstandene til å gå videre med saken.

3 AVSLUTTENDE KOMMENTARER

Som det tidligere er redegjort for har denne saken vært belastende for Havparken, ikke minst fordi en del politikere og presse har viderefremmet feilinformasjon som sannsynligvis stammer fra sterke interessegrupper som er motstandere av prosjektet.

Det er faglig uenighet mellom advokat Friberg og undertegnede om det er gjort noen mindre feil i prosessen, men vi mener å ha grundig tilbakevist at de grove anklagene som er fremsatt gjentatte ganger i ulike fora ikke har noen rot i virkeligheten. Det var derfor svært skuffende å lese advokat Fribergs notat, hvor flere av anklagene ble gjentatt uten at det ble vist til konkrete fakta eller bevis, og hvor lov og forskrift ble strukket på en måte det ikke er grunnlag for.

Havparken mener at det på nytt ble tilbakevist at anklagene ikke stemmer, og at Friberg måtte erkjenne det – men valgte å skrive det slik at det ikke fremgikk direkte. Det er da uheldig at det hele ender med at MRR konkluderer med å ikke konkludere. Ovenfor er det vist at MRR vil være i full stand til å ta stilling til de gjenværende mindre uenigheter, med unntak av to punkter. Dette er ikke vurderinger hvor man er avhengig av å være advokat for å vurdere saken. Dette er rene faktumvurderinger, som kan foretas av revisorer eller andre. Vurderingene er heller ikke tidkrevende.

For de gjenværende to punktene der Friberg anfører at det foreligger regelbrudd (kulepunkt 1 og 3) ser vi at det blir en mer skjønsmessig og komplisert vurdering, hvor ulike personer kan ha ulike oppfatninger.

Når det gjelder "mulige regelbrudd" mener vi at det ikke er grunnlag for å ta disse med, når det ikke er foretatt noe videre arbeid med å kartlegge problemstillingene – og det heller ikke foreligger planer om å gjøre det.

Med vennlig hilsen
TENDEN ADVOKATFIRMA ANS


Anders Hauger
advokat
ah@tendenadvokat.no

VEDLEGG 15 KOMMENTAR TIL NOTAT FRA ADV ANDERS HAUGER AV 11.NOVEMBER 2022 – FRA ADV FRIBERG (14.11.22)



NOTAT

Til: Møre og Romsdal Revisjon SA
Fra: Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Oslo, 14. november 2022
Saksnr.: 20220173
Ansvarlig advokat: Trine Friberg

KOMMENTARER TIL NOTAT FRA ADVOKAT ANDERS HAUGER AV 11. NOVEMBER 2022

1. INNLEDNING

Jeg viser til notat fra advokat Hauger av 11. november 2022 (feildatert til 22. oktober 2022), hvor det er gitt tilbakemelding på utkast til rapport om Havparkenselskapene – Del 1.

Jeg har blitt anmodet om å kommentere hvorvidt jeg deler Haugers oppsummering av hva vi per dags dato er hhv. enige og uenige om når det gjelder omfanget av regelbrudd som heftet ved avlyst konkurranse om opparbeidelse av næringsareal på Bolgneset i Kristiansund kommune.

Som det fremgår av oppsummeringen i høringsutkastet til rapport, konkluderte jeg i mitt notat av 26. april 2022 med 5 regelbrudd, samt 4 mulige regelbrudd. Hauger har i sitt notat lagt til grunn at jeg i mitt notat av 8. juli 2022 har frafalt 3 av 5 konstaterte regelbrudd, direkte eller indirekte, og at det er følgende konklusjoner om regelbrudd som gjenstår:

- Tildelingskriteriet «*Lavest eierandel*» fremstår som uklart, og/eller anses ikke som egnet som grunnlag for identifisering av lavest pris, jf. punkt III, 1 og 2 nedenfor.
- «*Konkurranskriteriene*» fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 14.3 synes uforenlige med anskaffelsesforskriftens system for gjennomføring av en konkurranse. Alternativt fremstår kriterienes status/betydning som uklare, med den konsekvens at konkurransegrunnlaget anses for uklart, og derved i strid med kravet til forutberegnelighet i LOA § 4, jf. punkt III, 3 nedenfor

Dette er jeg ikke enig i; det er kun konklusjonen om regelbrudd som følge av manglende kontraktsbestemmelser som er frafalt. Dette grunnet nye opplysninger om at slike var vedlagt konkurransegrunnlaget.



Når det gjelder kvalifikasjonskravet om innarbeidede SHA- og HMS-systemer, er jeg ikke overbevist om at dette er et lovlig kvalifikasjonskrav, jf. punkt 2.1 nedenfor. Det erkjennes dog at spørsmålet er beheftet med usikkerhet, hvilket tilsier at konklusjonen omkategoriseres til et «mulig regelbrudd». Samtidig poengteres at dette uansett anses som et bagatellmessig regelbrudd, som neppe har virket konkurransebegrensende, og derfor er av underordnet betydning.

Videre fastholdes at tildelingskriteriet «Gjennomføringstid» var uklart, og derved ulovlig, jf. kommentarene under punkt 3.2 nedenfor. På samme måte som forannevnte, anses også dette regelbrudd av mer underordnet betydning, jf. muligheten oppdragsgiver hadde til å klargjøre og derved reparere regelbruddet etter tilbudsfrist.

2. NÆRMERE BEGRUNNELSE

2.1 Ad kvalifikasjonskravet om innarbeidede SHA- og HMS-systemer

I mitt første notat ble det lagt til grunn at kravet om «*innarbeidede SHA- og HMS-systemer*» ikke var dekket av den dokumentasjonen det er lovlig adgang til å kreve i FOA 16-7:

§ 16-7. Kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder

(1) *Oppdragsgiveren kan kreve fremlagt attester utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren oppfyller visse kvalitetssikringsstandarder, inkludert krav til universell utforming. Slike kvalitetssikringsstandarder skal være basert på relevante europeiske standardserier som er sertifisert av akkrediterte organer. Oppdragsgiveren skal godta tilsvarende attester utstedt av organer i andre EØS-stater.*

.....

3) Oppdragsgiveren skal godta annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak eller miljøledelsestiltak dersom leverandøren ikke har mulighet til å få slike attester innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv. Dette forutsetter at leverandøren dokumenterer at disse tiltakene tilsvarer de etterspurte kvalitetssikringsstandardene eller miljøledelsessystemene eller -standardene.

Denne oppfatningen var basert på ordlyden, min erfaring med anskaffelser hvor det er oppstilt krav om kvalitetssikringssystem, og min erfaring med bygg- og anleggsbransjen. Etter min oppfatning er det ikke naturlig å sette likhetstegn mellom et KS-system og «SHA- og HMS-systemer». Et KS-system er – slik jeg har forstått det – et system som skal sikre rett kvalitet hva gjelder aktuelle bygg eller anlegg. Herunder både oppfyllelse av krav som følger av plan- og bygningsloven med tilhørende forskrifter, og spesifiserte



krav til ytelsen fra byggherrens side. SHA- og HMS-systemer sikrer etterlevelse av lovpålagte krav i arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter, herunder typisk byggherreforskriften og internkontrollforskriften. Det kan i den forbindelse vises til hvordan Direktoratet for byggkvalitet omtaler et kvalitetssikringssystem:

«2. *Krav til kvalitetssikringsrutiner*

Foretak som påtar seg ansvarsrett skal ha skriftlige rutiner som sikrer at krav i plan- og bygningslovgivningen etterleves. Kvalitetssikringsrutiner skal være tilpasset hvert enkelt byggetiltak og ansvaret og oppgavene foretaket har i prosjektet. Kravene som stilles til kvalitetssikringsrutiner vil variere i omfang, avhengig av størrelse på foretaket og hvilket ansvarsområde foretaket har i prosjektet. Rutiner må tilpasses spesielt for det enkelte prosjektet. Kvalitetssikringsrutiner skal være skriftlige og kan være egenutviklet av foretaket eller basert på et innkjøpt system.

Kravene til kvalitetssikring etter byggesaksforskriften skal først og fremst bidra til at tiltaket er prosjektert og utført i samsvar med byggteknisk forskrift. Krav utover byggteknisk forskrift, eksempelvis krav som følger av privatrettslige avtaler, omfattes ikke. Kravene til kvalitetssikring skal også sikre dokumentasjon for oppfyllelse av kvalitetskravene og krav i arealplaner og tillatelser. Kvalitetssikringsrutinene skal dessuten bidra til at foretaket følger kravene til byggesaksprosessen. Bruk av rutiner og sjekklister skal sikre sporbarhet og dokumentere at foretaket har ivaretatt sitt ansvar og funksjon.

Krav til kvalitetssikringsrutiner følger av SAK10 § 10-1. Rutinene skal omfatte

- 1. rutiner for å identifisere, ivareta, verifisere og dokumentere oppfyllelse av krav til tiltaket gitt i eller i medhold av pbl og som er relevante for foretakets oppgave og ansvarsområde*
- 2. rutiner for å ivareta de plikter og oppgaver som ligger til foretakets ansvar og funksjon*
- 3. rutiner for å styre andre foretak som foretaket knytter til seg*
- 4. rutiner for avviksbehandling»*

Det kan også nevnes at en kollega – som tidligere har vært ansatt i MEF – deler oppfatningen om at det ikke er naturlig å henføre et krav om dokumentasjon for innarbeidede SHA- og HMS rutiner under den type dokumentasjon som kan kreves iht. FOA § 16-7.

I mangel av kjente rettskilder hvor dette er problematisert, og basert på argumentasjonen i advokat Haugers siste notat, synes imidlertid spørsmålet beheftet med en viss usikkerhet. Dette tilsier at regelbruddet omkategoriseres til et «mulig regelbrudd». Som foregripet innledningsvis, anses dette som et regelbrudd av underordnet betydning, som neppe har hatt betydning for den mislykkede konkurransen.



2.2 Ad tildelingskriteriet «Gjennomføringstid»

Advokat Hauger har i sitt notat punkt 2.2 sitert følgende utsagn fra mitt notat av 8. juli 2022,

«Jeg kan ikke se at det ved vurderingen av om tildelingskriteriet er uklart, slik det fremgår av kunngjøring/konkurransegrunnlag, er relevant at oppdragsgiver vil ha en mulighet til å klargjøre kriteriet under forhandlingene. Samtidig er jeg enig i, at denne feilen ville ha kunnet bli rettet opp ved klargjøring, «innenfor de såkalte ATI-kriteriene», jf. henvisningen til disse» (Min understrekning)

Det er ingen holdepunkter i dette utsagnet for at jeg har frafalt oppfatningen om at tildelingskriteriet var uklart. Jeg stiller meg uforstående til Haugers kommentar om at min konklusjon er basert på et «hypotetisk alternativt hendelsesforløp», og derved ikke relevant. Det er, snarere tvert om, advokat Hauger som legger til grunn et hypotetisk hendelsesforløp, når det hevdes at regelbruddet de facto hadde blitt reparert dersom konkurransen hadde blitt fullført.

Oslo, 14. november 2022

WAHL-LARSEN ADVOKATFIRMA AS

Trine Friberg
Advokat

VEDLEGG 16 SAKSFRAMLEGG FORMANNSKAPET - BOLGNESET GÅR FRA FASE 1 TIL FASE 2 - OVERORDNET AVTALE MED ENTREPRENØRFELLESSKAPET HOLTH/HÆHRE



Kristiansund kommune

I medvind uansett vær

Arkivsak-dok. 20/09628-1
Saksbehandler Helge Hegerberg

Saksgang	Møtedato
Formannskapet	10.11.2020

Saksframlegg

Bolgneset går fra fase 1 til fase 2 - Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre

Rådmannens innstilling:

1. Prosjekt Bolgneset inneholder opparbeidelse av nytt næringsareal og etablering av et havteknologisenter innen havnæringer innenfor arealet som inngår i reguleringsplan R-293. Formannskapet godkjenner Overordnet Avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre.
2. Rådmann og styret i Bolgneset Utvikling gis fullmakt til å gjennomføre Overordnet Avtale, samt inngå underliggende avtaler med Holth/Hæhre og deres partner.

Saksopplysninger

Denne saken tar opp utbyggingen av nytt sjønært industriområde som møter utviklingen av havromsnæringer med ny havteknologi. Med behandlingen av en overordnet avtale med entreprenørfellesskapet Holth og Hæhre går veien videre til investorer og anleggsstart. Kristiansund kommune tilrettelegger for omstilling av næringer. Aktører som vil satse på havteknologi i en godt posisjonert kystby får muligheten til å vokse opp på Bolgneset.

Ved utgangspunktet i 2015 ble det tydelig at vi trengte mer industriareal for å bygge sjønært og sentralt i kommunen for å bygge landanlegg for havteknologi som var skreddersydd for omstillingen som myndighetene varslet. Vi mente den gang at en kompetanseoverføring på tvers av havromsnæringene ville være bra for miljøet, at det kunne skape nye arbeidsplasser med ressurser fra havet og at vi fikk til samarbeid med forskning og utdanning. Hav og Helse ble to av kommunens viktigste samfunnsoppdrag i verdiskaping.

Langs tidslinjen med konsekvensutredning og frem til endelig reguleringsvedtak 5. mars 2020 har prosjektet Bolgneset holdt stø kurs:

14. juni 2016 vedtok formannskapet å satse på Bolgneset med en utviklingsprosess i to faser:

Fase 1: Utrede, planlegge og innhente tillatelser for slike arealer, for deretter å inngå kontrakt for nedsprenning av fjellformasjoner, utfylling i sjø, bygging av infrastruktur og sikre retten til salg av steinmasser.

Fase 2: Etablere et havteknologisenter for å starte opp marin næringsvirksomhet.

Formannskapets enstemmige vedtak var som følger:

- 1. Formannskapet støtter enstemmig planene om å utvikle og tilrettelegge sjønære arealer for å etablere et havteknologisenter fra Bolgneset og vestover på Freiøya.*
- 2. Rådmannen får i oppgave å sette ned en arbeidsgruppe med representanter for berørte fagområder i kommunen til å organisere arbeidet i en innledende fase med status for kommuneplan, arealplan, reguleringsplan og bestemmelser. Arbeidsgruppa avklarer regulering og en eventuell konsekvensanalyse, etablerer kontakt med andre myndighetsorganer, og foretar en vurdering om å sette på en prosjektleder med erfaring fra lignende prosesser. Alle andre avklaringer med utnyttelser og funksjoner, slik som veier og annen infrastruktur, legges frem til politiske organer.*
- 3. Det legges frem for formannskapet til godkjenning et utkast til avtale med en entreprenør/spreng- og knuseoperatør, med rettigheter og plikter, som kan utvikle området i et lengre perspektiv med en helhetlig arealløsning hvor uttak av offshore steinmasser fra Bolgneset inngår.*
- 4. Oppdraget legges ut på Doffinbasen i tråd med lov om offentlige anskaffelser.*

Kommunalt aksjeselskap

Etter forslag fra rådmannen, vedtok bystyret 13. desember 2016 å erstatte arbeidsgruppa med et kommunalt aksjeselskap med et politisk og administrativt sammensatt styre. Begrunnelsen for AS-modellen var at et kommunalt aksjeselskap i hovedsak er et eget selskap som har et spesifikt mandat, som selskapet erfaringsmessig vil være mer fokusert på å gjennomføre enn en kommunal arbeidsgruppe.

Et aksjeselskap vil ha et eget styre, og styremedlemmene vil ha fokus på sine verv, og forutsettes en sterk motivasjon for oppgaven. Det vurderes som et klart fortrinn at et aksjeselskap i sin bemanning kan inkludere politisk kunnskap og vurderinger. Prosjektleder vil ha entydige rapporteringslinjer. Aksjeselskapet vil være underlagt rådmannen og de politiske folkevalgte på en tydeligere måte enn en arbeidsgruppe. Et operativt aksjeselskap vil ha jevnlig styrerapporter og en målbar økonomi.

Formannskapet utnevnte 24. januar 2017 tre politisk valgte styremedlemmer. Rådmannen utnevnte senere to representanter fra administrasjonen.

Selskapets formål og mandat er formulert i formålsparagrafen:

«... å tilrettelegge for etablering av et havteknologisenter, og utvikle sjønære arealer fra Bolgneset og vestover til slik næringsvirksomhet.»

Dette er Fase 1 og de fikk følgende hovedoppgaver:

- * Gjennomføre en reguleringsprosess med konsekvensanalyse på Bolgneset
- * Oppnå godkjenning av reguleringsplan

* På vegne av Kristiansund kommune forhandle frem erverv av eiendommer innenfor området

* Inngå avtale med entreprenør om å utvikle næringsarealet

Oppsummering av fase 1:

Reguleringsprosessen startet vinteren 2017. Et planprogram ble godkjent av plan- og bygningsrådet 14. desember 2018. Konsulentfirmaene Norconsult (Bergen) og Rambøll (Lillehammer) ble engasjert.

Godkjennelse av reguleringsplanen ble lagt frem uten innsigelser fra offentlige instanser eller private berørte parter. Fremleggelse først i plan- og bygningsrådet. Den ble enstemmig vedtatt. Deretter lagt frem i bystyret som godkjente reguleringsplanen 5. mars 2020 med 30 mot 15 stemmer.

To politiske klager dukket opp etter bystyrets vedtak. Den ene var en lovlighetsklage og det var en klage mot selve planen. Begge klagene ble avvist i bystyret 18. juni. Bystyret opprettholdt sitt vedtak fra 5. mars. Lovlighetsklagen skal i siste instans behandles av Fylkesmannen, der den ennå ligger.

Erverv av eiendommene innenfor planområdet

Kommunale oppkjøp av eiendommer ved nåværende planområde Bolneset har pågått siden 2013. De øvrige eiendommene er ervervet fra 2017, og alle gjennom frivillige avtaler. Til sammen er det i 2013 og i perioden 2017-2020 ervervet samlet ca. 480 dekar innenfor planområdet til en samlet pris på ca. 27 mill. kr.

Prisen i 2013 var på kr. 110 per kvm. I perioden 2017-2020 er gjennomsnittsprisen på ca. kr. 60. Kommunen har også løst ut en opsjon som Mekvik Maskin AS hadde på et nærmere angitt område langs sjøen.

I november 2018 kjøpte kommunen selskapet Vadsteinsvika Eiendom AS som var eier av et større areal helt i vest av planområdet.

Formannskapet vedtok på generalforsamlingen 11. juni 2019 å endre navn til Bolneset Eiendom AS med samme styresammensetning som i Bolneset Utvikling AS. Selskapene er å forstå som søsterselskaper. De drives parallelt.

Formannskapet vedtok 11. juni 2019 også å overføre alle eiendommer innenfor planområdet til Bolneset Eiendom AS. Overføringen gjennomføres som tingsinnskudd, som innebærer at verdien på kommunens aksjekapital øker med eiendommenes verdi. Tingsinnskuddet settes til eiendommenes kjøpspris, inkludert omkostninger for oppmåling, fradeling og overskjøting (dokumentavgift). I henhold til kjøpsavtalene med grunneierne skal disse omkostningene betales av Kristiansund kommune. Samlet utgjør det ca. 1,5 mill. som er beregnet ut fra de gebyrer oppmålingsavdelingen har fastsatt som gjeldende regulativer.

Oppmåling, fradeling og overskjøting vil bli gjennomført på nyåret 2021.

Prekvalifisering av entreprenør

Formannskapet vedtok i 2016 som en del av premissene for utvikling av området, at oppdraget til entreprenør skulle konkurranse-utsettes. Bolgneset Utvikling AS utlyste våren 2019 en åpen offentlig anbudskonkurranse etter lov og forskrifter om offentlige anskaffelser. Konkurransereformen var «konkurranse med forhandling i to trinn», med prekvalifikasjon i trinn 1 og deretter forhandling og kontraktsinngåelse i trinn 2.

Det var stor interesse for oppdraget, men oppdragets størrelse og konkurransekriteriene tilsa at kun entreprenørfellesskapet Gunnar Holth Kristiansund AS og Entreprenør Hæhre AS ble kvalifisert. Holth/Hæhre ble i trinn 1 av konkurransen pre-kvalifisert i henhold til kriteriene om kompetanse, erfaring, økonomisk soliditet, HMS og gjennomføringsevne.

Holth/Hæhre har tidligere gjennomført store oppdrag i Kristiansundsregionen med etableringen av Vikan Øst (Vestbase), utvidelse av Kvernberget flyplass og utspregningen av Hestvikholmene i Averøy. Oppdragene er nesten identiske med oppgaven de får på Bolgneset, med betydelige utspregninger, masseforflyttinger, utfylling, knusing - samt produksjon av pukk til overdekking av offshore havbunnsutstyr og gassledninger.

Overordnet avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre

Formannskapet vedtok 14. juni 2016 følgende:

- * Det legges frem for formannskapet til godkjenning et utkast til avtale med en entreprenør/sprenge- og knuseoperatør, med rettigheter og plikter, som kan utvikle området i et lengre perspektiv med en helhetlig arealløsning.

Etter prekvalifiseringen er det fremforhandlet en Overordnet Avtale med Holth/Hæhre, som legges frem for formannskapet til godkjenning.

Overordnet avtale gir følgende føringer:

- Opparbeidelse av ca. 500 dekar nytt næringsareal med betydelige nedspregninger av fjell og utfyllinger i sjø, i tråd med vedtatt reguleringsplan.
- Oppdraget skal gjennomføres i to byggetrinn. Det er oppstart i vest med felles nedfartsvei fra Vadsteinsvikveien ned Daumannsdalen.
- Før oppdraget starter opp, skal partene fremforhandle en mer detaljert entreprenøravtale.
- Holth/Hæhre har som pre-kvalifisert posisjonen for sluttforhandlinger med kommunen om en slik entreprenøravtale.
- Godtgjørelsen for oppdraget skal fullt og helt godtgjøres med eierandeler i Bolgneset Eiendom AS, uten kontantvederlag fra Bolgneset Utvikling AS eller Kristiansund kommune.
- Holth/Hæhre ønsker en partner/medinvestor som deltar med en andel av entreprisekostnadene.
- Styret og rådmann gis fullmakt til å gjennomføre sluttforhandlingene og inngå nødvendige underliggende avtaler med Holth/Hæhre og deres partner.

Økonomi

Den økonomiske modellen for å opparbeide det nye næringsarealet på Bolgneset, innebærer at kommunen ikke skal bidra med kontantvederlag. Kommunen betaler med medeierskap til næringsarealet.

Risikoen for kostnader knyttet til opparbeidelsen er plassert hos entreprenør i samarbeid med finansiell partner/investor – som vil være hovedeier til området. Privat kapital vil stå for investeringen.

Verdien på kommunens gjenværende eierandel i næringsarealet er satt lik verdien på kommunens kostnader knyttet til reguleringsprosessen og erverv av eiendommer. Denne verdien vil kommunen på et senere tidspunkt få tilbakebetalt av investorene.

Bolgneset Utvikling AS ble stiftet i 2017 med en aksjekapital på 1 mill. kr. For å finansiere planprosessen, ble aksjekapitalen utvidet i to omganger slik at samlet innskutt aksjekapital nå er på 5,5 mill. kr. I tillegg har selskapet aksjonærlån på 5.1 mill.

Bolgneset Utvikling AS har siden oppstarten i januar 2016 samlet hatt kostnader på ca. 10 mill. kr. frem til og med første halvår 2020. Disse kostnadene er hovedsakelig gått til teknisk utredningsbistand i planprosessen i regi av Norconsult og Rambøll, noe juridisk bistand, og et gebyr til kommunens planavdeling. En mindre del av kostnadene er møtevirksomhet, reise- og kontorutgifter.

Prosjektledelse: Rolf-Henning Blaasvær ble tidlig engasjert som prosjektleder, og i januar 2017 ble det inngått avtale som prosjektleder og daglig leder i Bolgneset Utvikling. Blaasvær har i prosjektets levetid gjennom fase 1 arbeidet uten godtgjørelse på en «no cure, no pay» avtale som betyr at Blaasvær har arbeidet vederlagsfritt frem til godkjenning og kontrakt med entreprenør. Reiser og kostnader til administrasjon er betalt av BU.

Hvis prosjektet med utbygging blir realisert, vil daglig leder motta en trinnsvis bonus fordelt over de åtte til ti årene det tar å opparbeide Bolgneset. Blaasværs avtale er knyttet til entreprenør. Kommunen vil ikke ha noen økonomiske forpliktelser knyttet til dette.

I tillegg ble Blaasvær daglig leder for Bolgneset Eiendom i 2019 for en periode, inntil entreprenør inngår kontrakt for opparbeidelsen. Avtalen er midlertid og det betales ikke lønn eller godtgjørelse.

Fase 2, status og planer

Bolgneset Utviklings oppgaver i fase 2 vil bestå av markedsføring og promotering av det nye havteknologisenteret og tilrettelegge for aktivitet. Formålsparagraf for Bolgneset Utvikling AS endres tilsvarende:

«Selskapets formål er å markedsføre havteknologisenteret på Bolgneset og tilrettelegge for aktører som vil etablere seg der.»

Bakgrunnen for at selskapet nå går inn i fase 2, står omtalt i saksfremlegget for formannskapet 16. november 2016:

«En næringsutvikling forutsetter en vellykket arealutvikling. Det starter med det siste. Det er åpenbart at utviklingen av et havteknologisenter i tidlig fase bør skje parallelt med at areal blir ferdigstilt etter uttak av steinmasser og planering. Prosjektet vil ha et innhold som er i takt med det ønskede grønne skiftet i norsk næringsliv.»

Et utviklingsselskap for havteknologi som ny næring kan være i posisjon til å få offentlige tilskudd. Arealutviklingen vil normalt ikke få det.»

Vurdering

Bolneset Utvikling AS har målrettet gjennomført sine planer for å skaffe nytt næringsareal til omstilling og utvikling av nye produkter og teknologier. Det er holdt stø kurs i arbeidet. Det som ble lagt frem i første runde av saksbehandlingen for fire og et halvt år siden, står fortsatt ved lag. Verdiskaping fra havet blir viktig for utviklingen av Kristiansunds-regionen i et generasjonsperspektiv. Med denne modellen får vi frem nytt areal for nye næringer raskt og med liten risiko.

Nå sitter vi med muligheten om å få armslag til å tenke nytt og større. Dette er et utviklingsprosjekt som vil få stor betydning for allerede etablerte aktører og alle nye som vil prøve seg. Havnæringer kan samarbeide med forskning og høyere utdanning. Vi er langt inne i grønn omstilling for alle næringer og bransjer.

Styret og daglig leder har arbeidet systematisk for å finne frem til ei god tomt og fått til avtaler med grunneiere. Planene er møtt med stor interesse fra mange miljøer nasjonalt og regionalt, og vi er glad for det økonomiske samarbeidet som er inngått med Møre og Romsdal fylkeskommune om partnerskap over tre år innen markedsføring av Bolneset. Fylket bidrar med 2,5 mill. kroner.

Kommunen har vært gjennom en kvalifisering og valgt entreprenører som har kraft nok til å gjennomføre anleggsdelen hurtig, effektivt og sikkert. Entreprenørene vil i tillegg trekke med investorer.

Rådmann og styret tar ansvaret for forhandlingene mellom kommunens to selskaper og Holth/Hæhre - og rådmann gis fullmakt til å sluttbehandle dette.

Det blir i 10. november gjennomført ekstraordinære generalforsamlinger for begge selskapene for å tilpasse vedtektene til fase 2. Ny formålsparagraf er foreslått til ekstraordinær generalforsamling. Bolneset Utvikling AS fortsetter som et heleid kommunalt utviklingsselskap med vekt på markedsføring.

Bolneset Eiendom AS skal være hjemmelshaver til eiendommene innenfor planområdet. I henhold til Overordnet Avtale som legges frem nå, vil entreprenør bli medeier i Bolneset Eiendom AS ved at godtgjørelsen for tilretteleggingen av området konverteres til aksjer. Partenes individuelle styrerepresentasjon speiler partenes eierandeler med rettigheter og forpliktelser. Dette blir avklart gjennom forhandlinger om nye vedtekter. Saksfremlegget til ekstraordinær generalforsamling i Bolneset Eiendom beskriver dette. Se også hvordan valg av styremedlemmer vil skje.

Arne Ingebrigtsen

Rådmann

PROBLEMSTILLING 1 B - KONKURRANSE DAGLIG LEDER

VEDLEGG 17 NOTAT WLA V/FRIBERG OM ENGASJEMENTAVTALE OG REGLENE OM OFFENTLIG ANSKAFFELSE (07.09.2022)



NOTAT

Til: MØRE OG ROMSDAL REVISJON SA
Deres ref.:
Fra: Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Saksnr.: 20220173
Ansvarlig advokat: Trine Friberg

VURDERING AV HVORVIDT AVTALE INNGÅTT MELLOM BOLIGNESET UTVIKLING AS OG ROLF HENNING BLAASVÆR 1. FEBRUAR 2017 MED TILLEGGSAVTALE 22. APRIL 2021 VAR EN ULOVLIG DIREKTE ANSKAFFELSE

1. INNLEDNING

Jeg har fått i oppdrag å vurdere hvorvidt avtalen som ble inngått mellom Boligneset Utvikling AS (BU) og Rolf-Henning Blaasvær (RHB) den 1. februar 2017 om engasjement som daglig leder, med tilleggsavtale 22. april 2021, var en ulovlig direkte anskaffelse. Med ulovlig direkte anskaffelse menes «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», jf. merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

KOFA tok ikke stilling til dette ved sin avgjørelse i KOFA-sak 2021/1606. Dette fordi klagen ikke var innsendt til KOFA innen fristen på 2 år etter kontraktsinngåelse, jf. klagenemndsforordningen §13a andre ledd. KOFA uttalte dog at «*mye*» kunne tale for at det «*reelt sett dreide seg om innkjøp av konsulenttjenester*», som kunne være kunngjøringspliktig.

2 OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Avtalene som ble inngått mellom BU og RHB fremstår *reelt sett* som et oppdrag om utførelse av tjenester iht. FOA § 4-1 c, og ikke en ansettelseskontrakt. Følgelig kunne avtalene ikke inngås med hjemmel i unntaket for ansettelsesavtaler iht. FOA § 2-4 bokstav f). Jeg er heller ikke kjent med forhold som skulle tilsi at andre unntaksbestemmelser fra regelverket kommer til anvendelse.

Avtalt bonus var estimert til 18,5 millioner. Det kan således ikke være tvilsomt at tjenestekontrakten skulle ha vært kunngjort iht. FOA del I og del III, jf. at EØS-terskelverdien per februar 2017 var 1,75 mill. eks. mva. Manglende kunngjøring innebærer at avtalen var en ulovlig direkte anskaffelse, hvilket samtidig innebærer at tilleggsavtalen også anses som en ulovlig direkte anskaffelse.

Domstolene har – i likhet med KOFA – imidlertid ikke kompetanse til å ilegge sanksjoner iht. LOA § 13 (kjenne kontrakten uten virkning) og § 14 (avkorte løpetid el. idømme overtredelsesgebyr).



Under neste punkt vil det bli redegjort for vurderingen som har ledet frem til dette standpunktet.

3 VURDERING

3.1 Generelt

FOA § 2-4 bokstav f) fastsetter at lov og forskrift om offentlige anskaffelser ikke gjelder for ansettelseskontrakter. Hensynet bak unntaket er at det ved ansettelser må tas andre hensyn enn ved anskaffelser av konsulentoppdrag, og at konkurranse om slike stillinger er sikret gjennom det offentliges plikt til å lyse ut ledige stillinger, og vurdere kandidatene på bakgrunn av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Om grensen mellom ansettelsesavtaler og konsulentoppdrag skriver Dragsten¹ følgende:

«Ved grensedragningen skal det ses hen til i hvilken grad oppdragsgiver har instruksjonsmyndighet ovenfor vedkommende, risiko- og ansvarsfordeling, hvordan vederlaget for innsatsen ytes, skatterettslig innretning osv.»

Avgjørelsen fra KOFA i sak 2010/24 illustrerer på en god måte hvilke momenter som er relevante ved vurderingen. Saken gjaldt kontrakt om innleie av en konsulent som skulle fylle stillingen til administrerende direktør som sluttet på dagen. Oppdraget ble ikke kunngjort. Nemnda mente det var tale om en konsulenttjeneste, ikke en ansettelsesavtale, og at det da forelå vanlig kunngjøringsplikt. Det ble ilagt et overtredelsesgebyr på 500 000 kroner.

KOFA uttalte følgende på generelt grunnlag:

(36) Ved fastleggningen av hva som er å regne som en ansettelseskontrakt, må det sees hen til hvordan begrepet "arbejdsaftaler" i EU-direktivet skal forstås. Dette er et EU-rettslig begrep, som må tolkes på bakgrunn av EU-rettslige kilder, og ikke etter nasjonal rett.

(37) Det er få kilder som sier noe om hvilke momenter som er relevante ved EU-rettslig tolkingen av begrepet "arbejdsaftaler" i anskaffelsesregelverkets forstand. I Steinicke og Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver med kommentarer, 2008, side 656 står det:

"Afgrænsningen mellem arbejdsaftaler og andre tjensteydelseskontrakter giver kun sjældent anledning til tvivl, idet en arbejdsaftales karakteristika typisk er markant forskellige fra andre kontrakter om udførelse af tjensteydelser. I tvivlstilfælde må der formentlig lægges vægt på momenter som omfanget af myndighedens instruktionsbeføjelse, risiko- og ansvarsfordeling, vederlagsordningen samt indretningen i andre relationer, bl.a. skatteretligt."

¹ Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser. Regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget, 2013 [s. 98, Juridika](#) (kopiert 19. mai 2022)



Videre var den konkrete vurderingen som følger:

«(38) Avtalen mellom innklagede og valgte leverandør har overskriften "Avtale om kjøp av konsulenttjenester" og fremstår i det ytre som en normal konsulenttjenesteavtale. Innklagede la i anskaffelsesprotokollen til grunn at det var en slik avtale. Det har da presumpsjonen for seg at det også i realiteten er en konsulentavtale. Det er således det motsatte synspunkt, at avtalen må anses som en ansettelsesavtale, som må sannsynliggjøres.

(39) Det er riktig, som fremhevet av innklagede etter at klagesaken kom opp, at avtalen inneholder flere momenter som etter norsk rett tradisjonelt, ved tvilstilfeller, er vektlagt i retning av å anse en person som arbeidstaker. Etter avtalen har innklagede en betydelig instruksjonsrett over leverandøren. Det vises til at etter avtalen punkt 2.1 er leverandøren underlagt "gjeldende stillingsinstruks for administrerende direktør". Det er i samme punkt i avtalen også vist til helseforetaksloven § 37 første ledd, som lyder: "Daglig leder forestår den daglige ledelsen av foretaket og skal følge de retningslinjer og pålegg som styret har gitt.". Videre er det etter avtalen punkt 2.4 og 2.5 klart at avtalen krever en personlig ytelse, presumptivt fra Ingar Pettersen, selv om det åpnes for å fravike dette ved enighet mellom partene. Det kan heller ikke utledes noen resultatforpliktelse av avtalen.

(40) I retning av at det i realiteten er tale om en ansettelsesavtale, og ikke en konsulentanskaffelse, taler også at når avtalen ble forlenget 9. desember 2009, var avtalepartene innklagede og Ingar Pettersen & Co AS. Det synes således klart at avtalen er knyttet til Ingar Pettersens person.

(41) At avtalen er knyttet til en innsatsforpliktelse fra Ingar Pettersen kan imidlertid ikke være avgjørende. Det er ikke uvanlig at konsulentavtaler er knyttet både til en bestemt person, og ikke innebærer noen resultatforpliktelse.

(42) Det er også flere momenter i avtalen som trekker i retning av å anse den som en konsulentavtale. Det vises særlig til at oppgjør skjer etter faktura der merverdiavgift skal spesifiseres. Innklagede betaler således ikke de sosiale kostnader som følger med en ansettelseskontrakt, som arbeidsgiveravgift og feriepengar. Andre lovpålagte sosiale goder for en arbeidstaker er ikke nevnt, som for eksempel ferie og sykefravær. Det preseptoriske oppsigelsesvern for arbeidstakere er fraveket ved avtalen punkt 6, der det står at "Avtalen kan sies opp av begge parter med 30 dagers varsel".

(43) Det vises videre til ordlyden i avtalen punkt 2.1 der ytelsen er beskrevet som: "management for hire", hvilket også trekker i retning av at avtalen i realiteten er ment som en konsulentavtale.

(44) Det vises også til at avtalen forutsetter at Ingar Pettersen ikke jobber eksklusivt for innklagede når det i punkt 3 står: "Til fradrag i avtalt månedsrate går dager som konsulenten nytter til andre oppdrag".

(45) På tross av at det, som nevnt over, er momenter som kan trekke i retning å anse avtalen som en ansettelseskontrakt, er klagenemnda etter en helhetsvurdering kommet til at de øvrige forhold taler for at foreliggende avtale er å anse som en konsulentavtale og dermed en tjenesteanskaffelse.



3.2 Konkret

Kollega Merete Bårdsen har i notat av 22. august 2022 bl.a. foretatt en vurdering av om RHB har et ansettelsesforhold, eller om han er selvstendig oppdragstaker. Konklusjonen er – ut fra en totalvurdering og basert på nasjonal rett – at RHB i realiteten ikke er ansatt i BU, nå Havparken Utvikling AS. De momenter hun vektlegger, jf. notatets punkt 5 a), tilsier at konklusjonen må bli den samme når det er det EU-rettslige begrepet «arbejdsaftaler» som skal legges til grunn, jf. KOFAs vurdering under foregående punkt.

Oslo, 07.09.22

WAHL-LARSEN ADVOKATFIRMA AS

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Trine Friberg', written over a horizontal line.

Trine Friberg
Advokat

VEDLEGG 18 TILSVAR FRA DAGLIG LEDER (14.09.22)

Rolf-Henning Blaasvær
Hystadstranda 33
3209 Sandefjord

Til
Møre og Romsdal Revisjon SA
v/ Marianne Hopmark SA
Ålesund / Molde

Den 14.september 2022

Svar

til MRR ang Notat 2 fra advokat Trine Friberg,

Ang Inngått Engasjementsavtale om utvikling av sjønært industriområde

Det vises til oversendt Notat fra advokat Trine Friberg datert 7.september 2022.

Notatet handler om inngått Engasjementsavtale mellom Kristiansund kommune/Bolghneset Utvikling AS og undertegnede datert den 1.februar 2017, er å anse som en Ulovlig direkteanskaffelse.

MRR v/ Marianne Hopmark ber om kommentarer til det som tas opp i Notatet. Engasjementsavtalen har slik undertegnede tidligere har forklart, tre parter; Kristiansund kommune, Havparken AS og undertegnede. Denne tilbakemelding er undertegnedes kommentarer. Tilbakemelding/kommentarer fra kommunen og Havparken ivaretas av andre.

1. Bakgrunn

Undertegnede savner at det redegjøres for bakgrunnen for at Engasjementsavtalen om å utvikle nytt næringsareal på Bolghneset ble inngått med nettopp undertegnede. Men det er jo noe advokat Friberg ikke har kunnskap om, så hennes vurdering må sees i lys av dette.

Bakgrunnen er kort fortalt:

Undertegnede ble engasjert av Statoil tilbake i 1992/1993 om å bistå med en endringsprosess i bl.a. selskapsstrukturen på oljeforsyningsbasen i Kristiansund. Resultatet ble at Statoil solgte seg ut av driftsselskapet (det som nå er kjent som Vestbase AS). Samtidig påtok Statoil seg sammen med den gang Saga Petroleum og Kristiansund kommune, eierskapet og ansvaret for å videreutvikle infrastrukturen i den stadig fremvoksende oljeforsyningsbasen i Kristiansund, da med Vestbase som leietaker.

Eiendomsselskapet Vikan Eiendom AS ble dannet, med Statoil som hovedaksjonær og Saga samt Kristiansund kommune som medaksjonærer. Undertegnede ble engasjert som daglig leder. Engasjementet varte frem til 2007. I den perioden hadde undertegnede ansvaret for til dels store og komplekse utbygginger av infrastruktur. Ikke minst en stor arealutvidelse - kjent som Østområdet - som innbefattet en krevende reguleringsprosess med konsekvensutredning, omfattende eiendomsserverv, og engasjement av entreprenør med sprengning og utskipning av overskuddsmasse.

Deretter engasjerte undertegnede seg i et tilsvarende prosjekt på Averøy. Her var undertegnede daglig leder for Averøy Eiendom AS, og prosjektleder for tilsvarende arbeidsoppgaver som for Vikan Eiendom AS. Dette engasjementet varte frem til 2012.

I tillegg arbeidet undertegnede i flere år med utredning av et tilsvarende større infrastruktur-prosjekt i Bjugn kommune, noe som dessverre ikke ble realisert.

I disse tre store prosjektene opparbeidet undertegnede seg en solid erfaring med å håndtere slike prosesser. Og ikke minst et kontaktnett for dette. Også innad i Kristiansund kommune.

Over en periode hadde Kristiansund kommune selv utredet byens avhengighet av oljebasert næringsvirksomhet, sett i lys av at denne næringen de neste årtier gradvis vil avta. Det ble utredet satsing på nye fremvoksende næringer, knyttet til havet. Til det ønsket kommunen å utvikle et helt nytt større næringsareal, som allerede var avsatt med dette formålet i kommunens arealplan. Kommunen ønsket å utvikle Bolgneset-området. Utfordringene her var ansett som ganske identisk med Østområdet; en krevende planprosess, uavklarte eiendomsforhold, og engasjement av entreprenør med spesialkompetanse.

Rådgiver Helge Hegerberg kontaktet da undertegnede, og forespurte om jeg kunne være villig til å være med på et slikt kommunalt prosjekt, ut fra min kompetanse og erfaring.

Etter at Hegerberg og undertegnede over en periode hadde utredet hva et slikt prosjekt på Bolgneset ville kunne innebære, sa undertegnede seg villig. Og kommunens tanker var modne for å fremlegges for kommuneledelsen. Dette ble gjennomført på det som i ettertid er kalt Oppstartsmøtet, og fant sted den 14.april 2015.

Sjelden er så mange ledere i en kommune samlet på ett og samme prosjektmøte; med ordfører, varaordfører, rådmann og rådgiver næringsseksjonen. Hegerberg og undertegnede presenterte prosjektplanene, og det ble der og da besluttet å igangsette prosjektet. Men kommunen hadde begrensede muligheter til å bevilge økonomiske midler. Derfor avtalen om «no-cure-no-pay». Etter at prosjektet ble enda mer modent og detaljtrudet, ble det fremlagt for Bystyret og godkjent der.

Undertegnede måtte kunne legge til grunn at kommunens øverste ledelse, både individuelt og i hvert fall samlet, på Oppstartsmøtet hadde den myndighet at de kunne forplikte kommunen. Eventuelle avklaringer mot ulike regelverk om å engasjere en konsulent til dette arbeidet, forutsatte undertegnede at var kommunens ansvar.

Oppsummert ble det konkludert med at det neppe var andre konsulenter tilgjengelig med nødvendig kompetanse og erfaring, som over flere år ville akseptere å arbeide vederlagsfritt «no-cure-no-pay» med en usikker success-fee først mange år frem i tid.

2. Størrelse på Success-fee

Det fremgår av Notatet fra advokat Friberg at *«avtalt bonus var estimert til 18,5 millioner.»*

Et slikt estimat var ikke tema da undertegnede ble engasjert i 2015, eller da Engasjementsavtalen ble inngått i 2017. Beløpet er «beregnet» av enkelte kritikere til prosjektet først nå de senere par årene. Bakgrunnen for et slikt regnestykke er at volumet på fast fjell i Planbeskrivelsen er anslått til 3,7 mill m³ fast fjell, og at successfee'n er avtalt til NOK 5,- pr m³.

Det må tilføyes at anslaget over antall m³ fast fjell - som for øvrig er gjennomført som en «skrivebordsøvelse uten oppmåling i terrenget» - er høyst usikker. Det er større sannsynlighet for at det blir mindre enn større volum, da forutsetningene for beregningen av de 3,7 mill m³ fast fjell, i ettertid er endret.

Det er imidlertid viktig å få med seg, at det fra dag én, er undertegnede som har hatt – og fremdeles har - risikoen for størrelsen på succesfee'n. Kommunen var under forhandlingene ikke villig til å sette et minimumsbeløp.

Undertegnede hadde ved avtaleinngåelsen også risikoen for at Succesfee'n kunne bli kroner null. Sannsynligheten for at prosjektet ikke lot seg gjennomføre, ble vurdert som høyere enn 50%. Dette baseres på at det var fire tidligere profesjonelle aktører/selskaper som vurderte og forsøkte å gjennomføre en reguleringsprosess, men ga opp. Dette var også en av begrunnelsene for at kommunen ikke løpende ville betale for engasjementet av en konsulent. Løsningen ble «no-cure-no-pay»

Jeg overlater til juristene å vurdere om det kan være en ulovlig direkteanskaffelse å inngå en kontrakt med en konsulent hvor sannsynligheten for at det ikke utbetales godtgjørelse er større enn 50%. Det fremkommer ikke i Notatet fra advokat Friberg at denne problemstillingen er behandlet.

Mvh

Rolf-Henning Blaasvær

PROBLEMSTILLING 2: ENGASJEMENTSAVTALER

VEDLEGG 19 NOTAT FRA WLA (22.08.22)



NOTAT

Til: MØRE OG ROMSDAL REVISJON SA
Deres ref.:
Fra: Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Oslo, 22. august 2022
Saksnr.: 20220173
Ansvarlig advokat: Merete Bårdsen

VURDERING AV INNHOLDET I AVTALE BL. A. OM BONUS MELLOM BOLGNESET UTVIKLING AS OG ROLF-HENNING BLAASVÆR ANG UTVIKLING AV SJØNÆRT INDUSTRIOMRÅDE PÅ BOLGNESET

1. INNLEDNING - OPPDRAGET

Jeg har fått i oppdrag av Møre og Romsdal Revisjon SA (MRR) å vurdere innholdet i en bonusavtale mellom Bolgneset Utvikling AS (BU) og Rolf-Henning Blaasvær (RHB), heretter benevnt «Bonusavtalen».

Jeg er senere også bedt om også å vurdere om selve inngåelsen av avtalen er skjedd på formelt riktig måte, samt en tilleggsavtale inngått mellom de samme partene 22.04.2021.

Oppdraget er en del av en bestilling MRR har mottatt fra Kristiansund kommune av en forvaltningsrevisjon, med utgangspunkt i etablering av et næringsområde på Bolgneset i Kristiansund kommune.

2. DOKUMENTASJON

Jeg har fått oversendt, og har gjennomgått, følgende dokumenter:

- Overordnet avtale for prosjekt Bolgneset, datert 02.11.2000
- Saksfremlegg vedr etablering av BU, datert 24.01.2017
- Bonusavtale mellom RHB og BU, datert 01.02.2017
- Stiftelsesdokumenter BU, datert 06.03.2017
- Avtale mellom RHB og Bolgneset Eiendom AS (BE), datert 09.10.2019
- Brev fra Havparken Kristiansund til MRR, datert 08.04.2022
- Klage til KOFA, datert 23.09.2021
- Tilsvar til KOFA, datert 11.11.2021
- Styrereferat, 17.01.2021
- Tilleggsavtale RHB, 22.04.2021
- Innkallinger til styremøter, 2020-2021



BU har i ettertid skiftet navn til Havparken Utvikling AS og BE har skiftet navn til Havparken Eiendom AS.

3. BONUSAVTALEN – KORT PRESENTASJON

Jeg vil innledningsvis kort presentere bonusavtalen, siden den danner grunnlaget for denne gjennomgangen. Deretter vil jeg redegjøre for hovedfunnene, gå nærmere inn på de enkelte punktene i avtalen, og til slutt peke på de elementene som jeg finner behov for å stille spørsmål ved.

Bonusavtalen er inngått mellom personen RHB og Bolgneset Utvikling AS (BU), som eies 100 % av Kristiansund kommune.

Avtalen fastslår at RHB engasjeres som konsulent. Det understrekes i avtalen at BU ikke har arbeidsgiveransvar for ham. Han skal inneha rollen som daglig leder, med prokura. Arbeidsoppgavene hans er svært omfattende. Noen er listet opp, men det understrekes i avtalen at oppdraget ikke er begrenset til disse: *«konsekvensanalyse, reguleringsmessige forhold, arkeologi, grunneiere/hjemmelshavere, innløsning, grunnerverv m.v., naboforhold, adkomst/tilførselsveier, fjellvolum, sjødybder, kaiforhold, miljømessige forhold, engasjement av entreprenør(er)/investor(er) m.m.»*

RHB er engasjert som daglig leder uten fast lønn/honorar og godtgjøres ikke for medgått tid. Han får imidlertid refundert møte-, reise- og oppholdskostnader etter statens regulativ, og får dekket kostnader til kontorhold med en fast sum på kr 5.000,- pr. måned.

Det fremgår av vedtektene at Formannskapet fungerer som selskapets generalforsamling. Det var Bystyret som i sin tid fattet vedtak om å stifte selskapene (den gang) BU og BE. I oppstartsmøtet var kommunen representert ved ordfører, varaordfører, rådmann og rådgiver. Det er uavklart hvorvidt at bonusavtalen har vært formelt fremlagt for selskapets generalforsamling eller bystyret. Avtalen er for øvrig behandlet av styret i tråd med vedtektene.

Jeg ser at habilitetsspørsmål har vært et tema, men det faller utenfor mitt oppdrag å kommentere dette videre. Jeg omtaler heller ikke forholdet til reglene om offentlige anskaffelser, som behandles av min kollega advokat Trine Friberg.

4. BONUSAVTALEN – HOVEDFUNN

Det mest iøynefallende med bonusavtalen er at den er så lite omfattende og detaljert. Den skal regulere komplekse forhold, som også inkluderer generasjonsskifte. Den kan vise seg å få den virkning at vesentlige verdier som kunne tilfalt kommunen, i stedet tilfaller en privatperson, som på sin side ikke har forpliktet seg for lengre tid fremover enn seks måneder. Avtalen er tidsbegrenset. Dette er problematisk i seg selv, da forholdene lett kan endres over lang tid.

Mange elementer er uregulert, og kan føre til tolkningstvister og rettslige prosesser i ettertid. Dette elementet gjør seg ekstra gjeldene når en avtale er tidsbegrenset. Avtalen kan måtte



gjennomføres av andre enn dem som deltok ved inngåelsen, og som derved mangler kunnskap om partenes intensjoner.

Avtalen inneholder også en erstatningsklausul, som er svært mangelfullt formulert, og som vil kunne bli gjenstand for tvister.

5. BONUSAVTALEN - NÆRMERE OM DE ENKELTE ELEMENTENE

a) Har RHB et ansettelsesforhold eller er han selvstendig oppdragstaker?

RHB er engasjert som daglig leder i BU, som nevnt ovenfor, med en bonusavtale og en avtale om en viss utgiftsdekning.

Han er også iht. avtalen med BE engasjert som daglig leder i dette selskapet. Denne avtalen er inngått 09.10.2019, og er ikke ulik avtalen med BU, bortsett fra at den ikke inneholder bestemmelser om godtgjørelse, men fastsetter at: *«Etter inngått kontrakt med entreprenør/investor, skal styret vurdere hvordan daglig leder skal godtgjøres - uavhengig av om denne skal besettes av RHB».*

Arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd definerer arbeidstaker som *«enhver som utfører arbeid i annens tjeneste».*

I forarbeidene til loven listes opp et sett kriterier som kan tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold:

- Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning
- Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet
- Arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskaper, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse
- Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet
- Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn
- Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister
- Det arbeides hovedsakelig for én oppdragsgiver

Høyesterett har understreket, bl.a. i en avgjørelse i Retstidende 2013 side 342, at momentlisten er veiledende og at det skal foretas en helhetsvurdering, hvor også andre momenter kan tillegges vekt.

Selvstendig næringsdrivende, konsulenter og oppdragstakere med videre regnes ikke som arbeidstakere. Grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker er skjønnsmessig, og beror som nevnt på en totalvurdering av hele tilknytningsforholdet. Det er også relevant



hva partene selv har benevnt avtalen som, og har praktisert, selv om ikke det er utslagsgivende, dersom faktum tyder på noe annet.

I dette tilfelle har samtlige avtaler som omfatter RHBs tilknytning gitt klart uttrykk for at han ikke er å anse som arbeidstaker. I stiftelsesdokumentene er anført at «*Enheden skal ikke ha ansatte*». Partenes opptreden i årene etter at avtalen ble inngått tyder på det samme. RHB mottar ikke lønn, men et suksess-honorar, han mottar ikke feriepenger eller sykepenger. Det innbetales ikke tjenestepensjon for ham, eller yrkesskadeforsikring, slik en arbeidsgiver er forpliktet til overfor ansatte.

Jeg antar at han kan styre sin arbeidsdag stort sett som han selv ønsker. Oppstillingen over arbeidsoppgaver er svært vid og generell, og ikke begrenset på noen måte. Selskapene vil ha en viss instruksjonsmyndighet overfor ham, på linje med innleide konsulenter, men de detaljstyrer ham åpenbart ikke. Arbeidstid er ikke angitt. Det er mao. helt opp til RHB om han ønsker å arbeide hele dager eller bare sporadisk. Ferie er ikke nevnt.

Det faktum at bonusrettigheten tilfaller hans arvinger dersom han faller fra, tyder også på at avtalen ikke er å anse som en arbeidsavtale. Jeg kommer tilbake til det punktet nedenfor.

RHB er også selv ansvarlig for å holde kontor, kun med en sjablonmessig dekning av utgifter.

De er ikke opplyst hvorvidt RHB også har andre oppdrag, men det kan man muligens anta, siden han ikke (før en eventuell bonusutbetaling) mottar lønn fra noen av selskapene. Han har uansett mer enn ett oppdrag, BU og BE, jf. momentlisten ovenfor.

Jeg antar det ikke er innbetalt arbeidsgiveravgift for ham fra noen av selskapene. Jeg har sett at det er hevdet at han ikke har mottatt lønn, men det korrekte er at han har mottatt kr 60.000, sannsynligvis hvert år, til dekning av kontorutgifter. Dersom han er å anse som ansatt, ville dette måtte innberettes som lønn. Jeg er ikke kjent med om han er registrert i arbeidstakerregisteret. Dette bidrar også til å sannsynliggjøre at det ikke foreligger et arbeidsforhold.

Rådmannen har svart på en henvendelse fra en journalist om hvorfor ikke avtalen ble lyst ut som en offentlig anskaffelse. Svaret er gjengitt i referat fra styremøte, sak 8/2020.

Rådmannen svarte at «*Saken er ikke en offentlig anskaffelse, men en ansettelse som daglig leder i selskap eid av det offentlige. Avtalen er mellom Bolgneset utvikling AS og Rolf-Henning Blaasvær.*»

Dette svaret er stikk i strid med avtalen med RHB og de faktiske forholdene.

Ut ifra en totalvurdering av alle relevante momenter, vil jeg konkludere med at RHB ikke i realiteten er ansatt i BU, nå Havparken Utvikling AS, og/eller BE, nå Havparken Eiendom AS.

b) Skatt og merverdiavgift

RHB har vært behandlet som selvstendig oppdragstaker, noe avtalen også nevner eksplisitt. Han har da selv vært ansvarlig for sin innbetaling av skatt og merverdiavgift. Avtalene med begge selskapene er inngått med ham personlig. Det er ikke opplyst om han har et selskap, f.eks. et enkeltpersonforetak, noe som ville vært naturlig.

Siden inntekten av næringen hans (dekning av kontorutgifter) overstiger kr 50.000 per år, er



han ansvarlig for å betale merverdiavgift. Avtalen sier ingen ting om merverdiavgift, og heller ikke hvordan faktureringen skal skje. Det naturlige ville være at RHB gjennom sitt selskap fakturerer BU hver måned kr 5.000, med tillegg av merverdiavgift. Det er godt mulig det er dette som skjer, men det er likevel uvanlig å ikke avtale mer spesifikt hvordan faktureringen skal gjennomføres.

c) Success-fee

Avtalen sier i punkt 7:

«(7) Det er i tillegg avtalt en bonus («success-fee») med RHB som utløses når opparbeidelse av området på Bolgneset starter opp.

RHB mottar da en godtgjørelse på NOK 5,- pr m³ fast fjell som sprenges ut fra området. Godtgjørelsen utbetales kvartalsvis i takt med utsprenghingen. Kronebeløpet er fast og reguleres ikke over den tiden opparbeidelse pågår.

Denne bestemmelsen reiser flere problemstillinger. Det er ikke angitt nærmere hvordan steinmassen skal måles, som knust masse eller steinblokk. Det ser også ut til at bonus skal utbetales uavhengig av om massen i det hele tatt lar seg omsette i penger. Det er nevnt at en del av steinen skal brukes til utfylling ved etableringen av det nye næringsarealet. Det er ikke angitt om RHB også skal ha betalt for denne massen.

Det er ingen øvre grense for bonusens størrelse. Dersom utvinningen skulle bli svært høy, vil altså RHBs avtale være svært gunstig fra hans perspektiv. Han vil få en høy gevinst, uten at han selv har tatt annen risiko enn å påta seg arbeide gratis i en stilling han selv kunne styre tiden i, og i tillegg avslutte når han selv ønsket. Jeg kan ikke se rasjonaliteten i denne bestemmelsen. Hvis det var svært viktig å få nytte av RHBs arbeidskraft, måtte det være andre løsninger, som var mer forutsigbare. Hvor gunstig avtalen kunne bli for RHB, har jeg ikke forutsetninger for å bedømme, men en sum på opp til kr 18.5 millioner er beregnet. Det må sies å være svært uvanlig at et kommunalt eiet selskap inngår en slik avtale uten en øvre begrensning, spesielt når beregningene av mulig overskudd på tidspunktet da avtalen ble inngått må ha vært svært usikre.

Avtalens punkt 7 sier videre:

«Godtgjørelsen blir å anse som en forpliktelse for entreprenør(er)/investorer som engasjeres, og skal innarbeides i de avtale(r) som inngås.

Det kan ikke påberopes avkortning i bonusen dersom RHB arbeider mindre eller over lengre tid enn hva BU eller KK (Kristiansund kommune, min tilførsel) måtte ha forventet, eller ved at også andre personer/instanser involveres og utfører deler av utviklingen.

Bonusen er ikke knyttet opp til at RHB innehar rollen som daglig leder ved oppstart av opparbeidelsen og gjennom hele opparbeidelsesperioden. Bonusen beholdes selv om RHB underveis har fratrudd som daglig leder.»

Det er oppsiktsvekkende at RHB uten tap av bonus når som helst kan fratrudd som daglig leder. Det fremgår av punkt 9 at: *«Roller som daglig leder kan sies opp av begge parter med 6 måneders skriftlig varsel.»* Det er vanskelig å se rasjonaliteten i en slik bestemmelse. Bonusen er derved ikke i realiteten en godtgjørelse for en avtale om «no cure no pay», slik jeg ser det har vært argumentert med.



Uansett om forpliktelsen vil overtas av entreprenører eller investorer, vil det likevel skje en overføring av midler som kunne vært tilfalt kommunen.

d) Erstatning

Det fremgår av punkt 7 at: *«Dersom området på Bolgneset ikke blir opparbeidet på grunn av endrede offentlige rammebetingelser og/eller politiske føringer, utbetales et erstatningsbeløp til RHB som står i forhold til hans medgåtte tid i prosjektet.»*

Det fremgår av årsregnskap og årsberetning 2019, Sak 9/2020, at *«Revisor BDO har nå gitt en mer utfyllende og korrekt tekst, og viderefører en årlig avsetning på ca 1,2 mill som en forpliktelse for selskapet å skulle utbetale til daglig leder dersom området ikke kan bli omregulert eller opparbeidet på grunn av offentlige endrede rammebetingelser og/eller politiske føringer.»*

Det stilles ingen krav til RHB om å holde BU løpende orientert om medgått tid. Det er ingen avtale om størrelsen på erstatningen. Det er heller ikke begrenset hvor langt tidsrom erstatning kan kreves. Det er uforståelig hvorfor kommunen ikke har sett behov for å regulere en potensielt kostbar forpliktelse nærmere.

e) Avtalens tidsbegrensning

Det fremgår av punkt 8 at: *«Denne avtale med RHB er ikke tidsbegrenset. Det er ikke satt krav til frister for ferdigstilling av utviklingen eller oppstart/ferdigstilling av opparbeidelsen av området på Bolgneset.»*

Det vil peke på at det er ugunstig å inngå en avtale som forplikter et kommunalt eid selskap på ubestemt tid.

f) Overdragelsen av bonusavtalen

I følge punkt 10 kan *«RHB [kan] overdra bonusavtalen til selskaper RHB kontrollerer. RHBs arvinger har rett til å overta RHBs bonus, selv om opparbeidelsen ikke har startet opp ved deres inntreden, men ikke dersom prosjektet bli gjenopptatt senere enn 20 år etter at det eventuelt ble stoppet.»*

Det er spesielt at hans arvinger har rett til å overta hans bonusrettighet, selv om opparbeidelsen ikke har startet – dog med en grense på 20 år. Hvis RHB falt fra uten å ha arbeidet én dag som daglig leder, ville altså kommunen være ansvarlig for at det ble utbetalt et større beløp til hans arvinger i alle år fremover.

6. INNGÅELEN AV AVTALEN

Bonusavtalen er undertegnet av styrets leder alene. Iht. vedtektene skal hele styret undertegne i fellesskap. Jeg har imidlertid fått opplyst av Marianne Hopmark at styreprotokoll fra 2017 viser at bonusavtalen er drøftet og godkjent av styret i fellesskap, og med vedtak om at styreleder kunne undertegne på vegne av selskapet. Jeg går derved ut i fra at det ikke



foreligger habilitetsmangler eller tilblivelsesmangler (som tvang, svik, villfarelse m.v.) og at avtalen er gyldig inngått.

Da er spørsmålet om avtalen kan være ugyldig på grunn av innholdsmangler. Hovedregelen i norsk rett er at avtaler skal holdes (NL 5-1-2). Avtaleloven har imidlertid bestemmelser som gjør unntak fra dette.

Avtalelovens § 33 lyder: *«Selv om en viljeserklæring ellers måtte anses for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis den på grunn av omstendigheter som forelå da den annen part fikk kunnskap om erklæringen, og som det må antas at han kjente til, ville stride mot redelighet eller god tro om han gjorde erklæringen gjeldende.»*

Jeg kan ikke se at denne bestemmelsen kan ha relevans i det foreliggende tilfellet. Det har ikke, så vidt jeg kan se, dukket opp slike omstendigheter, som RHB kjente til, og som gjør at det vil stride mot redelighet og god tro å gjøre avtalen gjeldende.

Avtalelovens § 36 lyder: *«En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende».* Ved avgjørelsen tas det hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, samt senere intrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Vi vet enda ikke om, eventuelt hvor mye, RHB kan tjene på avtalen i fremtiden. Det har, så vidt jeg er kjent, med hittil ikke kommet til noen nye momenter etter at avtalen ble inngått. Det ser ut som om partene har tenkt at det skulle være en gjensidighet i avtalen; RHB skulle stille sin arbeidskraft «gratis» til disposisjon, mot en mulig oppside. Dette blir imidlertid annerledes i og med at RHB mulighet til å fratre som daglig leder med seks måneders varsel, helt uten konsekvenser for bonusavtalen, og medfører at avtalen ikke kan karakteriseres som en gjensidig avtale. Det arbeidet RHB skulle gjøre var også sannsynligvis ganske beskjedent, i forhold til den mulig oppsiden. Dersom gevinsten skulle vise seg å bli stor vil det kunne vurderes om avtalelovens § 36 kan påberopes, men det er vanskelig å ta stilling til det på dette stadium.

Som nevnt ovenfor fremgår av punkt 8 at: *«Denne avtale med RHB er ikke tidsbegrenset. Det er ikke satt krav til frister for ferdigstilling av utviklingen eller oppstart/ferdigstilling av opparbeidelsen av området på Bolgneset.»* Det kan være spørsmål om det likevel kan innfortolkes en tidsbegrensning i avtalen, dvs at kommunen i fremtiden kan si opp bonusavtalen, til tross for denne bestemmelsen. I dommen gjengitt i Rt. 1999 side 1672 uttaler Høyesterett at *«Avtalen er en løpende avtale, og dersom det ikke finnes holdepunkter for noe annet, må en slik avtale fra begge parters side kunne sies opp.»* Jeg har for liten oversikt over alle momenter i saken til at jeg kan gi en konkret vurdering av om en slik begrunnelse for en oppsigelse kan vinne frem i denne saken. På det nåværende tidspunkt virker det mindre sannsynlig, siden RHB så langt jeg er kjent med enda ikke har mottatt noe godtgjørelse iht. avtalen, mens han på sin side har oppfylt sin del av avtalen.

7. AVTALENS PRAKTISERING SÅ LANGT

Jeg har fått opplyst fra MRR at RHB ikke har fått utbetalt bonus hittil, da det enda ikke har vært grunnlag for det. Han har imidlertid mottatt dekning av kontorutgifter, som avtalt. Det er grunn til å tro at han har mottatt slik dekning hvert år, men dette er ikke bekreftet, bortsett



fra for 2020. Jeg har fått oversendt note til BUs regnskap for 2020, hvor det fremgår at han har mottatt kr 60.000. Jeg er ikke kjent med om han har mottatt noe til dekning av reiseutgifter.

8. TILLEGSAVTALEN

Partene, RHB og BU, har inngått en tilleggsavtale, datert 22.04.2021. Det fremgår av tilleggsavtalens punkt 2 at «Gjennom denne avtale, heretter kalt Fase 2, engasjeres RHB som prosjektleder for Bolgneset Utvikling AS hvor oppgavene er å markedsføre og promotere havteknologisenteret med det formål å skaffe aktører som vil etablere seg på området.»

RHB uttaler om bakgrunnen i en e-post 04.06.2022 til Marianne Hopmark: «Bakgrunnen for de kostnadsføringer som er gjennomført i årsregnskapet for 2021, er at selskapet Bolgneset Utvikling AS i 2020 definerte de videre gjøremål i 2021 og fremover som selskapets Fase 2. Fase 1, som hadde pågått siden oppstart av prosjektet i 2015, var knyttet til tre hovedaktiviteter: 1) Utarbeidelse og godkjenning av reguleringsplan, 2) (Erverv av eiendommene, og 3) Inngåelse av entreprenørkontrakt. Da disse aktivitetene på det nærmeste var gjennomført i 2021, ønsker styret og eierne å utvikle prosjektet videre gjennom Bolgneset Utvikling AS, ved å tilføre selskapet en ny aktivitet: 4) Markedsføring. For å kunne stå rustet til å gjennomføre en ambisiøs markedsføring, ble det søkt om økonomisk tilskudd fra Møre og Romsdal fylkeskommune og Kristiansund kommune for en innledende periode på 3 år (2021-2022-2023) Søknadsbeløpet var på samlet NOK 5 mill, fordelt over 3 år, med en halvpart på MRFK og kommunen. Dette ble innvilget.»

RHB skriver videre at «Engasjementsavtalen med undertegnede fra april 2017, inneholdt ikke gjøremål knyttet til markedsføring. På forespørsel fra styret, sa undertegnede seg villig til å inkludere markedsføring som en ny arbeidsoppgave.»

I avtalens punkt 4 fremgår det at: «RHB engasjeres som konsulent gjennom hans eget selskap, som innebærer at BU ikke har arbeidsgiveransvar.»

Det er ikke korrekt at avtalen med RBH fra 2017 (korrekt dato er 01.02.2017) ikke omfattet markedsføring. Dette ble riktig nok ikke spesifikt nevnt, men avtalen lister opp en del oppgaver og fremholder at «oppdraget ikke er begrenset til disse». Det burde mao. vært mulig å hevde overfor RHB at avtalen fra 2017, også omfattet oppgaver ifm. markedsføring. Begrepene «Fase 1» og «Fase 2» kan ikke sees å ha vært benyttet tidligere. Det er usikkert hvorvidt det har vært et tema.

Det er imidlertid ikke tvil om at kostnadene ifm. tilleggsavtalen ble godkjent av fylkeskommunen og kommunen, og at tilleggsavtale ble inngått og signert på styremøte 22.04.2021.

I Sak 10/2020, hvor søknaden om tilskuddet på kr 5 mill ble behandlet, sier referatet at søknadens budsjett når det gjelder «Avlønning administrasjon» er på kr 500.000 årlig og at «Arb.giver avgift, sosiale kostnader» er på kr 100.000. Dette tyder på at det her er snakk om en ansettelse, ikke et engasjement som konsulent, noe som medfører en usikkerhet om hva som egentlig er faktum på dette, ikke uviktige, området. Det står i direkte motstrid til avtalens punkt 4, som nevnt ovenfor, hvor det eksplisitt er avtalt at RHB engasjeres som konsulent gjennom hans eget selskap, og at BU ikke har arbeidsgiveransvar.

Jeg ser det ikke som mest sannsynlig at RHB i realiteten er ansatt for å utføre



tilleggsoppgavene i Fase 2. De samme momentene som er nevnt ovenfor i punkt 5 a) gjør seg gjeldende ift. tilleggsavtalen. Det er imidlertid sterkt kritikkverdige at dette viktige punktet ikke er tydeligere angitt.

Det antas at bonusavtalens bestemmelse om success-fee (bonus) også skal gjelde under tilleggsavtalen, uten at dette er sagt eksplisitt. (Bonus utløses iht. bonusavtalen punkt 7 når opparbeidelse av området på Bolgneset starter opp). RHB vil da kunne motta både lønn (eller honorar) og bonus. Det er da ikke lenger, slik det har vært argumentert med, en avtale om «no cure no pay». Kriteriet for bonus iht. Fase 2 burde også vært nærmere avtalt.

9. KONKLUSJON

Jeg har i denne gjennomgangen stilt spørsmål ved rasjonaliteten bak inngåelsen av bonusavtalen. Kommunen fikk i Fase 1 en mulighet til å engasjere en daglig leder uten å betale normal lønn, men nedsiden for kommunen må sies å være svært stor. Både avtalens kompleksitet, potensielt høye verdi for avtalemotparten (og hans arvinger), uten gjenytelser, og avtalens tidsbegrensning er problematisk. Tilleggsavtalen gjør dette også enda mer uforståelig. I Fase 2 forstår jeg det slik at det skal betales *både* lønn og eventuell bonus.

Det må også reises spørsmål om RHB's status – som arbeidstaker eller selvstendig oppdragstaker. Her har kommunen gitt villedende opplysninger.

Oslo, 22. august 2022

WAHL-LARSEN ADVOKATFIRMA AS

Merete Bårdsen
Advokat

VEDLEGG 20 TILSVAR FRA DAGLIG LEDER (12.09.22)

Rolf-Henning Blaasvær
Hystadstranda 33
3209 Sandefjord

Til
Møre og Romsdal Revisjon SA
v/ Marianne Hopmark
Ålesund / Molde

Den 12.september 2022

Svar til MRR ang Notat fra advokat Merete Bårdsen

Ang Inngått Engasjementsavtale om utvikling av sjønært industriområde

Det vises til oversendt Notat fra advokat Merete Bårdsen datert 22.august 2022.

Notatet er en betenkning om inngått Engasjementsavtale mellom Kristiansund kommune og undertegnede datert den 2.februar 2017, tilleggsavtale den 22.04.2021, og avtale med Havparken Eiendom AS den 09.10.2019.

MRR v/ Marianne Hopmark har i sin oversendelses e-post datert 31.august 2022 bedt om undertegneds kommentarer til dette Notatet.

Engasjementsavtalen har tre parter; Kristiansund kommune, Havparken AS og undertegnede. Denne tilbakemeldingen er undertegneds kommentarer. Tilbakemelding/kommentarer fra kommunen og Havparken ivaretas av andre.

1. Oppdragsgiver

Innledningsvis er det viktig å få frem at det er Kristiansund kommune som er den faktiske og reelle oppdragsgiver for det oppdraget undertegnede har inngått avtale om, men at kommunen har «delegert sin rolle» og benytter et heleid aksjeselskap til å styre Bolgneset-prosjektet.

Dette fremgår tydelig av Engasjementsavtalens pkt 1:

«Kristiansund kommune (KK) har gjennom det nyopprettede selskapet Bolgneset Utvikling AS (BU) engasjert RHB til å bistå med å utvikle sjønære arealer til næringsvirksomhet på Bolgneset og vestover»

Det er viktig at MRR i sin forvaltningsrevisjons-rapport er tydelig på dette punktet.

2. Engasjementsavtale

Vi ber høfligst om at avtalen med undertegnede fra 2.februar 2017 betegnes som en **Engasjementsavtale**. Begrepet bonusavtale er noe enkelte kritikere har benyttet i media, og har aldri vært benyttet av kommunen eller av Havparken. Begrepet Bonusavtale gir et svært skjevt inntrykk av hva avtalen handler om. Avtalen har som innhold at Kristiansund kommune engasjerer RHB for å utføre spesifikke arbeidsoppgaver hvor godtgjørelsen er satt sammen som en kombinasjon av vederlagsfritt arbeid, kostnadsdekning og en success-fee (bonus) hvis RHB lykkes. Avtalen er derfor ikke en ren bonusavtale.

3. To ulike roller

Jeg konstaterer at advokat Bårdsen dessverre har misforstått de to ulike rollene som undertegnede har inngått avtale om med Kristiansund kommune. Det gjeldet rollen som prosjektleder og rollen som daglig leder. Det innebærer at det er lagt helt gale premisser for flere av de resonnementer og konklusjoner som fremkommer i Notatet.

Det korrekte er at det i Oppstartsmøtet den 14.april 2015 (se møtereferat pkt 1 og 3), ble vedtatt at

«RHB engasjeres som tilrettelegger for planleggingen av en mulig opparbeidelse av nytt sjønært industriareal på Bolgneset – Frei». (min understrekning)

Videre fremgår det av møtereferatet at RHB skal rapportere til to kommunalt ansatt; Helge Hegerberg (rådgiver olje og energi) og Odd-Arild Bugge (kommuneplanlegger).

Begrepet *tilrettelegger* ble raskt byttet ut med *prosjektleder*, og denne rollebetegnelsen benyttes fremdeles.

De avtalebetingelsene som ble forhandlet med kommunen i denne perioden, var utelukkende knyttet til rollen som prosjektleder.

Det er også relevant å vise til undertegnedes e-post til Kristiansund kommune v/ ass.rådmann den 20.januar 2016. Her fremgår det helt tydelig at mine arbeidsoppgaver var knyttet til å være tilrettelegger. Ikke et ord er på det tidspunkt nevnt om rollen også skulle utvides med en daglig leder rolle i et kommunalt aksjeselskap.

Først senere ønsket kommunen å organisere prosjektet annerledes enn med en faglig arbeidsgruppe, som prosjektleder skulle rapporterte til, bestående av bl.a. de to nevnte kommunalt ansatte. Det var ønskelig å opprette et kommunalt heleid aksjeselskap som skulle ha ansvaret for dette Bolgneset-prosjektet.

Det ble i november 2016 derfor fremmet en politisk sak om å etablere et slikt aksjeselskap, og i saken er det beskrevet nærmere om hvorfor. (sak 15/116, Formannskapet 15.11.2016). Rådmannen anbefalte dette, hvilket også ble vedtatt. På utskriftsside 47, står det midt på siden: *«Prosjektleder vil ha entydige rapporteringslinjer»*

RHB ble i den forbindelse forespurt om han også ville bekle rollen som daglig leder - med de arbeidsoppgaver som naturlig hører innunder en daglig leder for dette aksjeselskapet. Slike arbeidsoppgaver ville komme i tillegg til oppgavene som prosjektleder. RHB sa seg villig til dette, og aksepterte at det ikke ble avtalt tilleggsgodtgjørelser for disse nye arbeidsoppgavene.

2017-avtalen som ble inngått omhandler derfor RHBs to roller med; 1) avtalebetingelser for å være prosjektleder og 2) avtalebetingelser for å være daglig leder.

Partene har selv aldri vært i tvil om at RHB har to roller; en rolle som prosjektleder og en rolle som daglig leder, og at det er ulike avtalebetingelser som gjelder. Dette gjelder bl.a.

a) Oppsigelsestid:

Det er rollen som daglig leder som har en gjensidig oppsigelsestid på 6 mnd. Dette står tydelig skrevet i avtalens pkt 9. Denne bestemmelsen gjelder ikke prosjektleder-rollen.

Prosjektleder-rollen er uoppsigelig for begge parter. Undertegnede har bundet seg til prosjektet på ubestemt tid – til det er fullført, eller til prosjektet ikke lar seg gjennomføre, eller til kommunen selv

stanser prosjektet. Hvis kommunen ønsker å si opp RHB som prosjektleder, må det skje ved at det politisk blir vedtatt å stanse prosjektet.

Det er derfor galt slik det står formulert i Notatet på side 2, i pkt 4 første avsnitt at: «.....en privatperson som på sin side ikke har forpliktet seg for lengre tid fremover enn seks måneder.»

b) Godtgjørelse

Den avtalte godtgjørelse om å arbeide vederlagsfritt med kun å få dekt noe av kontorutgiftene og reise/møteutgifter følger prosjektleder-rollen, og beholdes selv om daglig leder rollen opphører.

c) Succes-fee

Den avtalte succes-fee er kun knyttet til rollen som prosjektleder, og ikke til rollen som daglig leder.

4. Korrigering 1 som følge av gal rollebeskrivelse

Advokat Bårdsen skriver i pkt 3, fjerde avsnitt at RHB er engasjert som daglig leder. Som følge av min redegjørelse ovenfor, er det korrekte å skrive at «RHB er i tillegg til å være engasjert som prosjektleder, også engasjert som daglig leder.»

5. Korrigering 2 som følge av gal rollebeskrivelse

I Notatets pkt 4, første avsnitt står det i Notatet: «ikke har forpliktet seg for lengre tid fremover enn seks måneder».

Det er galt. Undertegnede har forpliktet seg til å fullføre prosjektet i rollen som prosjektleder. Det er rollen som daglig leder som har en gjensidig oppsigelsestid på 6 mnd. Det står tydelig i Engasjementsavtalen pkt 9.

6. Korrigering 3 som følge av gal rollebeskrivelse

Pkt 5c) Success-fee, nederste avsnitt side 5, står det i Notatet:

«Det er oppsiktsvekkende at RHB uten tap av bonus når som helst kan fratse som daglig leder.»

Det er igjen en sammenblanding av rollene som prosjektleder og daglig leder. Rollen som daglig leder ble avtalt som en tilleggsoppgave, som helt er fristilt prosjektlederrollen med tilhørende success-fee (bonus).

7. Vesentlige verdier som kunne tilfalle kommunen?

Notatet opererer i pkt 4 første avsnitt med følgende utsagn:

«vesentlige verdier som kunne tilfalle kommunen».

Det er et utsagn som ikke er knyttet til konkrete resonnerer eller forklaringer. Utsagnet gjentas øverst på side 6 under pkt 5c).

Vi ber om en dialog med MRR for å oppklare dette utsagnet.

8. Steinmasser som grunnlag for Success-fee

I Notatet pkt 5c) Success-fee, tredje avsnitt står det:

«Det er ikke angitt nærmere hvordan massene skal måles, som knust masse eller steinblokk».

Dette er galt.

Det står tydelig i Engasjementsavtalen at det er fast fjell. Det betyr fjell slik det ligger i dag, før utsprenning. Avtalen skiller ikke på hva det faste fjellet som sprenges ut, skal benyttes til.

9. Erstatningsbeløp

Det er avtalt i Engasjementsavtalen pkt 7 at kommunen skal betale et erstatningsbeløp dersom området ikke blir opparbeidet grunnet visse årsaker som undertegnede ikke rår over.

I forbindelse med årsoppgjøret for 2018, ble det sammen med revisor fastsatt at dette erstatningsbeløpet skulle være NOK 1,2 mill pr år. Styret godkjent dette ved å ta det inn i Årsregnskapet som en forpliktelse. Og forklart i Noter. Tidsperioden vil løpe fra og med 2017 til det mot formodning blir konkludert med at prosjektet stanses pga de årsaker som er nevnt i Engasjementsavtalen. Så langt som prosjektet nå har kommet, er det urealistisk at en erstatning kommer til anvendelse.

Det er derfor ikke korrekt når det i Notatet fremkommer i pkt 5d) Erstatning siste avsnitt at *«det er ingen avtale om størrelsen på erstatningen og hvor langt tidsrom erstatningen kan kreves.»*

10. Markedsføringsoppgaver

Jf Pkt 8 Tilleggsavtalen, femte avsnitt:

Her skriver Advokat Bårdsen at Engasjementsavtalen fra 2017 også regulerer at markedsføring av Bolgneset-prosjektet er inkludert i de arbeidsoppgaver som der ble avtalt. Som støtte for en slik konklusjon refererer hun til at det står at *«oppdraget ikke er begrenset til disse [nevnte arbeidsoppgaver]»*

Partene har aldri hatt i tankene at markedsføring skulle kunne defineres som en oppgave innunder Engasjementsavtalen. Det er uforståelig at en utenforstående person som selv ikke er part i avtalen eller har hatt andre befattninger med avtalen, nå konkluderer med hva partene selv har ment, ved å skrive: *«det er ikke korrekt at avtalen med RHB fra 2017 ikke omfattet markedsføring»*

11. Et ubalansert avtaleforhold?

Avslutningsvis må det kommenteres at advokat Bårdsens Notat bærer preg av at Kristiansund kommune - for dem - har inngått en særdeles ugunstig Engasjementsavtale med undertegnede. Det er undertegnede sterkt uenig i.

Omfanget og varigheten av arbeidsoppgavene som prosjektleder og daglig leder for ikke bare ett, men to, kommunale aksjeselskap har blitt vesentlig mer enn noen noensinne kunne forutse. Undertegnede savner i Notatet opplysninger og vurderinger om at Succes-fee nå synes først å ville bli utbetalt etter mer enn 7-8 års vederlagsfritt arbeid, og ikke minst; at utbetalingen deretter vil fordele seg over en periode på 8-10 år.

Det gir heller ikke mening å hevde at så mange kvalifiserte og dyktige personer i Kristiansund kommune, både kommunalt ansatte og ledende politikere, som ikke har hatt kommentarer til Engasjementsavtalen, skal være så uprofesjonelle som advokat Bårdsen indirekte hevder. Kommunen og undertegnede vurderte under avtaleforhandlingene avtalen som balansert.

Balansen i advokat Bårdsens fremstilling blir ikke bedre av at hun ikke nevner til kommunens gunst at undertegnede også arbeider vederlagsfritt som daglig leder for Havparken Eiendom AS. Dette arbeidet har vært betydelig.

12. Ytterligere avklaringer

Det kunne være fristende å kommentere flere uriktige detaljer og tendensiøs ordbruk som fremkommer i Notatet, men det ville føre for langt i dette tilsvaret. Jeg kommer heller tilbake til dette hvis MRR mot formodning ikke selv velger å overse slikt i det utkast til rapport som vi får til gjennomsyn.

Undertegnede ser frem til en god samtale/intervju med MRR (helst i Ålesund), hvor vi sammen kan gjennomgå de mange problemstillinger og påstander om Bolgneset-prosjektet. Det er svært mye som må avklares før MRR kan skrive sin endelige Forvaltningsrevisjonsrapport.

Mvh



Rolf-Henning Blaasvær

VEDLEGG 21 TILSVAR FRA TENDEN ADVOKATFIRMA ANS (16.09.22)



Møre og Romsdal revisjon SA

v/Marianne Hopmark

16. september 2022

Ref.: 487930/34501/AH
Saksansvarlig advokat: Anders Hauger

TILBAKEMELDING PÅ NOTAT FRA WAHL LARSEN ADVOKATFIRMA OM AVTALE MED ROLF HENNING BLAASVÆR

Tenden Advokatfirma ANS representerer som tidligere Havparken AS og Havparken Eiendom AS (felles "Havparken"). Tilbakemeldingen gis på vegne av selskapene.

Det vises til e-post fra Møre og Romsdal revisjon SA ("MRR") 31. august 2022, vedlagt notat fra Wahl-Larsen Advokatfirma AS ved advokat Merete Bårdsen datert 22.august 2022 ("Notatet"). Det er i e-posten fra MRR bedt om tilbakemelding/synspunkter på det som fremkommer i Notatet. Dette gis herved.

1 INNLEDNING

Av notatets punkt 1 går det frem at oppdraget til advokat Bårdsen har vært å "vurdere innholdet i en bonusavtale" mellom Havparken og Rolf Henning Blaasvær ("RHB"), og i tillegg vurdere om selve avtaleinngåelsen er skjedd "på formelt riktig måte".

Når det gjelder det førstnevnte tema så fremstår dette som et relativt vidt tema, som ikke nødvendigvis er begrenset til juridiske spørsmål. Vi stiller også spørsmål ved om MRR kan ha gitt advokat Bårdsen et slikt mandat, gitt at dette er langt mer upresist og omfattende enn det som fremgår av MRR sin prosjektplan – Problemstilling 2: Avtaler.

Spørsmålet som skal stilles i punktet i prosjektplanen er om avtalene er i tråd med "gjeldende lover og regelverk"? Ikke om avtalens innhold er godt nok beskrevet eller om det er en god avtale for kommunen mer generelt. Underpunktet om "Avtaleinnhold" er et underpunkt av det overordnede spørsmålet om lover og regelverk – ikke et eget selvstendig punkt. Det faller da også naturlig utenfor en revisjons oppgaver å vurdere om avtaler mer generelt har et ønsket eller optimalt innhold. I så tilfelle måtte det vært fastsatt relevante og konkrete kriterier for hva som utgjør en "god nok" avtale. Gitt at denne avtalen er spesiell antas det at å fastsette slike kriterier ville vært utfordrende, og det er tilsynelatende ikke gjort. Uansett skulle revidert enhet ha fått disse presentert før revisjonen tok til. Notatet bærer preg av "synsing" om litt tilfeldige sider av avtalen, og er uten en helhetlig forståelse for hva som faktisk er avtalt utført, og i hovedsak er utført gjennom flere tusen arbeidstimer over flere år. Det vises til RSK 001 – Standard for forvaltningsrevisjon, særlig punktene 14 og 15.

Begge tema er vurdert utelukkende ut fra dokumenter, som på langt nær er dekkende for å belyse bakgrunnen for de nevnte avtaler. Dette har medført en rekke misforståelser og misoppfatninger om både innholdet i avtalen og formelle forhold ved inngåelsen av den. De dokumenter spørsmålet er vurdert ut ifra er også delvis irrelevante. Listen er heller ikke komplett. Havparken savner derfor i forkant en dialog med Havparken/Kommunen og RHB. Da kunne mye vært oppklart før advokat Bårdsen ga sine bastante – og ensidige/feilaktige – konklusjoner.

2 PARTSKONSTELASJON OG TIDLIGERE AVTALER

Avtalene inngått mellom Havparken og RHB har en lang forhistorie i Kristiansund kommune, og realiteten er at store deler av det avtaleinnhold som ble inngått med Havparken allerede var avtalt mellom Kristiansund kommune ("**Kommunen**") og RHB. Dette gjelder flere av de grunnleggende premisene som kritiseres (til dels på misforstått grunnlag), bl.a. varighet og ordningen med "no-cure/no-pay". Disse forutsetningene ble etablert allerede i 2015, i et møte 14. april 2015. I møtet var kommunen representert ved ordfører, varaordfører, rådmann og rådgiver for olje- og energi.

Bilag 1: Motereferat fra møte 14. april 2015

Det ble senere avtalt flere ytterligere arbeidsoppgaver for RHB, bl.a. i samtaler og e-postutveksling med assisterende rådmann Per Sverre Ersvik januar 2016. Bl.a. ble RHB først på dette tidspunkt bedt om å håndtere anskaffelsesprosessen mot entreprenøren. Dette var opprinnelig en oppgave som naturlig lå til Kommunens innkjøpsmedarbeidere. I formannskapsmøte 14. juni 2016 ble prosjektet og planene, herunder RHB og hans rolle, presentert for Formannskapet. Det ble så sent i 2016 vedtatt å stifte et selskap for å gjennomføre planene. RHB påtok seg i den forbindelse, uten ekstra vederlag, å være daglig leder for selskapet – Havparken AS. Det meste av dette har slik vi forstår det også vært forelagt Bystyret.

Havparkens styre ble presentert et ferdigforhandlet og endelig avtaleutkast i sitt første og konstituerende styremøte, etter at Havparken AS ble vedtatt etablert.

At det foreligger en slik forhistorie og partikonstellasjon følger av avtalens innledende punkt:

Kristiansund kommune (KK) har gjennom det nyopprettede selskapet Bolgneset Utvikling AS (BU) engasjert RHB til å bistå med å utvikle sjønære arealer til næringsvirksomhet på Bolgneset og vestover

Havparken har dermed hatt liten innvirkning på avtalens innhold, og Havparken finner det derfor ikke riktig at Havparken skal gi kommentarer til en advokats vurdering av om en avtale Kommunen har inngått på vegne av Havparken er god eller dårlig. MRR bør, hvis det er aktuelt å omtale dette i MRR sitt videre arbeid, forelegge saken for Kommunen og ikke Havparken.

3 MANGLENDE OG FEIL FORSTÅELSE AV AVTALEN 01.02.17

Den nevnte forhistorien er viktig for å kunne forstå avtalens innhold, slik partene i fellesskap forstår den. Det fremstår klart at advokat Bårdsen har misforstått eller oversett sentrale poeng i avtalen. Vi vil nedenfor kort redegjøre for de viktigste misforståelsene.

3.1 Kjernen i avtalen

RHB sine kjerneoppgaver ble definert tidlig, og det var å være tilrettelegger/prosjektleder for å få til en utbygging. Dette arbeidet har vært omfattende, og er i all hovedsak ferdigstilt ved at eiendommer er overtatt og reguleringsplanen vedtatt.

Arbeidsoppgavene som per i dag er mest aktuelle, er anskaffelsesprosessen. Rollen som daglig leder i Havparkenselskapene er i praksis en løpende oppgave av varierende omfang, som ikke har noen direkte sammenheng med den opprinnelige avtalen. Ingen av disse arbeidsoppgavene har RHB krevd noen betaling for i det hele tatt. Kun kostnadsdekning.

3.2 Varighet av avtalen

I Notatet kritiseres det at et kommunalt eid selskap er forpliktet på ubestemt tid. Dette fremstår lite nyansert. Dette er en avtale om et konkret prosjekt, som krever kontinuitet. Dersom det var inngått en avtale med tidsmessig definert slutt ville Havparken risikert å stå igjen uten nøkkelpersonen for hele prosjektet.

Avtalens varighet er for øvrig prosjektets gjennomføringstid, der Havparken først får RHB sine arbeidsytelser uten betaling. Senere får RHB sin betaling over en lang periode – som han tar risikoen for. Uten inflasjonsregulering av ytelsene.

Havparken anser kritikken for å være feilslått og lite gjennomtenkt.

3.3 Oppsigelsestid

I Notatet kritiseres det at RHB bare er forpliktet i 6 måneder, da det er avtalt gjensidig oppsigelsestid med slik varighet. Det anføres at det er "oppsiktsvekkende at RHB uten tap av bonus når som helst kan fratrukke seg som daglig leder".

Kritikken er basert på feil tolkning av avtalen, og den korrekte tolkning fremgår direkte av ordlyden i avtalens punkt 9. Det er kun "rollen som daglig leder" som kan sies opp. Det vises også til avtalens punkt 7, femte avsnitt. Som nevnt over var rollen som daglig leder et tilleggsverv som det ikke har vært avtalt noe tilleggsvederlag for. At det da skulle være oppsiktsvekkende at vervet kan bortfalle, uten betydning for vederlaget for et helt annet arbeid avtalt før det ubetalte vervet som daglig leder, er vanskelig å forstå.

Etter avtalens punkt 7, avsnitt 6, kan det oppstå hindringer utenfor RHBs kontroll som gjør at prosjektet likevel ikke gjennomføres. Kommunen kan i slike tilfeller avslutte avtalen mot å betale et erstatningsbeløp for utført arbeid.

Havparken mener altså at kritikken om oppsigelsestid er basert på en avtaleforståelse som er i strid med avtalens ordlyd, og dermed forfeilet.

3.4 Måling av steinmasser

Det er i Notatet anført at:

Det er ikke angitt nærmere hvordan massene skal måles, som knust masse eller steinblokk.

Forståelsen som gir grunnlag for kritikken er også her direkte i strid med avtalens ordlyd, som i punkt 7 andre avsnitt tydelig avtaler at:

RHB mottar da en godtgjørelse på NOK 5,- pr. m³ fast fjell..

Det er umulig å misforstå avtalen på dette punkt, og kritikken er forfeilet.

3.5 Avtalens praktisering så langt

Havparken bemerker at det med fordel kunne vært nevnt at RHB har utført et betydelig arbeid over 7-8 år, som har resultert i at prosjektet nå er klart for realisasjon. Dette er gjort uten betaling for medgått tid, kun en mindre kostnadsdekning for kontorhold og reiser, som er nevnt i Notatet. Det er svært sjeldent at avtaler gir mulighet til å engasjere en prosjektleder til et prosjekt av denne størrelsen fullstendig uten økonomisk risiko for kommunen eller betaling til den som utfører arbeidet.

4 TILLEGGSAVTALEN 22.04.21

Det fremkommer av den underliggende dialogen mellom avtalepartene i den opprinnelige avtalen (kommunen/RHB) at de arbeidsoppgaver som var påtenkt og avtalt ikke omfattet markedsføring. Det er ikke slik at en passus om at "oppdraget ikke er begrenset" til arbeidsoppgaver som er opplistet gir den andre part rett til å kreve enhver tenkelig ny arbeidsoppgave.

Hvilken vederlagsform – ansettelse eller konsulent med fakturering - som kunne være mulig når søknad om midler ble sendt har ingen direkte innvirkning på avtaleforståelsen. Det er vanskelig å se at tilleggsavtalen er uklar slik det påstås.

Med vennlig hilsen
TENDEN ADVOKATFIRMA ANS

Anders Hauger
advokat
ah@tendenadvokat.no

VEDLEGG 22 AVTALTE KONTROLLHANDLINGER, BDO AS (30.09.22)



BDO AS
Storgata 34
6508 Kristiansund

Til Havparken AS
v/ styret

Rapport om avtalte kontrollhandlinger

Formål med denne rapporten om avtalte kontrollhandlinger og begrensning i bruk og distribusjon

Vår rapport har som formål å bistå Havparken AS med å gi og bekrefte informasjon i forbindelse med den Forvaltningsrevisjon som utføres av Møre og Romsdal Revisjon SA («MRR»), og skal følgelig ikke brukes til noe annet formål. Denne rapporten er utelukkende ment for Havparken AS og «MRR», og skal ikke brukes av eller distribueres til andre utenforstående parter.

Oppdragsgivers og den ansvarlige parts ansvar

Havparken AS har bekreftet at de avtalte kontrollhandlingene er hensiktsmessige for formålet med oppdraget. Rolf-Henning Blaasvær, som identifisert av Havparken AS, er ansvarlig for saksforholdet som de avtalte kontrollhandlingene er utført på.

Praktiserende revisors ansvar

Vi har utført oppdraget om avtalte kontrollhandlinger i samsvar med internasjonal standard for beslektede tjenester (ISRS) 4400 (revidert) *Oppdrag om avtalte kontrollhandlinger*. Et oppdrag om avtalte kontrollhandlinger innebærer at vi utfører handlingene som er avtalt med Havparken AS, og rapporterer funnene, som er de faktiske resultatene av de avtalte kontrollhandlingene som er utført. Vi uttaler oss ikke om hensiktsmessigheten av de avtalte kontrollhandlingene.

Dette oppdraget om avtalte kontrollhandlinger utgjør ikke et attestasjonsoppdrag. Vi gir følgelig ikke uttrykk for en mening eller en konklusjon.

Dersom vi hadde utført tilleggshandlinger, kunne andre forhold ha kommet til vår kunnskap og blitt rapportert til dere.

Etiske prinsipper og kvalitetskontroll

Vi er uavhengige av selskapet slik det kreves i lov, forskrift og International Code of Ethics for Professional Accountants (inkludert internasjonale uavhengighetsstandarder) utstedt av the International Ethics Standards Board for Accountants (IESBA-reglene), og vi har overholdt våre øvrige etiske forpliktelser i samsvar med disse kravene.

Vårt revisjonsfirma anvender internasjonal standard for kvalitetskontroll (ISQC) 1 *Kvalitetskontroll for revisjonsfirmaer som utfører revisjon og forenklet revisjonskontroll av regnskaper samt andre attestasjonsoppdrag og beslektede tjenester*, og opprettholder følgelig et omfattende kvalitetskontrollsystem som inkluderer dokumenterte retningslinjer og rutiner knyttet til etterlevelse av etiske krav, profesjonsstandarder og gjeldende juridiske og regulatoriske krav.

Penneo Dokumentnøkkel: CI 10G-PXYV5-FD0NIN-4DSGD-VNEMWA-YJEF



Handlinger og funn

Vi har utført handlingene beskrevet nedenfor, som er avtalt med Havparken AS i oppdragsavtalen som er datert 30. september 2022, relatert til dette oppdraget.

Nr.	Handlinger	Funn / bekreftelser
1	Innhente engasjementsavtale (datert 1.februar 2017) for Rolf-Henning Blaasvær og angi hvordan engasjementsforholdet er håndtert i Havparken AS sine regnskaper for 2017 - 2021 knyttet til arbeidsrettslige forhold	Rolf-Henning Blaasvær har ikke vært behandlet som ansatt arbeidstaker i selskapet for angitt periode, men som engasjert konsulent. Selskapet har ikke vært ansvarlig for pensjon, forsikringer mm.
2	Innhente Havparken AS sine regnskaper for 2017 - 2021 og angi om hvorvidt det er foretatt utbetalinger til Rolf-Henning Blaasvær etter engasjementsavtale av 1.2.2017 punkt 7, 1 og 2 avsnitt, som gjelder bonus (success-fee).	Rolf-Henning Blaasvær har ikke mottatt utbetalinger fra selskapet i 2017 - 2021 med bakgrunn i engasjementsavtale av 1.2.2017 punkt 7, 1 og 2 avsnitt. (bonus / success-fee)
3	Innhente Havparken AS regnskaper for 2017 - 2021 og angi hvorvidt det er foretatt kostnadsføringer knyttet til engasjementsavtale av 1.2.2017 punkt 7, 6. avsnitt (et evt erstatningsbeløp)	Selskapet har for hvert av årene 2017-2019 avsatt kr. 1 200 000, totalt kr. 3 600 000 pr. 31.12.2019 som forpliktelse i årsregnskapet knyttet til engasjementsavtale av 1.2.2017, punkt 7, 6. avsnitt. (et evt erstatningsbeløp) Selskapet har i årsregnskapet for 2020 tilbakeført avsetning på kr. 3 600 000, det vises til nærmere redegjørelse i årsregnskapet 2020 note 1 for bakgrunn for tilbakeført avsetning. Selskapet har i årsregnskapet for 2021 ingen avsetning knyttet til engasjementsavtalen punkt 7. 6. avsnitt.
4	Innhente dokumentasjon på hvorvidt Havparken AS er merverdiavgiftregistrert.	Selskapet har ikke vært merverdiavgiftsregistrert fra etableringen og frem til dags dato.
5	Innhente dokumentasjon på det er foretatt lønnsinnberetning for Rolf-Henning Blaasvær for utbetaling av kilometergodtgjørelse og diettgodtgjørelse etter statens satser, i henhold til engasjementsavtalen punkt 6, 2 avsnitt	For årene 2017 - 2021 er det ikke foretatt lønnsinnberetning av kilometergodtgjørelse eller diettgodtgjørelse, da det ikke er utbetalt slike oppgavepliktige ytelser til Rolf-Henning Blaasvær



6	Innhente dokumentasjon på at leverte utgiftsrefusjoner fra Rolf-Henning Blaasvær etter engasjementsavtalen av 1.2.2017 punkt 6, 2 avsnitt er dokumentert etter gjeldende regelverk.	Ved utført revisjon for 2017-2021, er det ikke avdekket avvik i dokumentasjon for refusjon av faktiske utlegg som Rolf-Henning Blaasvær har fått refundert etter gjeldende regelverk.
7	Innhente dokumentasjon på at Rolf-Henning Blaasvær har fakturert og fått refundert kr. 5 000 pr mnd etter engasjementsavtale punkt 6, 3. avsnitt (kontorhold)	Rolf-Henning Blaasvær har for årene 2017-2021 fakturert og fått utbetalt kr. 5 000 pr måned etter engasjementsavtalen punkt 6, 3. avsnitt. (kontorhold)
8	Innhente bekreftelse for at selskapets rutine for godkjenning av refusjon utgifter etter engasjementsavtalen av 1.2.2017, punkt 6 for Rolf-Henning Blaasvær har vært slik at styreleder har godkjent utgiftene før Havparkens regnskapsfører har foretatt utbetalingen.	Det er innhentet bekreftelse fra selskapet og regnskapsfører på at beskrevet rutine gjennomføres ved refusjon av utgifter etter engasjementsavtalen av 1.2.2017 punkt 6.

Kristiansund, 30. september 2022
BDO AS

Henning Rødal / Sign
statsautorisert revisor

VEDLEGG 23 MELDING OM Å FRATRE SOM PROSJEKTANSVARLIG OG DAGLIG LEDER

HAVPARKEN

Melding om å fratre som prosjektansvarlig og daglig leder.

Det henvises til min Engasjementsavtale med Kristiansund kommune gjennom Bolgneset Utvikling AS (senere Havparken AS) datert 1.februar 2017. Nå er tiden kommet til å varsle styret formelt om at jeg ønsker å fratre som prosjektansvarlig og daglig leder når avtalene med den utvalgte Entreprenør/investor for opparbeidelse av Bolgneset er inngått, signert og godkjent. Jeg vil på det tidspunkt ikke kreve at en 6 mnds oppsigelsesfrist vil være gjeldende.

Dette er i tråd med hva undertegnede varslet styret om tidligere denne måneden.

Bakgrunnen er at mine arbeidsoppgaver i engasjementet snart er utført.

Det reviderte konkurransegrunnlaget ble kunngjort den 12.september 2022, og det ligger i planene at en avtale med Entreprenør/investor bør kunne foreligge vinter/vår 2023.

Jeg vil fortsette med mine arbeidsoppgaver frem til den tid, og eventuelt også lenger dersom det oppstår forsinkelser. Det innebærer at jeg fortsatt vil arbeide vederlagsfritt, kun med visse refusjoner, samt den avtalte Success-fee inntil avtalene med Entreprenør/investor er inngått, signert og godkjent.



Rolf-Henning Blaaevær

Sandefjord, 30.september 2022

VEDLEGG 24 TILBAKEMELDING PÅ HØRINGSUTKAST TIL RAPPORT – VERSJON 2. FRA HAVPARKEN V/STYRELEDER DATERT 9. DESEMBER 2022

HAVPARKEN

I det følgende vil Havparken ved styreleder kommentere følgende i rapporten;

Ref. s. 17 i Rapporten:

Her er det fra MMR sin side skrevet «Er Regelbrudd» som oppfattes nettopp slik, men i opplistingen av konklusjon er ikke dette korrekt framstilt, da det brukes ord som «fremstår uklart», «anses ikke» og «synes». Det er kun de to siste kulepkt. som advokat Friberg anser som «er regelbrudd». I tillegg er det valgt understreking og fet skrifttype som ytterligere forsterker fremstillingen som en konklusjon. Dette er uheldig hvis man skal få et korrekt bilde.

Avtale med RHB fra 2017.

Ref s. 21 i Rapporten:

«... I anskaffelsesforskriftens § 2-3 er det inntatt regler om hvordan denne verdiberegningen skal foretas. Her er det bl.a. fastsatt at: «Oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva, inkludert enhver opsjon.....»

Avtalen, slik den ble forelagt et nyvalgt styre for Bolgneset Utvikling, var gjennomarbeidet av den gang assisterende rådmann Per Sverre Ersvik. Det lå en tillitt i at både rådmann og ass.rådmann gikk god for avtalen slik den var utformet. Styret var trygg på at avtalen var innenfor lover og regler, og at avtalens art var avklart.

Styret hadde dog en diskusjon rundt begrepet «successfee» som var et fremmed begrep i kommunal sammenheng. Dette var utradisjonelt, men var en mulighet for kommunens del, å sette i gang et arbeid uten at det ville påvirke økonomisk drift for en kommune på ROBEK, og med store innsparingsprosesser på gang. Slik jeg vurderte dette den gang var vi hadde en rådmann som kom fra det private næringsliv, og ikke ukjent med begrepet. At det ble en slik oppgjørsform har sin naturlige forklaring i den kompetanse og erfaring som vår rådmann hadde.

Avtalens antatte verdi: Status for prosjektet den gang var at det var stor usikkerhet knyttet til om vi ville lykkes med å få regulert et den gang, ikke avklart område. Dvs at omfanget/størrelsen på arealet ikke var avklart på tidspunkt for avtaleinngåelse med RHB. Kristiansund kommune eide noen eiendommer som var ervervet tidligere, men styret hadde ikke på dette tidspunkt hatt noen styrebehandling på hvor stort areal vi ville inkludere i en reguleringsplan, og om vi i det hele tatt ville få ervervet eiendommer tilhørende området som vi i dag har regulert. Det vil si at verdien av succesfee på det tidspunkt avtalen ble signert ikke kunne tallfestes. Da må man i så fall ta utgangspunkt i det arealet vi allerede eide i 2017.

Det viktigste for styret/kristiansund kommune på dette tidspunktet, var å få satt i gang et prosjekt som vi politisk hadde vedtatt. Den økonomiske risikoen lå hos RHB, da det var knyttet stor usikkerhet til om vi ville lykkes med et arbeid som tidligere var forsøkt gjennomført av andre uten å lykkes. Kristiansund kommunes kjennskap til RHB kapasitet, kompetanse og kunnskap var også en viktig faktor.

S

Avtale med RHB fra 2021. I forhold til avtalen i det som da ble definert som fase 2, så var det tidsbegrenset 1 årig engasjement knyttet til markedsføringsoppgaver ref pkt 2 og 3 i avtalen. Verdien av denne kontrakten var på kr 480 000. Jeg hadde i forkant drøftet med leder i vår innkjøpsavdeling i Kristiansund kommune at summen var under terskelverdi ifht å legge ut dette arbeidet på anbud ref Anskaffelsesforskriften § 5-1(2) gjelder anskaffelsesforskriften Del II for «kontrakter med en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner eksl. mva.,» Denne kontrakten er fra styrets side helt uten tilknytning til avtalen fra 2017, og kunne også vært et oppdrag vi naturlig kjøpte fra andre. Det er også derfor avtalen var på 1 års varighet, at styret vurderte at markedsføring og promotering krever en annen kompetanse enn det RHB besitter. Hans arbeidsoppgaver var derfor knyttet til oppfølging og administrering av kontakt med reklamebyrå som utarbeidet logo og hjemmeside for selskapet.

Med vennlig hilsen

Berit Tønnesen

Styreleder Havparken-selskapene

Kristiansund 9. desember 2022

VEDLEGG 25 KOMMENTARER TIL RAPPORT-UTKAST FRA MRR. FRA DAGLIG LEDER DATERT 5. DESEMBER 2022

Rolf-Henning Blaasvær
Hystadstranda 33
3209 Sandefjord

Til
Møre og Romsdal Revisjon SA
v/ Marianne Hopmark SA
Ålesund / Molde

Den 5. desember 2022

KOMMENTARER TIL RAPPORT-UTKAST FRA MRR

Undersøkelse / Forvaltningsrevisjon

Ang avtaler med RHB

Det vises til mottatt utkast til rapport, datert November 2022.

Møre og Romsdal Revisjon AS (MRR) ber i sin e-post datert mandag 28.november 2022 om at dette siste utkastet blir gjennomgått og kommentert før den endelige rapporten oversendes til Kontroll- for utvalget behandling. Undertegnede har følgende kommentarer:

Kristiansund kommune er oppdragsgiver:

- **Engasjementsavtalen med Havparken AS fra 2017**

Undertegnede vil påpeke at Kristiansund kommune er oppdragsgiver for det engasjementet som undertegnede avtalte i 2017. Jeg ble ikke engasjert av styret i Bolneset Utvikling AS.

I avtaletekstens første setning står følgende:

«Kristiansund kommune (KK) har gjennom det nyopprettede selskapet Bolneset Utvikling AS (BU) engasjert RHB til å bistå med å utvikle sjønære arealer til næringsvirksomhet på Bolneset og vestover.»

Kommunen forhandlet frem engasjementsavtalen med undertegnede gjennom årene 2015 og 2016, og la den frem for styret på dets første møte i februar 2017 som en ferdigforhandlet avtale. Styret valgte selv ikke prosjektleder og daglig leder, og var ikke involvert i drøftelsene og utformingen av avtalens innhold.

Kristiansund kommunes rolle er underkommunisert i MRR-rapporten. Ansvarsforholdet for avtaleinngåelsen i 2017 skal tillegges kommunen – ikke styret. Dette må fremgå av rapporten.

- **Engasjementsavtalen med Havparken fra 2021.**

Undertegnede leser av rapporten på side 31 nederst at 2021-avtalen – som er et markedsførings- engasjement for Havparken AS i regi av undertegnede – hevdes å være en del av 2017-avtalen.

Det står følgende i rapporten:

«2021-avtalen og 2017-avtalen vurderes å være én og samme avtale»

Dette er ikke korrekt. 2021-avtalen gjelder utførelse av diverse markedsføringsaktiviteter som et frittstående prosjekt. Kristiansund kommune utarbeidet en søknad til Møre og Romsdal fylkeskommune (MRFK) om et slikt prosjekt, og kommunen sto selv som formell søker.

MRFK støttet markedsførings-prosjektet, og innvilget et tilskudd til dette på NOK 2,5 mill.

Markedsførings-avtalen fra 2021 mellom RHB og Havparken AS ble inngått i tråd med innholdet i denne søknaden, og var en tilleggstjeneste som skulle honoreres likt det budsjettet som ble godkjent av MRFK og senere av Kristiansund kommune.

Bevilgningen som utbetales oppdelt og halvårlig fra MRFK, overføres til Kristiansund kommunes konto. (for deretter å bli overført til Havparken AS)

Igen så viser dette at Kristiansund kommune opptre som oppdragsgiver for Bolgneset-prosjektet «*gjennom selskapet Bolgneset Utvikling AS*» (nå Havparken AS), slik det står formulert i 2017-avtalen.

Markedsførings-engasjementet etter 2021-avtalen som startet opp 1.januar 2021, ble for øvrig avsluttet pr april 2022. Engasjementet er i henhold til avtalen slutfakturert med 6-mnds oppsigelse deretter.

Havparken AS og Havparken Eiendom AS er to adskilte rettssubjekter:

- **Engasjementsavtalen med Havparken Eiendom AS fra 2019.**

Underegnete leser i MRR rapporten på side 31 at MRR stiller spørsmål om 2019-avtalen «*skal vurderes isolert, eller som en del av samme anskaffelse* [som 2017-avtalen].

Det er en misforståelse at 2017-avtalen med Havparken AS og 2019-avtalen med Havparken Eiendom AS kan sees på som en del av samme anskaffelse. Bortsett fra at det er undertegnede (RHB) som er engasjert i begge avtalene, er avtalene inngått med to helt adskilte rettssubjekter.

Det er ikke juridisk dekning for å hevde at en avtale / en anskaffelse i ett rettsobjekt kan gjøres gjeldende som en delanskaffelse for et annet rettssubjekt.

Engasjementet for Havparken Eiendom AS utføres vederlagsfritt, og det er derfor korrekt slik MRR selv skriver at 2019-avtalen faller utenfor anskaffelsesregelverket. (anskaffelsesforskriften § 5-2, «Eneleverandør-unntaket»).

Rapporten må være tydeligere på dette punktet.

Habilitet - et styremedlem som samtidig er saksbehandler for Kristiansund kommune:

- **Habiliteten til styremedlem Helge Hegerberg**

På side 44 i rapporten er det skrevet inn en problemstilling om hvorvidt styremedlem Helge Hegerberg etter MRR sin mening var habil til samtidig å være saksbehandler for kommunen i saken for Formannskapet den 10.11.2020; «*Bolgneset går fra fase 1 til fase 2 – Overordnet avtale med entreprenørfellesskapet Holth/Hæhre*».

Selv om styremedlemmet Helge Hegerberg ikke er navngitt, er det for alle og enhver ingen tvil om at det er Hegerberg som omtales.

Vi kan ikke se at Hegerberg har hatt anledning til å kommentere, forklare eller tilbakevise den påstand som MRR kommer med om inhabilitet. Det er etter undertegnedes mening et grovt feiltrinn av MRR å skrive inn en slik påstand uten at Hegerberg har vært skriftlig kontaktet. Det forventes at dette rettes opp før endelig rapport utarbeides, og at Hegerbergs svar tas med i rapporten.

Dersom det ikke er tid til en slik kontradiksjon, så bør avsnittet fjernes fra rapporten.

Med vennlig hilsen



Rolf-Henning Blåsvær

MRR

Møre og Romsdal Revisjon SA

Hovedkontor: Kristiansund

Avdelingskontor: Ålesund, Molde, Surnadal

Eiere:

Aure, Averøy, Kristiansund, Rindal, Smøla, Surnadal, Tingvoll,
Aukra, Hustadvika, Gjemnes, Molde, Rauma, Sunndal, Vestnes,
Fjord, Giske, Sula, Stranda, Sykkylven og Ålesund.

Møre og Romsdal fylkeskommune.