



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda kom til at tjenstekonsesjoner ikke er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 9. februar 2004 i sak 2003/250

Klager: Parajett AS

Innklaget: Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum, Morten Goller

Saken gjelder: Konsesjonskontrakter. Rekkevidden av loven og forskriften. Likebehandling.

Bakgrunn:

Parajett AS (heretter kalt ☐klager☐) mottok en forespørsel datert 19. september 2003 om å inngi tilbud på fremstilling, trykking og distribusjon av regelverket ADR/RID 2005 fra Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (heretter kalt ☐innklagede☐).

ADR/RID er regelverket for transport av farlig gods på vei og jernbane. Det er en forskrift som gjennomfører et EU-direktiv, som igjen bygger på konvensjoner som er basert på

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

anbefalinger fra FNs ekspertkomité for transport av farlig gods. Det er et omfattende materiale; forskriften og oversettelse av direktivet og konvensjonene utgjør til sammen ca 1050 sider i den nåværende publikasjonen (ADR/RID 2003). I forskriften er det inntatt tabeller over farlige stoffer, merking og transport/oppbevaring av disse.

På grunn av regelverkets omfang fyller den trykte utgaven et behov både som oppslagsverk og som undervisningsmateriell. Forskrift av 11. november 2002 nr. 1264 pålegger hver transportør å ha gjennomgått et kurs i regelverket, jf. § 3-2. Etter forskrift (internkontrollforskriften) av 6. desember 1996 nr. 1127 § 5 nr. 1 plikter hver virksomhet å ha regelverket tilgjengelig.

Innklagede og leverandøren samarbeider om fremstillingen. Leverandøren dekker alle sine egne kostnader og tar seg betalt gjennom å selge produktet direkte til brukerne. Innklagede betaler ingenting og får heller ingen inntekter av salget, men dekker sine egne utgifter.

Det er ennå ikke laget noe kontraktsutkast til avtalen om produksjon av ADR/RID 2005. I henhold til kontrakten for produksjon av 1999-utgaven av regelverket (inngått mellom det daværende Direktoratet for brann- og eksplosjonsvern og produsenten Elanders Publishing AS), forpliktet partene seg til å følge en oppsatt 20-punkts tidsplan som skulle ende med en bestemt utgivelsesdato. Produsenten ville pådra seg dagbøter ved forsinket utgivelse. Partene avtalte et nært samarbeid, der innklagede påtok seg ansvaret for det innholdsmessige. Under punkt 7 *Kostnader* het det:

DBE dekker alle egne kostnader som tidsforbruk, kontormateriell, telefon, porto og reiser.

Alle øvrige kostnader dekkes av Elanders. Elanders er ansvarlig for alle vurderinger av disse kostnadene. Unntatt er kostnader som oppstår som en direkte følge av innholdsmessige feil i boken. Disse dekkes av DBE.

Videre het det under avtalens punkt 8 *Rettigheter*:

DBE har det fulle og hele eierskap til de oppdaterte ADR og RID databasene.

Elanders har rett til utgivelse og salg av ADR og RID 1999 til priser i henhold til gjeldende overenskomst med statens Forvaltningstjeneste ved Statens trykning gjennom avtale ved

referat av 20.05.96 fra Elanders, sist godkjent 31.12.96 □ og avtale mellom DBE og Elanders Publishing av den 28. april 1997.(□)□

1999-avtalen er lagt til grunn for avtale om produksjon av 2001 og 2003-utgaven mellom de samme partene.

Tre leverandører inga tilbud. I brev av 24. oktober 2003 ble klager meddelt at firmaet ikke ville få kontrakten. På forespørsel fikk klager opplyst at Capella Media ville få kontrakten, på den bakgrunn at firmaet ligger i nærheten av innklagede og at innklagede har vært fornøyd med leveranser derfra tidligere. Klagers tilbud var på kr 281 per enhet, mens Capella Medias tilbud var på kr 340 per enhet. Capella Medias tilbud er inklusive distribusjon, mens distribusjonskostnader er utelatt i klagers tilbud. Ifølge klager vil prisen på distribusjon ligge på rundt kr 12 per enhet. Prisene er imidlertid bare et overslag over hva det koster å produsere varen. Leverandørene har ikke bundet seg til å ta en bestemt pris.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Det aktuelle forholdet faller inn under regelverket for offentlige anskaffelser, jf lovens § 3. Anskaffelsen er over terskelverdiene i forskriftens § 2-2 og følger derfor regelen i del II. Unntaket for tjenestekonsesjoner kan ikke komme til anvendelse. For det første er oppdraget ingen tjeneste, da hoveddelen omfatter fremstilling og produksjon. For det andre kan oppdraget ikke forstås slik at innklagede overfører retten til å utføre en tjeneste til en utenforstående leverandør. Forholdet må betraktes som en samarbeidsavtale der innklagede eier innholdet og selve oppslagsverket, og leverandøren skal stille sin kompetanse og produksjonskapasitet til disposisjon for å gjøre produktet tilgjengelig for brukerne. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/149 med henvisninger.

Forespørselen ble sendt ut som en begrenset anbudskonkurranse. Brevet inneholdt verken bestemmelser om hvordan tildeling var ment å skje eller kriterier for tildeling. Dette er i strid med forskriftens § 5-1.

Når innklagede verken har oppgitt tildelingskriterier eller angitt at tildelingen skal skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må tildeling skje til det tilbudet som har lavest pris, dvs klagers tilbud. Uansett er det i strid med likebehandlingsprinsippet å legge vekt på at leverandøren er en lokal aktør.

I tillegg brøt innklagede forskriftens § 10-3, da det ikke ble gitt noen begrunnelse for valget av tilbud.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagede betaler ikke ut penger til produsenten. Forholdet er derfor ingen anskaffelse. Produsenten tar seg av det kommersielle og har hele risikoen.

Produsenten er ikke monopolist. Materialet er tilgjengelig på innklagedes nettside. Enhver kan laste det ned, trykke det og utgi det.

Det var ikke innklagedes hensikt å sende ut forespørsel i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1. Heller ikke er det nevnt i forespørselen at anskaffelsesprosessen skal foregå i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. Hadde dette vært hensikten, ville konkurransen vært utlyst i henhold til regelverket.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Det sentrale spørsmålet i saken er om forholdet mellom innklagede og produsenten av heftet og CD-platen med regelverket ADR/RID kommer inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

Enhver står fritt til å laste ned regelverket og trykke det for utgivelse, men bare denne ene utgaven kan utgis med innklagedes medvirkning. Avtalen med innklagede kan dermed sies å representere en enerett til å produsere det som oppfattes som den offisielle utgaven.

Ettersom innklagede ikke selv skal ha varene, er kontrakten mellom innklagede og produsenten en tjenestekontrakt, jf forskriften § 1-4 bokstav d). Forholdet gjelder produksjon av en vare, men ytelsen til innklagede er selve produksjonen og distribusjonen. Produsenten på sin side får betaling gjennom å kunne utnytte sitt eget produkt kommersielt.

Forskrift om offentlige anskaffelser gjennomfører EØS-regler, herunder direktiv 92/50 (tjenestedirektivet). I Telaustria-saken (sak 324/98) fastslo EF-domstolen at såkalte tjenestekonsesjoner faller utenfor direktiv 93/38 (forsyningsdirektivet), mens det i Deutsche Bibliothek-saken (sak 358/00) ble fastslått at det samme gjelder for direktiv 92/50 (tjenestedirektivet). I Telaustria-dommen premiss 58 siste avsnitt uttalte domstolen:

□Selv om en sådan aftale er omfattet af direktiv 93/38, er den på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, navnlig fordi den modydelse, som den førstnævnte virksomhed leverer til den anden, består i, at sidstnævnte virksomhed med henblik på at opnå betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse.□

En tjenestekonsesjon defineres dermed som en kontrakt der leverandøren får betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt, jf også definisjonen av bygg- og anleggskonsesjoner i forskriften § 1-4 bokstav g). Den foreliggende kontrakt faller inn under denne definisjonen.

Forskriften inneholder imidlertid ikke regler om tjenestekonsesjoner. Når slike kontrakter ikke er omfattet av direktivene, og forskriften ikke gir holdepunkter for at den skal ha et videre anvendelsesområde på dette punkt, finner klagemnda at tjenestekonsesjoner ikke kan anses omfattet av forskriften.

Selv om tjenestekonsesjoner faller utenfor forskriften, kan det reisers spørsmål om slike avtaler går inn under loven om offentlige anskaffelser.

Etter § 3 omfatter loven □anskaffelser□ av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider. Ordet anskaffelser er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden er imidlertid så vag og vidtfavnende at det er vanskelig å trekke rettslige slutninger ut fra denne alene.

Forarbeidene til loven inneholder ingen holdepunkter for at lovgiver har ment at tjenestekonsesjoner skal være omfattet av loven. Hadde lovgiver ment at loven på dette punkt skulle gis et videre anvendelsesområde enn i EØS-innkjøpsdirektivene, er det naturlig at dette hadde kommet til uttrykk i forarbeidene. Selv om formålet med regelverket kunne tilsi at en tjenestekonsesjon som her fulgte anskaffelsesreglene i loven, mener

klagenemnda at det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for at tjenestekonsesjoner er omfattet av lov om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas kompetanse er begrenset til å vurdere lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, jf klagenemndforskriften § 1. Dette innebærer bl a at EØS-avtalen og privatrettslige regler faller utenfor klagenemndas kompetanse, med mindre slike regler har direkte betydning for tolkningen av anskaffelsesregelverket. Det kan ikke sies å være tilfelle her. Klagenemnda kan derfor ikke ta stilling til om innklagede har brutt EØS-avtalens generelle regler eller alminnelige anbudsrettslige regler forøvrig.

Konklusjon:

Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
9. februar 2004

Per Christiansen