



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkteanskaffelse.

Innklagede inngikk avtale om drift av parkeringsplass. Avtalen ble klaget inn med påstand om ulovlig direkteanskaffelse. Klagenemnda konkluderte med at avtalen var en tjenstekonsesjonskontrakt, og at kontraktens verdi var under konsesjonskontraktforskriftens terskelverdier. Innklagede hadde dermed ikke foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 6. mars 2025 i sak 2024/1958

Klager: Jon Martin Singsdal

Innklaget: Sunndal kommune

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Alf Amund Gulsvik og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Sunndal kommune (heretter *innklagede*) inngikk 9. mai 2023 avtale med Ane Nerdal (heretter *valgte leverandør*) om utleie av en av kommunens tomter (gnr. 104 bnr. 26), som skulle benyttes som parkeringsplass. Kontrakten hadde verken vært gjenstand for konkurranse eller kunngjort. Avtalen hadde tittelen «*Avtale om drift av parkeringsplass*». Arealet ble allerede brukt som parkeringsplass for omkring 70 plasser, og dette antallet skulle videreføres. Avtalen hadde en varighet på 30 år, med mulighet for forlengelse i perioden på 30 år av gangen. Begge parter hadde seks måneders gjensidig oppsigelsesadgang.
- (2) Det fremgikk av avtalens punkt 3 «Drifts- og vedlikeholdsansvar» at valgte leverandør påtok seg å drifte og vedlikeholde parkeringsplassen. Valgte leverandør hadde blant annet ansvar for merking av parkeringsplasser, sørge for at eventuelle sluker, stikkrenner o.l. på eiendommen holdes åpne for å sikre god overflatevannshåndtering på eiendommen, sørge for et nødvendig antall søppeldunker og sørge for at søppel ikke ligger på parkeringsarealene. Valgte leverandør hadde også ansvar for vintervedlikehold.
- (3) På parkeringsområdet lå det et sanitæranlegg, og brukere av parkeringsplassen skulle etter avtalen ha fri tilgang til dette. Valgte leverandør hadde ansvar for å holde sanitæranlegget i en alminnelig ryddig og rengjort stand.
- (4) Etter avtalens punkt 4 skulle valgte leverandør dekke alle kostnader til drift og vedlikehold omfattet av avtalen, med unntak for kostnader til legging av ny asfalt og ved skifte av stikkledninger, som ble dekket av innklagede. Valgte leverandør betalte ikke leie.
- (5) I avtalens punkt 5 ble valgte leverandør gitt tillatelse til å kreve inn en avgift for bruk av parkeringsplassen og sanitæranlegget. Betaling skulle skje direkte til valgte leverandør

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

på den måten valgte leverandør besørget. Innklagede skulle ikke motta en andel av inntektene.

- (6) Størrelsen på avgiften skulle bestemmes av innklagede. Avgiften kunne ikke overstige de årlige vedlikeholdsutgiftene på parkeringsplassene og kostnader forbundet med bruk av sanitæranlegget. I forbindelsen med kommunens vedtak om adgang til å kreve inn avgift og størrelsen på denne, skulle valgte leverandør gis anledning til å redegjøre for sine antatte kostnader. Valgte leverandør kunne ikke kreve inn annen avgift enn den innklagede til enhver tid hadde fastsatt forbundet med avtalen.
- (7) Kommunens tomt ligger omkranset av en eiendom eid av valgte leverandør (gnr. 104 bnr. 9). Kommunens tomt ble opprettet fra valgte leverandørs eiendom i 2016. Like i nærheten av det kommunale parkeringsarealet ligger det et gårdstun, hvor det også er lagt til rette for parkeringsplass drevet av valgte leverandør. Det fremgikk av avtalen mellom kommunen og valgte leverandør, at valgte leverandør hadde planer om å opprette et sanitæranlegg på egen eiendom, og at partene var enige om å diskutere en mulig avtale om bruk også av parkeringsplasser og sanitæranlegg på valgte leverandørs eiendom.
- (8) Av avtalens punkt 7 «*Leietid m.m.*» følger det at bestemmelsen i kjøpsavtale av 7. juni 2016 om at det aktuelle arealet skulle tilbakeføres til gnr. 104 bnr. 9 dersom behovet for parkeringsplass opphører, fortsatt skulle gjelde. Dette var allerede avtalt mellom partene i forbindelse med utskillelse av tomten i 2016, slik at denne reguleringen tilførte ikke noe nytt mellom partene.
- (9) I kommunestyrets vedtak 1. november 2023 fastsatte innklagede parkeringsavgiften for den aktuelle parkeringsplassen, samt tilsvarende parkeringsplasser i kommunen, med hjemmel i friluftsløven § 14. Det ble vedtatt at valgte leverandør kunne kreve en dagsparkeringsavgift på 75 kroner per bil, samt måtte tilby årskort pålydende 10 ganger verdien av dagskort. Det ble samtidig vedtatt at de ulike aktørene måtte legge frem regnskap årlig for eventuelle justeringer i avgiftsnivå.
- (10) I forkant av fastsettelsen av avgiftens størrelse, hadde valgte leverandør levert en søknad til kommunen med oversikt over påløpte og antatte utgifter knyttet til parkeringsplassen. Valgte leverandør oppga påløpte og fremtidige engangskostnader på 580 000 kroner samt årlige kostnader på 380 000 kroner.
- (11) Klage med påstand om ulovlig direkteanskaffelse ble brakt inn for klagenemnda 6. desember 2024.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. mars 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Avtalen gjelder kjøp av driftstjenester som er omfattet av alminnelig forskrift, og anskaffelsens verdi overstiger de der gjeldende terskelverdier for kunngjøringsplikt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Kontraktsinngåelsen innebærer ikke en ulovlig direkteanskaffelse. Avtalen gjelder leie av fast eiendom, som ikke er omfattet av regelverket.

- (15) For det tilfellet at kontrakten er omfattet av anskaffelsesregelverket, er avtalen å regne som en tjenestekonsesjonskontrakt der terskelverdiene som utløser kunngjøringsplikt er høyere enn anskaffelsens verdi.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker er det ikke krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a (1). Klagen er rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse

- (17) 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).
- (18) Det grunnleggende vilkåret for at en kontrakt kan være kunngjøringspliktig er at den er omfattet av anskaffelsesregelverket. Det neste vilkåret er at kontraktens verdi overstiger terskelverdiene for kunngjøringsplikt som gjelder for den forskriften kontrakten er omfattet av.
- (19) Innklagede har prinsipalt gjort gjeldende at avtalen er en leieavtale om leie av parkeringsareal, og at den derfor ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesforskriften § 2-4 første ledd bokstav a.
- (20) Avtalen har tittelen «*Avtale om drift av parkeringsplass*», og det fremgår av avtalens punkt 3 at valgte leverandør har påtatt seg å drifte og vedlikeholde parkeringsplassen. Valgte leverandør betaler ingen leie til innklagede. Etter klagenemndas syn gir kontraktens ordlyd og vilkår inntrykk av at innklagede ønsker å oppnå at noen drifter parkeringsplassen på en god måte, og at det er kontraktens formål. Det er kun i punkt 7 «*Leie m.m.*» og ved regulering av fremleie for valgte leverandørs livsarvinger, at avtalen er omtalt som en leieavtale.
- (21) Kommunen kjøpte parkeringstomten av valgte leverandør i 2016, og klagenemnda forstår det slik at kjøpskontrakten hadde en klausul om at tomten kunne selges, med forkjøpsrett for valgte leverandør, dersom behovet for parkeringsplass forsvant. Innklagedes formål for tomten har dermed vært drift av parkeringsplass, og levering av parkeringstjenesten fremstår dermed også som hovedformålet ved kontrakten.
- (22) Avtalen er på denne bakgrunn ikke å regne som en avtale om leie av grunn, men som avtale om drift av parkeringsplass. Avtalen er derfor omfattet av anskaffelsesregelverket.
- (23) Det neste spørsmålet for klagenemnda er hvilken del av anskaffelsesregelverket kontrakten er regulert av. Dette har betydning for ved hvilken kontraktsverdi kunngjøringsplikten inntreffer.
- (24) Etter alminnelig forskrift inntreffer den nasjonale kunngjøringsplikten der kontrakten har en verdi på minst 1,3 millioner kroner, jf. forskriften § 5-1 (2) jf. § 8-17 (1). Konsesjonskontraktforskriften har på sin side ingen nasjonal del, og kunngjøringsplikten inntreffer først når kontrakten overstiger EØS-terskelverdien på 57,8 millioner kroner, jf. § 5-1 (2) jf. § 9-2 (1).

- (25) Etter alminnelig forskrift skal verdien av en tjenestekontrakt på over 48 måneder beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48, jf. forskriften § 5-4 (12) bokstav b. Den månedlige verdien på kontrakten er usikker. Klagemnda har ikke fått opplysninger om omsetningen valgte leverandør har fra parkeringsplassen. Det er et parkeringsgebyr på 75 kroner per bil, men det er ikke gitt opplysninger om hvor mange biler som bruker parkeringsplassen i løpet av et år, og hvor mange som betaler parkeringsavgift. Leieavtalen punkt 5 femte avsnitt fastsetter: *«Partene er kjent med at avgiften ikke kan overstige de årlige vedlikeholdsutgiftene på parkeringsplassene og kostnader forbundet med bruk m.m. av sanitæranlegget.»* Friluftsløven § 14, som regulerer adgangen til å kreve inn avgift, stiller krav til at det ikke kan kreves inn avgift ut over å få dekket nødvendige utgifter. Det fremgår av vedtaket i kommunestyret: *«Utfartsstedene legger frem regnskap årlig for eventuelle justeringer i avgiftnivå.»* Klagemnda legger dermed til grunn at årlig omsetning tilsvarer årlige utgifter.
- (26) Valgte leverandør har i søknad om parkeringsavgift opplyst om årlige kostnader på 380 000 kroner og en engangskostnad på 580 000 kr. Partene er ikke enige om hvordan kostnadene fordeler seg mellom driften av den kommunale og private parkeringsplassen. På bakgrunn av valgte leverandørs angitte årlige kostnader ved kontrakten samt engangskostnader, legger klagemnda til grunn en verdi over 48 måneder på mellom 1 340 000 og 2 millioner kroner. Dette overstiger terskelverdi i alminnelig forskrift.
- (27) Verdien av en konsesjonskontrakt skal beregnes ut ifra leverandørens forventede samlede omsetning i kontraktens levetid, jf. konsesjonskontraktforskriften § 5-2 (1). Klagemnda legger til grunn at man selv ved en kontraktsvarighet på 30 år ikke vil nå en omsetning som overstiger 57,8 millioner kroner.
- (28) Det er derfor avgjørende om kontrakten er å regne som en avtale om driftstjenester etter alminnelig forskrift, eller som en konsesjonskontrakt etter konsesjonskontraktforskriften.
- (29) Det følger av konsesjonskontraktforskriften § 1-2 at:
- «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.»*
- (30) Det følger av kontrakten at valgte leverandørs vederlag er retten til å ta betaling for parkeringen, samt at innklagede betaler for enkelte av driftsutgiftene. Valgte leverandør får altså en rett til å «utnytte» tjenesten.
- (31) Det sentrale spørsmålet for om kontrakten er å anse som en konsesjonskontrakt, er om driftsrisikoen er overført til valgte leverandør. Ved spørsmålet om driftsrisikoen faktisk er overført, følger det av § 1-2 (2) at:
- «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.»*

- (32) EU-domstolen la i sak C-458/03 (Parking Brixen GmbH) premiss 40 til grunn at betaling av parkeringsplass hvor betalingen skjedde gjennom tredjeparter var å anse som en tjenestekonsesjonskontrakt. I den saken forpliktet leietaker av det aktuelle parkeringsarealet seg til å betale en fast godtgjørelse til den aktuelle kommunen. EU-domstolen uttalte blant annet at denne formen for vederlag *«indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenester, hvilket er kendetegnende for en offentlig tjenesteydelseskonsession»*.
- (33) EU-domstolens avgjørelse i sak C-206/08 (Eurawasser) gjaldt spørsmålet om en kontrakt om drift av et vann- og avløpssystem var å regne som en tjenestekonsesjonskontrakt. Med henvisning til blant annet ovennevnte C-458/03, tok domstolen stilling til om tilstrekkelig risiko var overført til leverandøren. Domstolen viste til at man ved drift av vann- og avløpssystem var underlagt offentlige regler som kunne begrense hvor stor økonomisk risiko som kunne overføres. I dette tilfellet konkluderte domstolen at man, i vurderingen av om tilstrekkelig risiko er overført, ikke kan forvente at oppdragsgiver overfører en større risiko enn det som ligger innenfor rammene av de gjeldende offentlige reglene. Så lenge oppdragsgiver overfører i det minste en betydelig andel av risikoen den kan overføre, vil kontrakten kunne regnes som en konsesjonskontrakt så fremt øvrige vilkår er oppfylt.
- (34) Spørsmålet er på denne bakgrunn om etterspørsels- eller leveringsrisikoen i foreliggende sak i tilstrekkelig grad er overført til valgte leverandør.
- (35) I foreliggende sak betaler ikke valgte leverandør leie til innklagede. Valgte leverandørs kostnader er kun knyttet til engangsinvesteringer og driftsutgifter. Valgte leverandør løper dermed en lavere risiko enn i C-458/03, der man uansett omsetning måtte betale en godtgjørelse til kommunen. Se til sammenligning også klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1098 avsnitt 24, der det ble vektlagt at størrelsen på leien til kommunen i sin helhet ble utregnet som en del av faktisk omsetning.
- (36) På samme måte som i sak 2021/1098, vil klagenemnda påpeke at innklagede likevel har påtatt seg en etterspørselsrisiko dersom bruken av parkeringsplassene blir lavere enn forventet. Leverandøren må, uavhengig av omsetning, forestå driftsoppgaver som det knyttes kostnader til. Det er også gjort, og skal gjøres, engangsinvesteringer, herunder kjøp av betalingsautomat og bygging av infohus, som valgte leverandør ikke er garantert å tjene inn. Nemnda anser engangsinvesteringene og årlige driftsutgifter til ikke å være ubetydelige.
- (37) Det kan spørres om investeringene og utgiftene i beløp ikke er større enn at det potensielle tapet for leverandørene uansett kun vil være *«ubetydelig»*. Etter klagenemndas syn må det potensielle tapet ses i lys av størrelsen på kontrakten, og i foreliggende sak vil ikke beløpet i seg selv tale for at tapet er *«ubetydelig»*.
- (38) Etter friluftsløven § 14 er det innklagede som vedtar hvor stor avgift leverandøren kan kreve inn for bruk av parkeringsplassen. Avgiften skal være *«rimelig»*, og ikke stå i misforhold til de tiltak eier eller bruker av parkeringsplassen har gjort på området. Før innklagede fastsetter avgiften, kan leverandøren redegjøre for sine utgifter, og det er forutsatt at leverandørens påløpte utgifter dekkes inn gjennom fremtidig parkeringsavgift. Parkeringsavgiften er dermed regulert av innklagede, og innklagedes fastsettelse av avgiften vil kunne påvirke hvilken risiko som overføres valgte leverandør i større grad enn hva som normalt vil gjelde i et marked uten slik regulering. Med henvisning til C-

206/08 (Eurawasser), vil dette imidlertid ikke medføre at kontrakten ikke kan regnes som en tjenstekonsesjonskontrakt, så lenge en betydelig andel av risikoen som kan overføres er overført. Det virker å være tilfellet i foreliggende sak.

- (39) Ifølge kommunestyrets vedtak kan parkeringsavgiften justeres hvert år, slik at den økes for å bøte på lav inntjening eller få brukere. Denne muligheten vil imidlertid enhver tilbyder av tjenester normalt ha, og endrer ikke på vurderingen av risiko for leverandøren i foreliggende sak. Tvert imot kan det øke risikoen for leverandøren, da man er prisgitt en årlig regulering fra innklagedes side for å ivareta potensielle behov for å justere avgiftene etter kostnader og omsetning, i motsetning til der man selv kan foreta en løpende vurdering.
- (40) Samlet sett finner klagenemnda at valgte leverandør har påtatt seg risikoen for driften av parkeringsplassen, og at anskaffelsen er en tjenstekonsesjonskontrakt omfattet av konsesjonskontraktforskriften.
- (41) Siden anskaffelsen følger konsesjonskontraktforskriften, er kontraktsverdien under terskelverdi og ikke underlagt kunngjøringsplikt.

Konklusjon:

Sunndal kommune har ikke foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur