



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.

Vår ref.
2023/0568-14

Saksbehandler
Sara Louise Torland

Dato
13.12.2023

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 17. oktober 2023 mot Tromsø Offentlige Parkering AS, med påstand om ulovlig direkte anskaffelse av betalingsløsning for parkering via mobilapp. Vi har besluttet å avvise klagen fra behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9 første ledd, andre punktum. Grunnen er at klagen ikke er rettidig. Deres subsidiære anførsel om at avtalen er vesentlig endret etter avtaleinngåelsen kan klart ikke føre frem, og avvises derfor også jf. forskriften § 9.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Bember AS (heretter *klager*) sendte 14. juli 2023 inn en klage rettet mot Tromsø Parkering AS med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Bakgrunnen for klagen var Tromsø Parkering AS' bruk av EasyPark som eneleverandør for betaling av parkering via mobilapp, uten at det var utlyst noen konkurranse for tildeling av kontrakten. Klager anførte at Tromsø Parkering AS var omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, og at tildelingen av kontrakten til EasyPark derfor utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (2) Tromsø Parkering AS innga tilsvaret i saken 21. juli 2023.
- (3) Klager kontaktet sekretariatet 21. juli 2023. Klager viste til at det i tilsvaret fremgikk at det var datterselskapet til Tromsø Parkering AS, Tromsø Offentlige Parkering AS, som driftet parkeringen på vegne av Tromsø kommune. Klager ba derfor om å rette klagen mot Tromsø Offentlige Parkering AS i stedet. Klager bekreftet at de ønsket å bytte innklagede i saken 24. juli 2023.
- (4) Klagen ble derfor oversendt til Tromsø Offentlig Parkering AS 24. juli 2023. I en e-post datert 25. juli 2023 orienterte sekretariatet Tromsø Parkering AS om at de ikke var å anse som innklaget i saken.

- (5) I e-post av 25. juli 2023 viste innklagede til at klagen som ble oversendt 24. juli 2023 fremdeles var stilet til Tromsø Parkering AS, og ikke til Tromsø Offentlige Parkering AS. Det ble vist til at disse selskapene har ulikt innhold og egne avtaler med EasyPark, og at det ikke lot seg gjøre å svare ut klagen dersom den var rettet mot feil innklagede.
- (6) Sekretariatet kontaktet klager den 26. juli, 17. august og 1. september 2023, og ba klager sende en tilpasset klage som var rettet mot Tromsø Offentlig Parkering AS. Det ble sendt varsel om avvisning av saken den 3. oktober 2023, som følge av at klager enda ikke hadde sendt klagen. Klager sendte klage rettet mot Tromsø Offentlige Parkering AS (heretter *innklagede*) 17. oktober 2023.
- (7) Klager opplyste om at innklagede i mai 2021 avvirket innklagedes egen mobilapp, og EasyPark ble derfor eneste leverandør av betalingsløsning via mobilapp på innklagedes parkeringsplasser. Klager viste også til at mobilappen til EasyPark ble jevnlig oppdatert etter avtaleinngåelsen.
- (8) Det fremkommer av en versjonslogg fra EasyPark sin app, at det ble gjort 24 tekniske oppdateringer i perioden 21. mars 2022 til 19. juni 2023. Ifølge versjonsloggen bestod endringene blant annet av rettelser og forbedringer i appen, nye farger i appens logo og tilpasninger for å forbedre brukeropplevelsen.
- (9) Innklagede bekreftet 18. oktober 2023 at det var inngått en løpende avtale om betalingsløsning for parkering via mobilapp med EasyPark AS den 19. september 2018.

Sekretariatets vurdering:

- (10) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav til saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd.
- (11) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015 – 2016).
- (12) Det følger av klagenemndsforskriften § 13a andre ledd at en klage på ulovlig direkte anskaffelse «*kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått*». Videre følger det av anskaffelsesloven § 12 (4) at «*[a]dgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått*».
- (13) Klager anfører for det første at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre kontrakten om å drifte betalingsløsningen på innklagedes parkeringsplasser via mobilapp.
- (14) Kontrakten mellom EasyPark og innklagede ble inngått 19. september 2018, og klagen ble brakt inn for klagenemnda 17. oktober 2023. Klagenemndas gebyrmyndighet faller bort etter toårsfristen i § 12 (4) er utløpt. Nemnda kan heller ikke pålegge oppdragsgivere å si opp kontrakter som er inngått i strid med regelverket for å oppfriske klagefristen, se klagenemndas forente saker i 2023/1132, 2021/1180, 2021/1181 og 2021/1182. Klagen er dermed ikke fremsatt rettidig.
- (15) Klager har også anført at det skjedde en vesentlig endring av kontrakten i mai 2021, ved at innklagede avvirket sin egen mobilapp, og at omfanget av avtalen med EasyPark derfor ble

større. Sekretariatet tar ikke stilling til om dette utgjorde en vesentlig endring av avtalen, ettersom heller ikke denne anførselen ble fremsatt innen to år fra mai 2021.

- (16) Klagen er dermed ikke rettidig når det gjelder disse anførselene med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Sekretariatet avviser derfor anførselene fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9 første ledd, andre punktum.
- (17) Klager har til slutt vist til at mobilappen til EasyPark har blitt oppdatert 24 ganger i perioden 21. mars 2022 til 19. juni 2023. Klager anfører at dette utgjør endringer av kontrakten, og at klagefristen må anses å løpe fra siste endring.
- (18) Der en kontrakt er inngått, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at innholdet i kontrakten blir *«vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten»*, jf. anskaffelsesforordningen §§ 11-2 (2) og 28-2. Dersom oppdragsgiver endrer kontrakten vesentlig, skal det anses som en ny anskaffelse, som på ny utløser en kunngjøringsplikt.
- (19) Kontrakten om betalingsløsning via mobilapp er en løpende avtale. Innholdet i tjenesten om å levere en betalingsløsning via mobilapp, tilsier at det er en naturlig del av avtalen at appen vedlikeholdes og oppdateres jevnlig for at den skal fungere optimalt i kontraktens løpetid. De oppdateringene i versjonshistorikken som klager viser til, kan ikke anses som endringer av kontrakten. Det er dermed ikke aktuelt å vurdere om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse etter læren om vesentlige endringer.
- (20) Anførselen om at kontrakten er vesentlig endret kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem. Sekretariatet avviser derfor anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9 første ledd, første punktum.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Med hilsen

Sara Louise Torland
Juridisk rådgiver

Line Rakner
Seksjonssjef

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

Mottakere:
Bember AS

Kopi til:
TROMSØ OFFENTLIGE PARKERING AS