



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

### **Saken gjelder: Annet. De generelle kravene i § 4.**

*Innklagede sendte ut forespørsel til fire lokale leverandører om tilbud på utleie av drift av eksisterende bobilparkering på et avgrenset området. Klager anførte at kontrakten var en offentlig anskaffelse som var omfattet av forskrift om konsesjonskontrakter, siden driftsrisikoen var overført fra oppdragsgiveren til leverandøren, jf. konsesjonskontraktforskriften § 1-2. Klagenemnda kom til at kontrakten var en tjenestekonsesjonskontrakt. Innklagede hadde selv opplyst om at de anså at konkurransen ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket. Ettersom konkurransen ikke var blitt gjennomført i henhold til regelverket, kom nemnda til at det forelå flere brudd på anskaffelsesregelverket.*

### **Klagenemndas avgjørelse 21. september 2021 i sak 2021/1098**

**Klager:** Trolltunga Camping AS

**Innklaget:** Ullensvang kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

### **Bakgrunn:**

- (1) Ullensvang kommune (heretter *innklagede*) sendte 14. april 2021 forespørsel til fire lokale leverandører om tilbud på utleie av drift av eksisterende bobilparkering på Almerket i Odda fra 22. april 2021 til 31. desember 2021. Anskaffelsens estimerte verdi var 1 250 000 kroner eks. mva. Tilbudsfrist var 19. april 2021.
- (2) I tilbudsforespørselen var det angitt at leverandøren ville ha ansvar for følgende punkter:
  - «Eventuelt strauanlegg, (det som står der i dag er ikkje kommunen sitt og vil bli fjerna).
  - System for betaling, eventuell billettautomat og kostnader for drift av denne.
  - Kontaktpunkt for alle kundeforespørsler.
  - Dagleg tilsyn
  - Halde området ryddig og reint gjennom driftssesongen.
  - Drift av grøntareala ved bubilparkeringa
  - Renovasjonsordning»

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (3) Videre var det angitt at tilbudene måtte inneholde «*kva leige de vil betala, kven som er ansvarleg for drifta [og] ei kort skildring av driftsopplegget.*» Det fremgikk også at innkomne tilbud ville bli vurdert på grunnlag av tilbuds leiepris og driftskonsept.
- (4) Innklagede mottok tilbud fra tre leverandører, herunder Trolltunga camping AS (heretter *klager*), Camp Lothepus og Smeltehuset AS.
- (5) I tildelingsbrev av 20. april 2021 meddelte innklagede at kontrakten var tildelt Camp Lothepus (heretter *valgte leverandør*).
- (6) I begrunnelsen beskrev innklagede hvordan evalueringen var gjennomført. Det ble i den forbindelse forklart at tilbudene var evaluert basert på leiepris og driftskonsept uten gradering av disse kriteriene. Det ble også opplyst om at innklagede før åpning av tilbudene hadde foretatt en verdivurdering, der anskaffelsens verdi ble estimert til 1 250 000 kroner eks. mva. Som begrunnelse for valg av leverandør fremgikk følgende:  
  
*«Tilbudet frå Camp Lothepus på 10% av driftsinntektene vart difor verdsett til 125.000 kroner eks. mva. Når det gjaldt driftskonsept tok Camp Lothepus ansvar for å etablera toalettanlegg, straumtilkopling til kvar eining, planta i blomkassane som står på området og rydda opp på området. Heilårsdrift.*  
  
*Tilbudet frå Trolltunga Camping var på 140.000 kroner eks. mva. Driftskonseptet var slik me tolka tilbodspapira ei vidareføring av dagens drift. Med 8 straumboksar med 4 uttak kvar.»*
- (7) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. juli 2021.
- (8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. september 2021.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (9) Kontrakten er en offentlig anskaffelse som er omfattet av forskrift om konsesjonskontrakter, siden driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren, jf. konsesjonskontraktforskriften § 1-2. Unntaket i konsesjonskontraktforskriften § 1-2 er ikke relevant for denne saken, da denne kun gjelder når det offentlige erverver eller leier fast eiendom.
- (10) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 ved å gi tilbyderne ulik informasjon om hva som skulle leveres i forkant av tilbudsfristen.
- (11) Evalueringen av klagers og valgte leverandørs tilbud er i strid med prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet.
- (12) Innklagede har brutt konsesjonskontraktforskriften § 7-1 ved ikke å oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen. Klager viser for det første til at de ikke har mottatt kontrakten mellom klager og valgte leverandør. I tillegg var verken verdsetningen av kontrakten eller den geografiske avgrensningen tilstrekkelig dokumentert.

- (13) En eventuell forlenging av drift av bobilcamp etter 1. januar 2022 vil utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (14) Konkurransen var ikke omfattet av anskaffelsesregelverket, da utleie er unntatt regelverket. Innklagede valgte likevel å gjennomføre en enkel konkurranse for at det lokale næringslivet skulle ha lik anledning til å inngi tilbud på drift av det utlyste området.
- (15) Innklagede fremholder at lik informasjon ble sendt til alle som hadde meldt sin interesse i konkurransen. I tillegg var leverandørene informert om avgrensninger for området.
- (16) Ved vurderingen av tilbudene la innklagede til grunn et antatt inntekspotensialet for leie basert på gjengse døgnpriser på campingplasser i regionen, og endte da opp med et estimat på kroner 1 250 000. Videre verdsatte innklagede etableringen av toalett og generelt driftsopplegg, da dette var et viktig moment i utlysningen. Innklagede fremholder at evalueringen er i tråd med handlingsrommet i utlysningen.
- (17) Innklagede har uansett ikke brutt regelverket, da det er gjennomført en enkel konkurranse som oppfyller kravene i anskaffelsesloven § 4.

**Klagenemndas vurdering:**

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 1 250 000.
- (19) Klagenemnda tar først stilling til om kontrakten er en konsesjonskontrakt, slik at anskaffelsen reguleres av lov om offentlige anskaffelser og forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften).
- (20) 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.*»
- (21) Ved spørsmålet om driftsrisikoen faktisk er overført følger det av forskriften § 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.»*
- (22) 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 denne 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 tjenesteydelseskoncession.*»

- (23) Spørsmålet er om etterspørsels- eller leveringsrisikoen også i dette tilfellet i tilstrekkelig grad er overført til Camp Lothepus.
- (24) I sak C-458/03 var ikke hele leien omsetningsbasert, og valgte leverandør måtte betale et fast 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 situasjonen i saken nemnda har til behandling. Camp Lothepus betaler hele leien som del av omsetningen (10%).
- (25) Det er likevel en etterspørselsrisiko knyttet til redusert omsetning for Camp Lothepus selv om kostnadene til leie vil reduseres i tråd med en eventuell omsetningsreduksjon. Klagenemnda anser ikke denne driftsrisikoen som ubetydelig. I denne vurderingen legger klagenemnda særlig vekt på at leverandøren uansett må utføre en rekke andre tjenester tilknyttet driften av bobilcampingen. I utlysningen var det angitt at vinneren av kontrakten ville ha ansvar for drift av strømlegg, system for betaling, kontaktpunkt for kundeforespørsler, daglig tilsyn, renhold og drift av grøntarealet ved bobilparkeringen. Camp Lothepus har med dette forpliktet seg til driften av disse tjenestene, noe som etter nemndas syn tilsier at de *«under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnader som påløper i driften»*.
- (26) Klagenemnda er følgelig kommet til at leverandøren har påtatt seg risikoen for driften av bobilparkeringen, slik at anskaffelsen er en tjenestekonsesjonskontrakt som er omfattet av anskaffelsesregelverket.
- (27) Innklagede har som nevnt vurdert det slik at anskaffelsen gjaldt en leiekontrakt, og har erkjent at man av denne grunn ikke har forholdt seg til regelverket ved gjennomføringen av konkurransen. Innklagede er likevel av den oppfatning at konkurransen er gjennomført i tråd med prinsippene i loven § 4.
- (28) Klagenemnda er ikke enig i dette. Konkurransen legger opp til en vurdering av leiepris og driftskonsept uten noen nærmere angivelse av hvordan kriteriene skulle evalueres, og gir med dette innklagede en ubegrenset valgfrihet ved evalueringen av tilbudene. Det er videre lagt opp til at leverandørene kan inngi leiepris i absolutte tall, eller som en andel av driftsinntektene, uten at det er gitt føringer for hvordan slike pristilbud skal kunne sammenlignes. Konkurransen er også utover dette beheftet med en rekke feil, og overholder dermed ikke de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4. Konkurransen skulle av denne grunn vært avlyst.
- (29) Det bruddet klagenemnda har konstatert over kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforakriften § 13.

***Konklusjon:***

Ullensvang kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*