



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med forlengelsen av en virksomhetskontrakt vedrørende organisering og drift av taxivirksomheten på Oslo lufthavn Gardermoen. Klagenemnda kom til at klagen ikke kunne føre frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. november 2020 i sak 2020/506

Klager: Bytaxi AS

Innklaget: Avinor AS

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Oslo lufthavn AS, nå Avinor AS, (heretter *innklagede*) inngikk 2. april 1998 en avtale med Taxi Depot AS (heretter *valgte leverandør* eller *TDA*), om organisering og drift av taxivirksomheten på Oslo lufthavn Gardermoen. Det ble inngått en avtale benevnt «*virksomhetskontrakt*» som regulerer leie og bruk av de definerte arealene på forplass utenfor terminalen. Det ble samme dag også inngått en festeavtale mellom partene for feste av en tomt som skulle benyttes til taxidepot.

(2) I virksomhetsavtalen del 1 punkt 1 heter det:

«OSL skal etter avtale med den norske Stat ved Luftfartsverket bygge, eie og drive Oslo Lufthavn Gardermoen. Det er stor trafikk og aktivitet på terminalbygningens forplass. Av sikkerhets- og trafikkhensyn, samt for å kunne sikre en optimal utnyttelse av arealene er det viktig for OSL å kunne føre kontroll med de virksomheter og personer som har adgang til terminalbygningens forplass. Forplassens størrelse og utforming innebærer at betydelig infrastruktur stilles til disposisjon for virksomhetene som gis adgang til forplassen, som stadig driftes og forvaltes, og som søkes tilpasset virksomhetenes behov. Terminalbygningens forplass innebærer videre en konsentrert og unik markeds plass. De som gjennom sin virksomhet gis permanent eller midlertidig adgang til definerte arealer på forplass til terminalbygningen, må inngå en virksomhetsavtale med OSL dersom dette, for den aktuelle type virksomhet, ikke ivaretas på annen måte. Som del av virksomhetskontrakten skal det svares vederlag for benyttelse og drift av definerte arealer på forplass til terminalbygningen.»

(3) I virksomhetsavtalen del II punkt 4.1 heter det:

«Kontraktsparten [TDA] har en rett og plikt til å benytte det areal på forplass som er beskrevet i Vedlegg D-1, til passasjertransport som skjer i henhold til taxiløype, handikapløype og selskapsvognløype inntil 16 passasjerer, og tilsluttet taxisentralen/-

selskap, og som lovlig kan utføre passasjertransport til/fra Lufthavnen utenfor rute mot vederlag, til alle som måtte etterspørre slikt transportbehov til/fra forplass til enhver tid.»

- (4) I virksomhetsavtalen del II punkt 4.4 heter det:

«Kontraktsparten plikter, for egen kostnad, å sørge for organisering/styring av tillatt virksomhet på forplass, innenfor arealene som beskrevet i Vedlegg D-1, og for øvrig i henhold til fastsatte retningslinjer. Kontraktsparten plikter å utarbeide forslag til retningslinjer basert på myndighetenes, OSLs og egne krav og prosedyrer. Retningslinjene skal godkjennes av OSL.

Kontraktsparten plikter videre å foreta alle investeringer i det utstyr som er nødvendig for å kunne styre tillatt virksomhet på forplass på en for OSL tilfredsstillende måte. Dette inkluderer blant annet investeringer i IT-basert trafikkstyringssystem for trafikk mellom taxidepot og forplass.»

- (5) I virksomhetsavtalen del II punkt 6.1 heter det:

«For retten til å benytte forplassen betaler Kontraktsparten [TDA] på vegne av sine eiere et årlig vederlag til Selskapet [innklagede] til dekning av kapital- og driftskostnader for det areal som er til Kontraktspartens eksklusive benyttelse.»

- (6) Det fremgår av punkt 8.1 i virksomhetskontrakten at *«Denne virksomhetskontrakt gis en varighet på 5 år regnet fra 1. juli 1998».*

- (7) I virksomhetsavtalen del II punkt 8.2 heter det videre:

«I tillegg til opphør ved Kontraktsperiodens utløp, eller ved vesentlig mislighold, bortfaller Kontrakten når fremfestekontrakt mellom partene av 02.04.1998 uansett årsak bortfaller, eller fremfestetomten viderefremfestes, fremleies eller overdras.»

- (8) Det følger av festeavtalen § 2 at avtalen løper i 20 år med en mulighet for fornyelse i 5 år av gangen, men maksimalt 10 års forlengelse. Videre er følgende angitt i festeavtalen § 19:

«Nærværende Festekontrakt forutsetter inngåelse av avtale mellom Fester og Bortfester om arealer for taxi på forplass til terminalbygning.

I tillegg til opphør av nærværende kontrakt etter §§ 15, 16 og 17, bortfaller kontrakten når Virksomhetskontrakt mellom Fester og Bortfester av 02.04.1998 bortfaller (ikke inngås ny/forlenges), eller det ikke inngås ny Virksomhetskontrakt for andre arealer for taxi. Ved bortfall av kontrakten etter denne bestemmelse har Bortfester rett og plikt til å overta Festers bygninger og/eller anlegg på Eiendommen mot vederlag. Vederlaget er begrenset til en forholdsmessig del av kostnadene ved oppføring av bygninger og/eller anlegg beregnet slik at nevnte kostnader deles med antall år festeforholdet, inkludert opsjonsperiode gjelder for, og multipliseres med de gjenværende år av festetiden ved bortfallstidspunktet.»

- (9) Virksomhetsavtalen har senere blitt løpende forlenget. Innklagede opplyser at de siste forlengelsene av virksomhetsavtalen er gjort henholdsvis den 3. mars 2016 til 31. desember 2018, 1. januar 2019 til 31. desember 2019 og 1. januar 2020 til 30. juni 2020. Innklagede har videre opplyst at de har forlenget avtalen frem til 31. desember 2020 i påvente av klagenemndas avgjørelse.

- (10) Klager har estimert at virksomhetsavtalen har en verdi på ca. 15 millioner kroner per år ekskl. mva. basert på TDAs årlige salgsinntekter fra 2010 til 2018. Innklagede har ikke foretatt en egen beregning av kontraktens verdi, men påpeker at TDAs omsetning nok har gått betydelig ned i 2020 som følge av koronapandemien. For øvrig bestrides ikke klagers verdiberegning.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. juni 2020.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt anskaffelseskravene etter konsesjonskontraktforskriften ved å forlenge virksomhetskontrakten med TDA. Det foreligger dermed en ulovlig direkte anskaffelse.
- (14) Konsesjonskontraktforskriften rammer fremtidige forlengelser, og partene har uttrykt intensjon om å forlenge avtalen til 30. juni 2023. Videre må forlengelsene av virksomhetskontrakten sees i sammenheng med festekontrakten som er forlenget fra 2017 til 2023. Konsesjonskontraktforskriften gjelder derfor for alle forlengelser av virksomhetskontrakten fra 1. januar 2017 og frem til 30. juni 2023.
- (15) TDA har hatt årlige salgsinntekter på ca. kroner 15 millioner ekskl. mva., og det fremstår klart at «*leverandørens forventede samlede omsetning i konsesjonskontraktens varighet*» i perioden 1. januar 2019 til minst 30. juni 2023 overstiger terskelverdien på kroner 51, 5 millioner ekskl. mva. Kontrakten omfattes derfor av konsesjonskontraktforskriften del II.
- (16) Uavhengig av om anskaffelsen er over eller under terskelverdien har innklagede brutt kravene etter anskaffelsesloven § 4 og konsesjonskontraktforskriften § 7-1.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede mener at virksomhetsavtalen og festeavtalen må vurderes samlet. De ble lovlig inngått i 1998 og utgjør derfor et bestående kontraktsforhold som det ikke er plikt til å si opp.
- (18) Det var ingen krav til konkurranseutsetting da partene inngikk kontrakten i 1998, og kontrakten som ble inngått hadde opptil 30 års varighet.
- (19) Bakgrunnen for at det ble inngått to separate kontrakter var utelukkende at det var et slikt system innklagede brukte. Eiendomsavdelingen hadde ansvaret for festeavtalen og det ble inngått en festeavtale med varighet og betingelser tilsvarende øvrige festeavtaler. Av sikkerhets- og trafikkhensyn, samt for å kunne sikre en optimal utnyttelse av arealene på forplass har det vært viktig for innklagede å kunne føre kontroll med virksomheter og personer som har adgang til terminalbygningens forplass. I løpet av festeperioden på 30 år er det naturlig at det vil skje endringer både mht. regulering av slik virksomhet, endringer av terminalen og organisering av forplass, og det var naturlig at virksomhetskontakten hadde en kortere varighet.
- (20) Avtalen har blitt forlenget for korte perioder fordi det har vært viktige endringer i regelverk som har betydning for taxinæringen og den virksomheten TDA driver.

Kortvarige forlengelser er ikke gjort med den hensikt å dele opp kontrakten slik at den skal unntas konsesjonskontraktforskriftens anvendelsesområde.

- (21) Innklagede har ikke plikt til å si opp avtalen. Det vil bli kostbart for innklagede å avslutte kontraktsforholdet med TDA, da innklagede i så tilfelle må betale et vederlag tilsvarende nærmere halvparten av TDAs kostnader til oppføring av bygninger og anlegg.
- (22) For det tilfellet at klagenemnda skulle komme til at innklagede har plikt til å avslutte kontraktsforholdet, og følgelig har forlenget virksomhetskontakten i strid med regelverket, er kontraktens verdi ikke av en slik størrelse at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas vurdering:

- (23) 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 (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått.

Hvorvidt regelverket kommer til anvendelse

- (24) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved å forlenge virksomhetskontrakten med TDA.
- (25) Siden 1. januar 2017 har klagenemnda hatt myndighet til å ilegge offentlige oppdragsgivere overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.
- (26) Det følger av merknadene til lovens § 12 i Prop. 51 L (2015-2016) at «*[h]jemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr gjelder bare for ulovlige direkte anskaffelser som er foretatt etter lovens ikrafttredelse*».
- (27) Det presiseres i forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 1 at «*[a]nskaffelsesloven gjelder anskaffelser iverksatt etter lovens ikrafttredelse. En anskaffelse er iverksatt når den er kunngjort. En anskaffelse som ikke kunngjøres, er iverksatt når oppdragsgiveren har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse*».
- (28) Overgangsregelens angivelse av når en avtale er «*iverksatt*» synes ikke helt å treffe for situasjonen der en oppdragsgiver forlenger tidligere inngåtte kontrakter. Klagenemnda er imidlertid av den oppfatning at tidspunktet for forlengelsen av en eksisterende kontrakt, må anses som iverksettelsen av anskaffelsen i overgangsregelens forstand.
- (29) I denne saken inngikk innklagede sin første kontrakt med TDA 2. april 1998. Klagenemnda har ikke kompetanse til å avgjøre om denne kontraktsinngåelsen representerer en ulovlig direkte anskaffelse, jf. både nevnte forskrift om overgangsregler for anskaffelsesloven § 1 og den særskilte klagefristen på to år nedfelt i klagenemndsforordningen § 13a.

- (30) Innklagede har anført at virksomhetsavtalen og festeavtalen – som ble inngått samme dag – må vurderes samlet. Det anføres at avtalene ble lovlig inngått i 1998 og derfor er et bestående kontraktsforhold som det ikke er plikt til å si opp.
- (31) Spørsmålet er om virksomhetsavtalen og festeavtalen må anses som en samlet avtale inngått i 2. april 1998 med en varighet på 30 år, slik at det er denne kontraktsinngåelsen som må regnes som tidspunktet anskaffelsen er «iverksatt» i overgangsregelens forstand.
- (32) Virksomhetsavtalen og festeavtalen er inngått på samme tid, mellom de samme partene. Avtalene skal overordnet sett regulere det samme forholdet, nemlig en tilfredsstillende drift av taxitilbudet ved lufthavnen. Festeavtalen gjelder en tomt som brukes som taxidepot, mens virksomhetsavtalen gjelder organiseringen av aktiviteten på lufthavnens forplass. Avtalene er gjensidig avhengige av hverandre, ved at festeavtalen vil avsluttes dersom virksomhetsavtalen sies opp eller ikke forlenges.
- (33) Avtalene regulerer ulike juridiske problemstillinger. Den ene er en tomtfesteavtale og den andre gir rett til å drive virksomhet ved lufthavnen. Videre har avtalene ulik varighet. Festeavtalen skulle i utgangspunktet løpe i 20 år med mulighet for forlengelse i inntil 10 år, mens virksomhetsavtalen kun hadde en varighet på 5 år. Virksomhetsavtalen er senere forlenget en rekke ganger. Det har også vært gjort justeringer i denne avtalen i forbindelse med forlengelsene som har blitt avtalt.
- (34) Innklagede har vist til at avtalene ble inngått som to separate avtaler fordi det var et slikt system innklagede benyttet seg av. Det var ønsket at festeavtalen skulle ha varighet og betingelser tilsvarende øvrige festeavtaler. Innklagede viser videre til at en løsning med to avtaler ble valgt nettopp for å kunne sikre en optimal utnyttelse av terminalens forplass og kontroll med virksomheter og personer som har adgang til området, samt at en anså det som naturlig at det over en periode på 30 år ville skje endringer med hensyn til reguleringen av denne typen virksomhet. Med andre ord var det behov for at virksomhetsavtalen hadde kortere løpetid enn 30 år, nettopp for å kunne reforhandle avtalen underveis i denne perioden.
- (35) Innklagede har, slik avtalene er utformet, stått fritt til ikke å forlenge virksomhetsavtalen når den har utløpt. Dersom virksomhetsavtalen ikke ble forlenget, ville festeavtalen ganske enkelt falt bort, mot et økonomisk oppgjør. Innklagede er med andre ord ikke bundet av festeavtalens varighet med tanke på spørsmålet om forlengelsen av virksomhetsavtalen.
- (36) Klagenemnda har etter dette kommet til at det er tale om to avtaler. Forlengelsene av virksomhetsavtalen må dermed vurderes for seg selv ved spørsmålet om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Klagenemnda nevner også at uavhengig av om avtalene vurderes separat eller samlet, er det i alle tilfeller mest naturlig å se hen til virksomhetsavtalens varighet og ikke festeavtalens varighet, da sistnevnte avtale vil bortfalle dersom ikke virksomhetsavtalen forlenges. Det er med andre ord uansett ikke tale om en avtale inngått for en periode på 30 år, men heller om en kortvarig virksomhetsavtale som reforhandles med jevne mellomrom.
- (37) Klagenemnda har etter dette kommet til at virksomhetsavtalen hadde en varighet på fem år. De senere forlengelsene må anses som tidspunktet for når anskaffelsen er «iverksatt» i medhold av forskrift om overgangsregler for lov om offentlige anskaffelser § 1. Ettersom klagen ble brakt inn for klagenemnda 12. juni 2020, har klagenemnda grunnlag

for å ta stilling til om forlengelsen som ble avtalt med gyldighet fra 1. januar 2019 samt senere forlengelser av avtalen, representerer en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (38) Utgangspunktet er at forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 får anvendelse når oppdragsgivere «inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter», jf. § 1-1.
- (39) Avtalen er innledningsvis omtalt som en virksomhetsavtale, og det fremkommer at den gjelder rett til å benytte forplass til terminalbygningen på Oslo lufthavn Gardermoen for transport av flypassasjerer til og fra lufthavnen, jf. avtalen del I. Det fremgår også av avtalen at den gjelder organisering av transporttjenester herunder taxitjenester fra flyplassen. Etter klagenemndas syn er organisering og levering av transporttjenester hovedformålet ved kontrakten, og avtalen vil derfor være omfattet av regelverket.
- (40) Basert på den estimerte årlige kontraktsverdien på ca. kroner 15 millioner ekskl. mva., vil forlengelsene av avtalen fra 1. januar 2019 og frem til 31. desember 2020 utgjøre ca. 30 millioner kroner ekskl. mva. For det tilfellet at avtalen er en tjenstekonsesjonskontrakt, vil derfor ikke terskelverdiene for kunngjøring være overskredet, og anskaffelsen vil dermed ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Det følger av konsesjonskontraktforskriftens § 4-1 at denne kommer til anvendelse for tjenstekonsesjonskontrakter, og at terskelverdi for kunngjøringsplikt er 51,5 millioner kroner jf. § 5-1 (2) jf. § 9-2.
- (41) Vurderingen av om en kontrakt er å anse som en konsesjonskontrakt, beror på en vurdering av om driftsrisikoen er overført til leverandøren. Det følger av konsesjonskontraktforskriften § 1-2 at «en konsesjonskontrakt er en tjenstekontrakt 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.»
- (42) 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.*
- (43) 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 tjenstekonsesjonskontrakt. 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 spørgsmål, 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

pågåeldende 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»

- (44) Spørsmålet er om etterspørsels- eller leveringsrisikoen også i dette tilfellet i tilstrekkelig grad er overført til TDA.
- (45) Det følger av avtalen at for «*retten til å benytte forplassen betaler Kontraktparten [TDA] på vegne av sine eiere et årlig vederlag til Selskapet [innklagede] til dekning av kapital- og driftskostnader for det areal som er til Kontraktpartens eksklusive benyttelse.*» TDAs inntekter kommer fra passeringsavgiften taxiløyvehaverne betaler for tilgang til forplassen. TDA mottar etter avtalen ingen kompensasjon fra innklagede og det er heller ikke avtalt unntak fra betalingsplikten for det tilfellet at inntjeningsgrunnlaget skulle svikte. TDA har følgelig driftsrisikoen da de må betale et årlig vederlag til innklagede uavhengig av hvor mange passeringer taxiløyvehaverne har i løpet av året. Klagenemnda finner at driftsrisikoen som er overført til TDA 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.
- (46) Konsesjonskontrakter ble først omfattet av anskaffelsesregelverket ved konsesjonskontraktforskriften av 12. august 2016, som trådte i kraft 1. januar 2017. Det er altså bare videreføringen av virksomhetsavtalen ved forlengelser etter ikrafttredelsen 1. januar 2017, som kan være omfattet av anskaffelsesregelverket. Avtalens verdi, for de forlengelsene som klagenemnda har kompetanse til å vurdere, er under terskelverdien for tjenestekonsesjonskontrakter. Anskaffelsen utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (47) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Avinor AS har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk