

Norges vassdrags- og energidirektorat
Postboks 5091 Majorstuen
0301 Oslo

Att.: Hilde Aass

Ansvarlig advokat:
Peter Aall Simonsen

Vår ref.:
72426 501 PES/CWA

Deres ref.:
200700282-102, 200701246-
241

Oslo
2. april 2020

Avklaring av vilkår - klage på vilkår for tillatelse til utsatt frist for idriftsettelse

1 Innledning og oppsummering

Vi viser til NVEs vedtak av 17. mars 2020 der det gis utsatt drift for idriftsettelse av Kvitfjell og Raudfjell vindkraftverk til 31. desember 2020.

Vi er svært overrasket over at NVE har satt vilkår om anleggsstans i kalvingsperioden for reinsdyr fra 1. mai til 15. juni. Vilkåret er svært inngripende og vil innebære et økonomisk tap på i overkant av 69 millioner kroner. Det er ingen forholdsmessighet mellom de ulemper og kostnader vilkåret medfører og det som oppnås.

Vår vurdering er at det uansett ikke skal være vanskelig, uten anleggsstans, å finne ytterligere tiltak for reindriften, om det er nødvendig, som både sikrer (i) reindriften og (ii) ferdigstilling av prosjektet uten uforholdsmessige tap og permitteringer i en vanskelig tid. Gjenværende arbeider er kritiske for ferdigstillingen. De innebærer heller ikke tungtransport under kalvingssesongen da alle komponenter er på site.

Prosjektet har ikke hatt holdepunkter, mottatt klager eller blitt varslet om at tidligere års ordning med kalvingsgjerde, økonomiske bidrag til før og gjeting med mer bekostet av prosjektet ikke har fungert.

Vilkåret er satt på bakgrunn av et konsultasjonsmøte med Dorvvošnjárgga siida hvor tiltakshaver ikke fikk delta og hvor tiltakshaver heller ikke har fått referatet til uttalelse. Dette er et klart brudd på kontradiksjonsprinsippet og en klar saksbehandlingsfeil som innebærer at saken ikke var tilstrekkelig opplyst, jf. fvl § 17 og at vilkåret er ugyldig, jf. fvl § 41.

Videre foreligger det ikke rettslig grunnlag i energiloven § 10-4 for å ilegge vilkåret, og NVEs vurdering er for alle tilfelle mangelfullt og fundert på en uriktig rettsoppfatning som også innebærer at vilkåret er ugyldig. Det er intet i eksisterende konsesjon og planer som hadde hindret prosjektet fra å gjennomføre aktuelle monteringer og ferdigstillinger i april og mai 2020 uten å søke om utsatt idriftsettelse.

Videre følger det direkte av Olje- og energidepartementets vedtak av 13 mars 2020 i klagesaken tilknyttet MTA at det ikke skal pålegges noen stans i anleggsarbeid under kalvingen våren 2020.

2 Faktiske virkninger av vilkåret

NVEs vedtak av 17. mars 2020 er fattet med følgende vilkår:

- Det skal ikke gjennomføres anleggsarbeid i perioden 01.05.2020 til 15.06.2020.
- Anleggsveiene med brøytekanter skal tilpasses i forkant slik at reinen kan ferdes sikkert i forbindelse med kalvingsperioden. Tilpasning skal skje i samråd med Dorvvošnjárgga siida. Dersom det er uenigheter knyttet til tilpasning av veiene skal saken oversendes NVE for avgjørelse.
- Oppdatert kommunikasjonsplan med reinbeitedistriktet skal forelegges NVE innen 15.04.2020.

Vilkåret om anleggsstans i perioden 1. mai til 15. juni 2020 vil ha store konsekvenser for gjennomføringen av prosjektet. Anleggsstans vil ha store økonomiske konsekvenser foruten forårsake ytterligere forsinkelser.

NVE skriver i vedtaket at det "[e]tter NVEs vurdering er det særlig viktig at det ikke foregår noen aktivitet i området under kalvingsperioden". Dette kan tolkes dithen at NVE mener tiltakshaver heller ikke skal ha anledning til å foreta koblingsarbeider på de turbiner som monteres nå i april og at prosjektområdet i realiteten skal tømmes i perioden 1. mai til 15. juni. For tiltakshavers del betyr det at nedrigging, sikring og lagring av komponenter og utstyr, og nedstengning av anlegget med 60 personer må starte senest en uke før kalvingssesongen, altså 24. april.

Videre vil man ha behov for ca. en uke for å starte opp igjen anlegget, med forbehold om at man fremdeles finner tilgjengelig personell i juni. Oppstart av installasjonsarbeider er derfor ikke mulig før ca. 23. juni. Tiltakshavers og turbinprodusents kontrakt med installasjonsselskap legger opp til full turbinmontering med to hovedkraner i mai-juni. Installasjonsselskapet har oppdrag også for andre vindkraftanlegg. Det er pr i dag press i markedet for installasjonskapasitet. Det er derfor ikke usannsynlig at man i juni ikke får nok personell til å operere to hovedkraner, men kun en, med de ytterligere forsinkelser og økonomiske konsekvenser det vil medføre.

Man må altså påregne minimum åtte ukers full stans, i tillegg til turbiner installert i april som ikke knyttes til strømmettet før i juni/ juli.

Det daglige økonomiske tapet ved stillstand på anlegget er estimert til NOK 1 027 307:

Årsak til økonomisk tap	Daglig tap
Kraner og installeringsmannskap - stillstand	NOK 651 194,-
Rigg og drift - stillstand	NOK 264 237,-
Snøryddingsutstyr ute av produksjon	NOK 111 876,-
Sum stillstand anlegg per dag	NOK 1 027 307,-

Sum stillstand anlegg 8 uker: NOK 57 529 192,-

Videre kommer ned- og oppriggingskostnader i forbindelse med anleggsstans og ny oppstart, hvilket estimeres til NOK 4 000 000,-

6 til 8 turbiner installert i april som ikke vil kunne kobles til nettet før i juni-juli, samt forsinket montasje (8 uker) på 17 til 20 turbiner vil gi produksjonstap på i overkant av NOK 7 500 000,- basert på en installasjonsrate på 4 turbiner i uken.

Totalt økonomisk tap som følge av full stans pålagt av NVE i denne kritiske perioden, er følgelig estimert til totalt NOK 69 029 192,-

Følgende kostnader er ikke inkludert:

- Lokale ringvirkninger som følge av at ca. 35 lokale medarbeidere må permitteres i kalvingsperioden, i en tid hvor mange bedrifter har økonomiske utfordringer
- Skader på blader og andre sårbare komponenter som blir liggende under snøen som jevnlig må snøryddes og snus
- Vedlikeholdsarbeider på eksisterende turbiner; det er typisk mer vedlikehold de første månedene etter at en turbin er installert
- Ytterligere produksjonstap dersom man kun får operert én og ikke to hovedkraner og/ eller uoptimale skift pga mannskapsmangel. Med kun én hovedkran vil ikke siste turbin være ferdigmontert før i september-oktober, og i drift i oktober-november 2020.
- Renter og andre utlegg som følge av denne situasjonen

Covid 19-situasjonen har for dette som mange andre anlegg skapt vesentlige utfordringer og Tromsø kommune har strenge karantenereregler. Etter å ha vært nødt til å stenge ned anlegget en periode, har tiltakshaver nå lyktes med å bringe opp personell som for øyeblikket er i karantene, og flere vil komme tilbake i løpet av de neste dagene. Personell kommer fortløpende ut av karantene, og alle vil den 20. april være ute av karantene. Begge hovedkranene kan da igjen opereres med optimale skift. Dette er personell som i perioden med covid 19-resitriksjoner kun vil oppholde seg på anlegget.

Vi har vanskelig for å forstå at NVE vil hindre disse arbeidene i en kritisk fase og i en periode på over åtte uker. I sitt godkjenningsvedtak for MTA i planområdet skrev NVE at "*[d]e månedene det er snakk om [mai-juni] er de mest produktive for utbygging av vindkraftverket*".

NVEs vedtak 17. mars 2020 går ikke konkret inn på hvordan anleggsarbeid i perioden 1. mai – 15. juni vil influere på reindriften i kalvingsperioden. I prosjektets søknad om utsatt frist for idriftsettelse er det vist til at det nå i all hovedsak kun er turbinmontasje og ferdigstillelesarbeider som gjenstår og at det dermed er meget begrenset med anleggstrafikk i området. Trafikken i området er hovedsakelig persontransport med mindre kjøretøyer og flytting av kraner innenfor begrensede avstander, ettersom turbinene som nå monteres står nær hverandre.

3 Forståelse av vilkåret – avklaring

Vi oppfatter at vilkåret ikke bare retter seg mot tungtransport opp og ut til de enkelte turbinpunkter, men at det også forbyr montering av turbiner på site og ferdigstilling av disse. Det vil, i den monteringsfasen prosjektet nå er i, ikke være behov for tungtransport opp til turbinpunktene, men persontransport og flytting av kran fra et turbinpunkt til et annet.

Vi er ikke kjent med i hvilken grad NVE har skilt mellom de ulike aktivitetene. Det er vesentlig forskjell mellom (i) tungtransport på den ene side og (ii) persontransport og den noe sjeldnere flyttingen av kraner på den andre side. Vi anmoder NVE om å klargjøre om at det er ment eller bør skilles her når det gjelder forståelsen av vedtaket.

4 Behovet for anleggsstans

Reindriften har ikke overfor tiltakshaver sagt at kalvingsgjerdet med gjetning og føring bekostet av tiltakshaver ikke tar tilstrekkelig godt hånd om kalvingsperioden.

Vi anser det uansett som uproblematisk for reinsdyra å kalve i anleggsområdet ettersom det er lite med anleggstrafikk og at det uansett ikke foregår bygging nord på Raudfjell, i Bogdalen, størstedelen av Kvittfjell og i området Tverråsen/ Buvikdalen.

Det er svært begrenset anleggstrafikk i området i den pågående fasen av prosjektet. Alle turbinkomponentene er kjørt ut til planområdet og det arbeides med å montere turbinene. Trafikken på fjellet består i all hovedsak av persontransport. Ulempene for reindrifta er dermed meget begrenset sammenlignet med foregående år da det var betydelige anleggsarbeider i forbindelse med veibygging, oppstillingsplasser for turbiner i store deler av prosjektområdet samt oppføring av trafobrygger og servicebygg.

Det monteres fire turbiner i uka og heisekranene som løfter turbinene på plass flyttes til ny oppstillingsplass når monteringen er ferdig. Ettersom de gjenstående turbinene er i nærheten av hverandre er det ikke tale om forflytning av kraner over større strekninger. Kranene blir ikke transportert ut av området før etter kalvingssesongen.

Bilag 1 viser planlagte bevegelser / turbininstallasjoner i anleggsområdet i perioden. Denne fremdriftsplanen er oppdatert den 27. mars 2020 og tar hensyn til covid 19-situasjonen/ karantene. Man ser også på kartet at det er store områder hvor det ikke er aktivitet i mai-juni og hvor reinsdyra kan bevege seg uforstyrret.

Bilag 1: Oversiktskart Raudfjell og Kvitfjell med kjøreplan for montering av turbiner

Det kan om nødvendig, i likhet med foregående kalvingssesonger, gjøres ytterligere tiltak for å hensynta reinsdyra i kalvingsperioden som nevnt over. Eksisterende kommunikasjonsplan, godkjent av siidaen, reinbeitedistriktet og NVE i 2018, legger også opp til dialog med reineierne i forkant av kalvingssesongene:

*"Kalvingsperioden (1.mai -15. juni) og brunsttiden (15.sept-15.nov):
Særskilt aktsomhet skal vises - hyppigere kontakt mellom reineiere og site manager. Avtale nærmere med reineier i planleggingsmøte"*

Slik dialog var også tiltakshavers intensjon i år. Det er uproblematisk å gjennomføre en planlegging av kalvingssesongen med reindriften innen 1. mai. Tiltakshaver er innstilt på å få til det samme gode samarbeidet i år som i fjor. Dette inkluderer også tilpasning av anleggsaktivitet i akkurat de dagene hvor flokken samles.

Tiltakshaver har pr e-mail tatt kontakt med reindriften med det mål om å få til en dialog og enighet om hvilke tiltak som skal på plass før kalvingssesongen begynner. Reindriften har så langt ikke imøtekommet en slik henvendelse da den viser til at NVE har pålagt anleggsstans.

5 Saksbehandlingsfeil

5.1 Prosessen frem til vedtak 2020

NVEs vedtak viser at det inkom tre høringssvar. Avgjørende for NVEs vurdering synes nå imidlertid å være konsultasjonen med Dorvvošnjárgga siida. Det er avholdt et konsultasjonsmøte med siidaen 4. mars 2020 iflg. opplysningene i vedtaket. Prosjektleder hos tiltakshaver, Stephan Klepsland, anmodet om å få delta i dette møtet, men fikk avslag på dette.

Vi har heller ikke fått referat fra dette møtet og har ikke fått anledning til å komme med uttalelse til kravene siidaen har stilt i konsultasjonsmøtet. Tiltakshaver har derfor heller ikke blitt foranlediget til å reagere eller blitt forelagt noen begrunnelse eller konsekvensvurdering for reindriften tilknyttet turbinmontasje i kalvingssesongen.

Siidaen tok opp spørsmålet rundt fortsatt anleggsaktivitet/ turbinmontasje i kommende kalvingssesong høsten 2019, ved korrespondanse både til tiltakshaver, NVE og OED. Tiltakshaver svarte både reindriften,

NVE og OED. Vi mener at NVE derfor har hatt klar foranledning til å drøfte et eventuelt behov for vedtak med så store konsekvenser på en ordentlig måte med tiltakshaver dersom NVE er av oppfatning av at slikt vilkår er aktuelt.

Tiltakshaver har heller ikke blitt kontaktet av siidaen med hensyn til planlegging av kalvingssesongen 2020 med krav eller innspill som viser at det ikke fungerte i 2019. Dette var f.eks. ikke tema på møte mellom tiltakshaver og siidaen 18. desember 2019.

Kalvingen i 2019 foregikk i kalvingsgjerdet og med økonomisk støtte fra tiltakshaver til ekstra gjeting, føring mm. Hverken reindriften eller NVE har meldt tilbake at dette ikke skal ha fungert, hverken skriftlig eller i møter i 2019 eller 2020.

Kalvingsgjerdet er bekostet som en *permanent* installasjon av tiltakshaver i henhold til avtale med siidaen i april 2018 etter et fellesmøte hvor også NVE deltok. Gjerdet som ble satt opp sommeren 2018, viste seg ikke å være tilpasset snøforholdene, og var foranledningen til at NVE forut for kalvingssesongen 2019 påla tiltakshaver også å finansiere oppgradering av gjerdet til et permanent kalvingsgjerde, jfr NVEs pålegg om etablering av kalvingsgjerde (ref. 201505233-324). Til sammen har tiltakshaver lagt ut over NOK 1 000 000 i materialer til 9 000 meter permanente kalvings- og sperregjerder.

Tiltakshaver påtok seg som nevnt over å yte økonomisk støtte i 2019 tilknyttet kalving i form av dekking av ytterligere kostnader forbundet med gjeting, føring mm for om lag 800 000 kroner eks mva .

Bilag 2: Avtale datert 26. april 2019

Tiltakshaver har derfor, basert på avtaler med siidaen og pålegg fra NVE, hatt en klar forventning og oppfatning av at disse gjerdeanleggene fungerte og skulle benyttes ut anleggstiden i gjeldende konsesjon foruten i driftstiden. Vi minner om at mai-juni er en spesielt viktig periode for vedlikehold av turbiner og veier etter vintersesongen.

5.2 Manglende forhåndsvarsel

NVE skriver i sitt vedtak at siidaen anmodet om konsultasjon den 18. februar 2020, og møtet ble avholdt den 4. mars. Allerede samme dag sendte NVE en e-post til tiltakshaver der tiltakshaver ble anmodet som følger:

"NVE ber derfor tiltakshaver legge fram en oppdatert framdriftsplan som tar hensyn til anleggsstans i kalvings- og/eller brunstperioden. Planen skal omtale hvilke type anleggsarbeid som gjenstår, herunder antall turbinfundamenter, turbinmontasje, veibygging og istandsetting, og når de er planlagt slutført."

Tiltakshavers svar den 12. mars hvor det redegjøres for at turbinmontering vil skje i mai og juni viser klart for NVE at tiltakshaver på ingen måte har oppfattet denne e-mailen som noe varsel om anleggstans i seks uker i en kritisk fase av prosjektet, men en upresis forespørsel om fremdriftsplan mm. E-mailen ble sendt på et tidspunkt hvor tiltakshaver verken hadde fått negative tilbakemeldinger fra reindriften eller NVE på kalving i gjerde ei heller møtereferat fra konsultasjonsmøtet.

E-posten fra NVE til tiltakshaver 4. mars 2020 er således intet forhåndsvarsel om vedtaket og dets innhold. NVE har praksis for å sende ut brev før de fatter vedtak hvor det i innledningen vises eksplisitt til at det er et varsel om vedtak og dets konkrete stinnhold.

Denne e-posten ble ikke oppfattet og kan ikke sees på som annet enn en forespørsel fra NVE om å vurdere forskjellige alternativ. Tiltakshaver fikk frist til den 11. mars (med utsatt frist til den 12. mars) til å legge

frem denne fremdriftsplanen. Den 11. mars ble tiltakshaver også bedt om uttale seg om tre høringsuttalelser (ingen av dem fra siidaen/ reindriften) med en dags frist.

Den 16. mars ble møtereferatet fra konsultasjonen ifølge NVE godkjent og allerede dagen etter, den 17. mars, fattet NVE vedtaket. Tiltakshaver har således ikke fått vite hva som kom frem i møtet eller står i referatet før det er fattet et vedtak som vi antar etterkommer påstander og krav fremmet under møtet. Inntil i dag har tiltakshaver heller ikke sett dette referatet.

Det er en saksbehandlingsfeil at det ikke er sendt ut forhåndsvarsel om vedtakets innhold, jf. fvl § 16 der det fremkommer:

"Part som ikke allerede ved søknad eller på annen måte har uttalt seg i saken, skal varsles før vedtak treffes og gis høve til å uttale seg innen en nærmere angitt frist."

Manglende forhåndsvarsel kombinert med at tiltakshaver ikke har mottatt referat fra konsultasjonsmøtet til uttalelse er alvorlig saksbehandlingsfeil. Utbygger er verken foranlediget eller gitt mulighet til å uttale seg til eller å imøtegå disse kravene fra siidaen.

Saksbehandlingsfeilen innebærer at saken ikke var tilstrekkelig opplyst da NVE fattet vedtaket, jf. fvl § 17, noe som medførte at NVE har oppstilt et vilkår som innebærer betydelige ulemper for tiltakshaver, herunder et økonomisk tap på over 69 000 000,- kr.

5.3 Konsekvenser av manglende forhåndsvarsel

Tilpasninger av anleggsvirksomheten for i størst mulig grad hindre forstyrrelse av reinen i kalvingsperioden er ikke vurdert, og heller ikke etterspurt. Aktuelle tiltak kunne for eksempel være forsterket vakthold/gjeting rundt de steder i anleggsområdet monteringsarbeider skal skje, eller strengere regulering og konsentrasjon av transporter opp til anleggsområdet, redusert kjørehastighet, og anleggsstans de dagene hvor flokken samles.

Den manglende muligheten til å kommentere kravene fra siidaen har hatt innvirkning på vedtakets innhold og at feilen fører til at vedtaket er ugyldig, jf. fvl § 41.

I lys av at kalvingsseasonen 2019, med den omfattende anleggsaktiviteten som var da, gikk greit og uten klager fra siidaen, burde ikke årets kalvingsseason med kun turbinmontasje og persontrafikk by på utfordringer som ikke kan la seg løse i minnelighet. Sett i lys av kostnader, er slike tiltak det beste for samfunnet.

6 Manglende rettslig adgang til å fatte vilkåret

6.1 Det foreligger ikke rettsgrunnlag for vilkåret

For å kunne stille vilkår for tillatelsen må det enten foreligge hjemmel til dette i lov eller det må kunne utledes alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. I alminnelighet gjelder at vilkår som oppstilles må ha saklig sammenheng med avgjørelsen – her *den forlengede fristen* for idriftsettelse – og at vilkår ikke må være urimelig tyngende. At vilkåret ikke må være uforholdsmessig tyngende innebærer at det må foretas en avveining mellom de fordeler som oppnås ved å sette vilkåret på den ene side, og de ulemper det påfører parten på den annen. Se nærmere NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* punkt 34.2.1

NVE viser ikke til noe hjemmelsgrunnlag for oppstillingen av vilkåret ifm. avgjørelsen av søknaden om utsatt frist for idriftsettelse. Eksisterende konsesjon og godkjent MTA-plan legger ingen begrensninger i adgangen til anleggstrafikk frem til 1 juni 2020. At MTA-planen legger opp til ferdigstilling av anlegget i slutten av 2019 er ikke ensbetydende med at en ikke har rett til å bygge og ferdigstille frem til 1. juni

2020, slik NVE synes å antyde: "På tidspunktet for godkjenningene var det en klar forutsetning at det kun skulle være anleggsarbeid i 2018 og 2019". Dette er ikke noen forutsetning i MTA-godkjenningen.

Ettersom det klarligvis fremkommer av MTA at det siktes til ferdigstilling av turbinene sen-høstes 2019 er det tvert imot rimelig grunn til å forvente at det vil være ferdigstilling av veier, oppsamlingsplasser, istandsettingsarbeider med mer vår / forsommeren 2020.

At et prosjekt har forsinkelser i forhold til opprinnelig fremdriftsplan er ikke uvanlig. I dette tilfellet skyldes forsinkelsene flere forhold, som tiltakshaver ikke kan lastes for.

Foreliggende vedtak griper inn og endrer eksisterende konsesjon og godkjent MTA når det nå innføres anleggstopp i perioden 1. mai til 15 juni 2020.

For å gripe inn i en eksisterende konsesjon må NVE hjemle vilkåret i energiloven § 10-4 (*Omgjøring*):

"I særlige tilfelle kan de fastsatte vilkår endres av hensyn til allmenne interesser. Det skal tas hensyn til kostnadene en endring vil påføre konsesjonæren og de fordeler og ulemper endringen for øvrig vil medføre.

Endringer i vilkårene kan også foretas etter søknad fra konsesjonæren. Bestemmelsene i § 2-1 får anvendelse så langt de passer."

Bestemmelsen oppstiller flere vilkår for å kunne omgjøre vilkårene for konsesjonen. Omgjøring av vilkår skal kun benyttes i særlige tilfeller og av hensyn til allmenne interesser. Det tyder på at lovgiver har ment at terskelen for å omgjøre vilkår for konsesjonen skal være høy. Videre skal det tas hensyn til kostnadene endringen vil påføre konsesjonæren og for øvrig fordeler og ulemper endringen vil medføre.

Etter vårt syn er ingen av bestemmelsens vilkår oppfylt. For det første har vi vanskelig for å se at én rettighetshavers interesser oppfyller kravene i energiloven § 10-4 om at vilkår kan endres av hensyn til allmenne interesser. For det andre har ikke NVE foretatt en vurdering av konsekvensene det nye vilkåret vil ha for tiltakshaver.

NVEs begrunnelse for vilkåret er ensidig. Av vedtaket fremkommer kun at det er tatt hensyn til reindrifta, og det fremkommer ingen vurdering av hensynet til konsesjonæren. Vi viser til vedtaket side 5 – 6.

Vilkåret om stans i anleggsarbeidene innebærer et tap på mer enn NOK 69 000 000, se oversikten over i punkt 2. Det er også tvilsomt om tiltakshaver vil kunne starte opp igjen anlegget med nok personell til å operere to parallelle installasjonsteam, med påfølgende risiko for at man ikke rekker å ferdigstille anlegget før neste vintersesong, og under ingen omstendigheter rekker å ferdigstille istandsettingsarbeidet i år.

Dette representerer en betydelig ulempe for konsesjonæren. NVE skulle ha kartlagt denne ulempen, jf. plikten etter forvaltningsloven § 17 til å sørge for at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Ulempene som påføres konsesjonæren er klart uforholdsmessige sammenholdt med ulempene som påføres reindrifta, og som enkelt kan avbøtes. Bevegelsene i anleggsområdet i denne perioden vil i all hovedsak være persontransport til turbinpunktene.

Vi kan ikke se at det foreligger støtte verken i lovtekst eller i forarbeidene til bestemmelsen for å fastsette et vilkår slik det er gjort i den foreliggende saken. NVE legger til grunn en feil rettsoppfatning når de gjør om vilkårene for konsesjonen og MTA og detaljplan. På bakgrunn av dette er det klart at vedtaket er ugyldig.

6.2 Vilkåret er i strid med OEDs vedtak om anleggskonsesjonen og MTA

Vilkåret om anleggsstans i kalvingsperioden 2020 er i strid med OEDs vedtak om anleggskonsesjonen og MTA. NVE kan ikke omgjøre overliggende instans vedtak og skal følge dem opp ved nye vedtak.

Den opprinnelige fristen for idriftsettelse, 1. juni 2020, er gitt uten begrensninger i anleggstrafikken i kalvings- og brunstperiode. Dette kommer til uttrykk når NVE også skriver i sitt vedtak om godkjenning av MTA av 19. april 2018:

"I anleggskonsesjonene er det lagt til grunn at det skal kunne drives reindrift i området under utbygging og drift av vindkraftverket."

Begge virksomheter skal altså sameksistere. Vi er av den oppfatning at det ikke foreligger grunnlag for å endre premissene for anleggsarbeid i tiden frem til den opprinnelige fristen løper ut.

Det er søkt om utsettelse av fristen fra 1. juni 2020 til 31. desember 2020 og eventuelle vilkår for utsettelsen vil måtte gjelde fra 1. juni og utover, ikke i perioden frem til den opprinnelige fristen for idriftsettelse.

Videre er vilkåret i strid med vedtaket fra Olje- og energidepartementet datert 18. april 2018 der NVEs vedtak om tillatelse til konsesjonsendring ble opprettholdt. På side 5 og 6 i vedtaket uttaler OED:

"Departementet legger til grunn at atkomstløsningene fra Sørfjorden vil gi økte ulemper for reindriften i anleggsperioden, som følge av økt trafikk over Raudfjell og Bogdalen. Den tyngste og mest omfattende transporten vil foregå vår og sommer 2019. Departementet mener derfor at den økte anleggstrafikken i liten grad vil forstyrre rein på vinterbeite. Uavhengig av konsesjonsendringen ville den eksisterende veien gjennom Sørfjorddalen bli benyttet til transport av anleggsmaskiner i henhold til godkjent MTA- plan fase 1.

Departementets forståelse av NVEs vurderinger, innkomne uttalelser, konsultasjon med reinbeitedistriktet og innsigelsesmøtet med Fylkesmannen i Troms, er at de viktigste merulempene som følge av konsesjonsendringen vil være knyttet til påvirkning av trekk-/ flyttleier og forstyrrelser ved brunst og kalving. Endringen kan medføre et behov for inngjerding av flokken i kalvingsperioden i de to årene anleggstrafikken pågår. Aleksandersen opplyser at inngjerding i kalvingsperioden vil gjøre reinen stresset, som vil gi problemer med kalving. Kalvingsperioden varer normalt fra 1. mai til 15. juni og brunsten fra 15. september til 15. november. Reindriften ønsker at det settes vilkår om stans i anleggsarbeid i disse periodene.

En stans i anleggsarbeid i disse periodene vil gi store forsinkelser og økonomiske tap. Departementet mener at kalving, brunst og flytting av rein kan ivaretas i anleggsperioden gjennom vilkår som gjeting, foring, inngjerding og tett kommunikasjon slik at trafikken kan tilpasses kritiske tidspunkter ved eksempelvis vår- og høsttrekk. Informasjon fra siidaen, blant annet fremkommet gjennom departementets konsultasjon, vil være av betydning for fastsetting av vilkår i forbindelse med godkjenning av MTA, jf. konsultasjonsprotokoll med vedlegg.

Trafikken over Bogdalen, der planområdene er knyttet sammen med vei, vil øke som følge av konsesjonsendringen. Med atkomstløsningen fra Sørfjorden vil antall turbiner som skal fraktes på denne veien øke med 27. Dette er begrenset til en kort periode vår/ sommer 2019. Av hensyn til kalving og brunst må det i forbindelse med MTA-plan vurderes om det er aktuelt å sette vilkår om at frakt av de 47 turbinene over Bogdalen og Kvitfjell skal foregå mellom 1. juni og 15. september."

OED er altså av den oppfatning at reindrifta vil få økte ulemper i anleggsperioden som følge av at atkomstveien ble endret fra Buvika til Sørfjorden. Imidlertid mener OED at disse ulempene ikke kan medføre at det skal pålegges stans i anleggsarbeidene.

OEDs vedtak fra 18. april 2018 går også igjen som en rød tråd i NVEs senere vedtak, blant annet vedtakene om MTA-planer i 2018, eller pålegg om etablering av kalvingsgjerde i 2019. Vurderingen av at kalving og brunst kan ivaretas gjennom gjeting og inngjerding, tilpasning av trafikk og tett kommunikasjon, er et sentralt element i alle vedtakene, og skaper tilsvarende forventning hos tiltakshaver om etablert praksis.

Det er heller ikke stilt vilkår om anleggsstans verken i kalvingsperiode eller brunstperiode i MTA. I OEDs vedtak i klagesaken på MTA og detaljplan datert 13. mars 2020 (OED ref.: 17/2078-) fremkommer det på side 4 og 5:

"Departementet merker seg videre at reindriften i e-post av 1. oktober 2019 til NVE, har uttrykt bekymring for at anleggsarbeidene er forsinket og et dette betyr at ytterligere en kalvingssesong blir berørt. Tiltakshaver opplyser i en e-post av 24. januar 2020 til departementet at de på grunn av tidlig vinter høsten 2019 er blitt forsinket med turbintransport og montasje. Videre opplyses at vindforholdene vinteren 2019/2020 vil være avgjørende for om de får ferdigstilt turbinmontasjen før kalvingssesongen i mars/ april eller om dette i verste fall kan trekke ut til sommeren. Tiltakshaver har i den forbindelse søkt NVE om utsatt frist for idriftsettelse fra juni 2020 til desember 2020. Tiltakshaver viser til at de har hatt anleggsvirksomhet i to kalvingssesonger og mener at dette har forløpt greit, og viser til at eventuell anleggsvirksomhet i kalvingssesongen 2020 uansett vil være av mye mindre omfang enn de tidligere sesonger, da det meste av den tunge anleggstrafikken og transporten er gjennomført, og det som gjenstår er montasje av turbiner.

Tiltakshaver viser for øvrig til at de har finansiert et større gjerdeanlegg, etter spesifisering fra reindriften, for at kalvingen skal kunne gjennomføres uten særlig påvirkning fra anleggsvirksomheten. Departementet konstaterer at anleggsarbeiderne ikke nødvendigvis vil være ferdigstilt før neste kalvingssesong. Dersom det skulle oppstå forsinkelser som kan medføre ytterligere ulemper for reindriften, må dette ivaretas innenfor de rammer konsesjonen med godkjente planer og tilhørende vilkår oppstiller [vår understrekning]. God planlegging forut for neste kalvingssesong skal i så fall legges til grunn."

Departementet er altså fremdeles av den oppfatning at ulemper for reindrifta dersom anleggsarbeidene blir forsinket og fremdeles pågår våren / forsommeren 2020 skal følge de rammene som følger av godkjente konsesjoner og planer med tilhørende vilkår og at det derfor ikke kan eller skal stilles nye vilkår. Det er således klarligvis ikke anledning for NVE som underliggende direktorat å innføre et nytt vilkår om å pålegge anleggsstans under kalvingsperioden.

Vi støtter OEDs vurdering om å legge seg på samme linje som i tidligere vedtak, men merker oss også at NVE fatter sitt vedtak om anleggsstans fire dager *etter* at OED har fattet dette vedtaket. Det fremstår som at NVE ikke er kjent med OEDs vedtak og dets innhold da NVE fattet foreliggende vedtak.

7 Andre uttalelser

7.1 NVEs kommentarer til andre uttalelser

NVE skriver i sitt vedtak under gjennomgang av de andre høringsuttalelsene følgende:

Om uttalelsen fra Skilaget:

"Skilaget skriver at de har fått tilbakemelding fra konsesjonær om at utsatt igangsettelse ikke vil medføre brøyting høsten 2020. NVE har lagt dette til grunn i vedtaket."

Vi mener at dette ikke er forenelig med NVEs pålegg om anleggsstans, med påfølgende risiko for forsinkelser i turbinmontasje og brøyting også neste vinter.

Om uttalelsen fra Yttergård:

"NVE forutsette at det kun er nødvendig trafikk for å kunne ferdigstille anlegget, som skal gjennomføres, og at gjeldende rutiner skal videreføres når det gjelder trafikkavviklingen. NVE har vektlagt at dette vil gjelde i en begrenset periode og at det vil være nødvendig for å få ferdigstilt anlegget innen 31.12.2020."

Vi ser ikke hvordan anleggsstans nå, og turbinmontasje med en kran utover sommeren, høsten og muligens vinteren skal imøtegå Yttergård og andre beboere som er bekymret for stor trafikk opp til planområdet.

7.2 Samtingets uttalelser

Sametinget skriver i sin høringsuttalelse:

"..., men vi ønsker å formidle til NVE at vi forventer at NVE følger opp vilkårene i MTA-planen for tiltakshaver Tromsø Vind AS for vindmølleparken hvor et av de sentrale vilkårene for konsesjon er driftsstart 1.juni 2020"

Vi ser ikke hvordan NVEs vedtak om anleggsstans kan bidra til at driftsstart kan finne sted rundt den 1. juni 2020. Vi viser til bilag 1, som viser at siste turbin kan være installert i tredje uken av juni 2020, og at denne fremdriftsplanen altså tar hensyn til covid 19 og karantenerestriksjoner.

Da tiltakshaver i god tro søkte om fristforlengelse, var det før covid 19- situasjonen, og for å opptre ryddig i forhold til konsesjonsvilkårene. Uten covid 19, som er en force majeure-hendelse, og uten pålagt anleggsstans i kalvingsperioden, ser man utfra denne fremdriftsplanen av siste turbin realistisk sett kunne vært ferdigmontert den 1. juni 2020.

Sametinget skriver også i sin uttalelse:

"Slik vi leser MTA-vilkårene skal kommunikasjonsplanen med reindriften følges opp og revideres ved eventuelle endringer i fremdrift. Videre skal tilpasninger for anleggsarbeid i kalvingsperioden drøftes med reinbeitedistriktet og forelegges NVE"

Vi er enige med Sametinget på dette punktet.

8 Avslutning

Vi ber om at NVE omgjør vilkåret om anleggsstans av eget tiltak i henhold til OEDs vedtak av 13. mars 2020. Dersom vilkåret ikke omgjøres forutsetter vi at klagen oversendes OED for endelig avgjørelse. Vi anmoder om at klagen gis utsatt iverksetting slik at arbeidene kan fortsette i påvente av behandling av klagen, jf. fvl § 42.

Vi ber om et møte per Teams / annen videolenke snarest da det vil ha svært store konsekvenser om vilkåret opprettholdes.

Med vennlig hilsen
Simonsen Vogt Wiig



Peter Aall Simonsen
Advokat/ partner
pes@svw.no