



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med inngåelse av en leieavtale om leie av grunn til parkeringsformål på «campus». Klagenemnda kom til at klagen ikke kunne føre frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. juni 2020 i sak 2019/293

Klager: Tromsø Parkering AS

Innklaget: Norges Arktiske Universitet (UiT)

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus

Bakgrunn

- (1) Norges Arktiske Universitet (UiT) (heretter *innklagede*) inngikk 25. februar 2019 en avtale benevnt «*leieavtale*» med Apcoa Norway AS (heretter *valgte leverandør* eller *Apcoa*), vedrørende leie av areal til parkeringsformål på universitetsområdet til UiT. Parkeringsplassene skal benyttes til avtale- og avgiftsparkering for universitetets ansatte, studenter og besøkende.
- (2) Det fremgår av punkt 2 i avtalen at den ved oppstart gjelder utleie av parkeringsplassen i Breivika, Tromsø museum, Mellomvegen 110, botanisk hage, Nordlysobservatoriet og Krognesseveien 33. Parkeringsarealet i Breivika er det største parkeringsarealet med 1300 parkeringsplasser. I tillegg er Mellomvegen 110 en relativt stor parkeringsplass med 144 parkeringsplasser, mens de øvrige er mindre parkeringsplasser på mellom 15 og 20 plasser. Det fremgår videre av punkt 2 i avtalen at antallet biloppstillingsplasser ikke vil være fast, men variere ut ifra behovet for ledige arealer for utleier.
- (3) Parkeringsavgift er regulert under avtalens punkt 3 hvor det blant annet fremgår at:

«Takster for parkering fastsettes av Utleier, og justeres av Leietaker etter godkjenning av Utleier. Prisen pr time opplyses ved skilting av området. Parkering avgiftsbelegges hverdager fra mandag til fredag i tidsrommet mellom klokken 7 og 17. Utenom dette tidsrommet er det gratis parkering. Arealene overtas som beskrevet i denne avtale med vedlegg, herunder i samsvar med krav i APCOAs Standardvilkår, og for øvrig i samme stand som besiktiget.

[...]

I avtaleperioden kan Utleier endre regulering i Arealer som gjelder for denne avtale. Endringer må meldes skriftlig til Leietaker minimum med (1) måneds varsel forut for iverksettelsen.

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

I forbindelse med arrangement kan Utleier etter eget ønske stenge av parkeringsarealene, stoppe regulering / betaling. Utleier sender beskjed skriftlig til Leietaker senest 12 timer innen hendelsen finner sted.»

- (4) Leieavtalen løper fra 15. april 2019 til 30. april 2021, med en opsjon for UiT om forlengelse for to nye år.
- (5) Apcoas betaling av leie er omsetningsbasert. Det følger av leieavtalens punkt 5 at:

«Som leie for ovennevnte parkeringsområde betaler Leietaker 85 % av netto inntekter fra billettautomat(er), mobil- og nettbetaling samt kontraktsparkering, jf. Standardvilkårene punkt 6. I tillegg betaler Leietaker 20% av netto inntekter fra alle innbetalte Kontrollavgifter ilagt norskregistrerte kjøretøy i leie, det vil si med fradrag for til enhver tid gjeldende avregningsgebyr iht. Standardvilkårene punkt 6»
- (6) I tillegg har UiT betinget seg en rett til et vederlag, i de tilfellene parkeringssystemet som Apcoa leverer har driftsstans utover 24 timer. I leieavtalen punkt 5 siste avsnitt fremgår det at:

«Ved lengre driftsstans i p-tekniske løsninger på p-arealer gjeldende i denne avtalen garanterer Leietaker økonomisk kompensasjon til utleier. Kompensasjonen er gjeldende for driftsstans utover 24 timer (1 døgn). Kompensasjon beregnes per døgn fra og med dag 2, og vil tilsvare gjennomsnittlig leie per dag basert på total dagsomsetning i inneværende måned».
- (7) Apcoas ansvar etter avtalen er videre listet opp under punkt 6. Apcoa har blant annet ansvar for drift og vedlikehold av digitale betalingsplattformen Apcoa Flow, innkjøp og drift av 4 billettautomater, og tilhørende belysning og kontrollvirksomhet og utnyttelsesgrad av arealer.
- (8) Tidligere hadde klager en leieavtale med UiT for tilsvarende parkeringsareal, men denne leieavtalen ble sagt opp av UiT, og ble avsluttet med virkning fra 15. april 2019.
- (9) Klager som var tidligere leverandør av tjenesten har estimert at kontrakten har en verdi på 8 millioner kroner per år, basert på omsetning de selv hadde når de leverte parkeringstjenester på det samme området. Innklagede mener den er lavere, uten at dette er grunnlagt nærmere. Klager og innklagede er uansett enig om at avtalen kan ha en maksimal verdi på 32 millioner kroner for fire år.
- (10) Ved inngåelse av ny leieavtale med Apcoa la UiT til grunn at avtalen var en leieavtale om leie av parkeringsareal, og at den derfor ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket. Kontrakten ble derfor ikke kunngjort.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. april 2019.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. juni 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen om parkeringsavtale ved innklagedes parkeringsområder.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har ikke foretatt en anskaffelse, men inngått en leieavtale hvor de opptrer som utleier. Apcoa driver parkeringstjenester fra arealet for egen regning og risiko.
- (15) For det tilfellet at klagenemnda skulle komme til at innklagede ikke har inngått en leieavtale, men en kontrakt om kjøp av parkeringstjenester må denne kontrakten uansett klassifiseres som en tjenestekonsesjonskontrakt. Vederlaget består utelukkende av retten til å utnytte parkeringstjenestene og driftsrisikoen er overført til Apcoa. For tjenestekonsesjonskontrakter inntreer kunngjøringsplikten kun ved anskaffelser med en verdi på minst 51 millioner kroner ekskl. mva., jf. konsesjonskontraktsforskriften § 5-1 annet ledd, jf. § 9-2.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Ettersom kontrakt ble inngått 25. februar 2019, og klagen ble brakt inn for klagenemnda 15. april 2019, er klagen rettidig.
- (17) Innklagede har anført at avtalen er en leieavtale hvor innklagede opptrer som utleier, og at Apcoa er en leietaker som betaler leie for parkeringsarealet, og at det derfor ikke er tale om en gjensidig bebyrdende avtale som definert i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav c.
- (18) Utgangspunktet er at forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 får anvendelse ved «*tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider*», jf. § 1-1.
- (19) Avtalen er definert innledningsvis som en leieavtale, og det fremkommer at den gjelder leie av arealer til parkeringsformål, jf. avtalen punkt 2. Det fremgår også av avtalen at den gjelder levering av en parkeringstjeneste. Etter klagenemndas syn er levering av parkeringstjenesten hovedformålet ved kontrakten, og avtalen vil derfor være omfattet av regelverket.
- (20) For det tilfellet at avtalen er en tjenestekonsesjonskontrakt, vil ikke terskelverdiene for kunngjøring være oppfylt, og anskaffelsen vil dermed ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Det følger av konsesjonskontraktforskriftens § 4-1 at denne kommer til anvendelse for tjenestekonsesjonskontrakter, og at terskelverdi for kunngjøringsplikt er 51,5 millioner kroner jf. § 5-1 (2) jf. § 9-2.
- (21) Vurderingen av om en kontrakt er å anse som en konsesjonskontrakt, beror på en vurdering av om driftsrisikoen er overført til Apcoa. 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.»

(22) 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.

(23) EU-domstolen har tidligere lagt til grunn i sak C-458/03 (Parking Brixen GmbH) premiss (40) at betaling av parkeringsplass hvor betalingen skjedde gjennom tredjeparter var å anse som en tjenestekonsesjonskontrakt. I denne saken forpliktet leietaker av det aktuelle parkeringsarealet seg til å betale en fast godtgjørelse til den aktuelle kommunen. EU-domstolen uttaler at:

«I den situation, der sigtes til med det første spørsmål, hidrører vederlaget til tjenesteyderen derimod ikke fra den berørte offentlige myndighed, men udgøres af beløb, der betales af tredjeparter for brugen af den omhandlede parkeringsplads. Denne form for vederlag indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenester, hvilket er kendetegnende for en offentlig tjenesteydelseskonsesjon. I en situation som den i hovedsagen omhandlede er der derfor ikke tale om en offentlig tjenesteydelsesaftale, men om en offentlig tjenesteydelseskonsesjon»

(24) Spørsmålet er om etterspørsels- eller leveringsrisikoen også i dette tilfellet i tilstrekkelig grad er overført til Apcoa. Det som skiller denne saken fra sak C-458/03 er at i sak C-458/03 var ikke hele leien omsetningsbasert, og valgte leverandør måtte uavhengig av omsetning betale et angitt beløp hver måned uavhengig av omsetning på de aktuelle parkeringsarealene. Dette overfører større deler av driftsrisikoen fra oppdragsgiver og til leverandøren enn det som er situasjon i vår sak.

(25) Det er likevel en etterspørselsrisiko knyttet til redusert omsetning for Apcoa selv om kostnadene til leie reduseres i tråd med eventuell omsetningsreduksjon. Klagenemnda anser denne driftsrisikoen som ikke ubetydelig. I denne vurderingen legger klagenemnda særlig vekt på at Apcoas andre faste kostnader fremdeles må dekkes inn, og også skal ha betalt for tjenesteleveransen de tilbyr. Innklagede har forklart at Apcoa har kostnader knyttet til driften av parkeringstjenestene, blant annet må valgte leverandør dekke lønnskostnader til de som foretar kontroll på parkeringsplassen. I tillegg er Apcoa eksponert for leveringsrisiko, for det tilfellet betalingssystemet eventuelt har nedetid i mer enn 24 timer, og betalingene dermed ikke registreres/gjennomføres. Denne risikoen bærer Apcoa fullt ut. Klagenemnda har etter en konkret vurdering derfor funnet at driftsrisikoen som er overført til Apcoa medfører en *«reell eksponering for svingningene i markedet, slik at det anslåtte potensielle tapet for leverandøren ikke skal være ubetydelig.»* jf. konsesjonsforskriften § 1-2 (2), og at avtalen derfor utgjør en konsesjonskontrakt.

(26) Avtalens verdi er under terskelverdien for tjenestekonsesjonskontrakter, og anskaffelsen utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Norges Arktiske Universitet (UiT) har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk