



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Sykehuset i Vestfold hadde gjennomført en åpen anbudskonkurranse vedrørende drift av parkeringsanlegg ved sykehusene i Tønsberg og Larvik. Klagenemnda kom under tvil til at anskaffelsen måtte klassifiseres som en tjenstekonsesjonskontrakt, og klagenemnda hadde dermed ikke kompetanse til å behandle klagen.

Klagenemndas avgjørelse 23. mai 2005 i sak 2005/24

Klager: Parkeringsselskapet AS

Innklagede: Sykehuset i Vestfold HF

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Svein Dahl, Bjørg Ven

Saken gjelder: tjenstekonsesjonskontrakter, avlysning av konkurranse

Sakens bakgrunn:

- (1) Sykehuset i Vestfold HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. september 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende drift av parkeringsanlegg ved innklagedes sykehus i Tønsberg og Larvik. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at kontrakten ville ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. Avtalens betingelser var fastlagt i avtaleperioden, men ved opsjonsforlengelse ble partene gitt anledning til å reforhandle betingelsene. Partene ble videre gitt muligheten til å reforhandle avgiftsbeløpene under forutsetning av at nye takster ble godkjent av begge parter.
- (2) Tjenestens nærmere innhold ble beskrevet slik i konkurransegrunnlaget:

”Kontroll og kontrollavgift.

SiV's avtalepartner har ansvaret for å gjennomføre kontroll av parkeringsanvisninger og at avgifter er betalt i henhold til retningslinjene. Kontroll i Tønsberg bør være minst 3-4 ganger pr dag i tidsperioden 08-19 og 1-2 ganger pr dag i tidsperioden 19-08. Kontroll i Larvik bør være minst 2-3 ganger pr dag i tidsperioden 08-19 (mandag-fredag) og 08-15 (lørdag).

Ved klare overskridelser skal det ilegges bot kr. 500,- inkl. mva. (kontrollavgift).

Eventuell borttauing må være påkrevet og avtales med SiV på forhånd. Slike tilfeller kan for eksempel være feilparkering som er til hinder for eller vanskeliggjør trafikken, eller på annen måte skaper farefulle situasjoner.

Sikkerhetskontroll.

Det forutsettes at kontrollpersonalet ved sine rutinemessige kontroller innrapporterer uregelmessigheter som oppdages, til SiV's driftsentral.

Spesielle uregelmessigheter eller akutte situasjoner skal også rapporteres til politiet

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

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

dersom kontrollpersonalet mener det er av en slik karakter.

Dersom kontrollen utføres av tredjepart, må det være skriftlig avtalt partene imellom og dokumentet inngå som bilag til denne avtalen.

Skilter og betalingsautomater.

I tidligere avtaler har SiV's avtalepartner montert 8 betalingsautomater (hvorav 6 i P-huset) og diverse skiltanvisninger. Denne avtalen binder ny avtalepartner til minst samme omfang.

Anskaffelse, montering/demontering og vedlikehold av skilter og betalingsautomater i avtaleperioden er ikke SiV's anliggende.

Etterfylling av billetter, tømming av automatene, opptelling av avgiftsbetalinger og innbetaling til bank utføres av SiV's avtalepartner.

Betalingsautomatene skal kunne motta både betalingskort og kontanter. Det må informeres om anvendbare betalingskort. Dersom automatene ikke kan gi tilbake returmynt, må minst 1 veksleautomat installeres i Parkeringshuset."

- (3) Konkurranses grunnlaget ba leverandørene om å oppgi en prosentsats av brutto omsetning av billettinntekter og av brutto inntekt fra inndrevne kontrollavgifter som ville overføres til innklagede. Den oppgitte prosentsatsen ble vektlagt i evalueringen av leverandørenes tilbud.
- (4) Fem leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Parkeringsselskapet AS (heretter kalt klager). Innklagede vurderte klagers tilbud som det økonomisk mest fordelaktige, og meddelte leverandørene dette i brev datert 15. oktober 2004. Innen klagefristens utløp mottok innklagede to klager på tildelingen av kontrakt. Innklagede meddelte derfor klager at signering av kontrakt ville bli utsatt "inntil videre".
- (5) I en telefonsamtale 12. november 2004 fortalte innklagede klager at det ble vurdert å endre konkurransegrunnlaget på tre punkter gjennom å:
 - "- innføre betaling for de ansattes bruk av de parkeringsanlegg som omfattes av konkurransen*
 - innføre parkeringsavgift for de besøkende til Larvik sykehus*
 - la parkeringsanlegget ved sykehuset i Sandefjord også bli omfattet av den kontrakt som skulle inngås".*
- (6) Klager forsto innklagede slik at disse endringene ville gi grunnlag for å avlyse konkurransen, og tok senere kontakt med innklagede for å stoppe en slik avlysning. Det ble anført at en slik avlysning ikke ville være lovlig etter regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede ble deretter klaget inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser med påstand om at det ikke forelå grunnlag for avlysning av konkurransen.
- (7) I brev av 1. februar 2005 meddelte innklagede at det var besluttet å avlyse konkurransen. Avgjørelsen var begrunnet på følgende måte:

"...Etter vår utlysning og anbudsbehandling, som endte opp i innstilling til valgt

leverandør, men innen kontraktsignering, ble forutsetningene endret. Ledelsen ved SiV ønsket en vurdering av innføring av betalingsavgift for ansatte, i tillegg til det utlyste omfanget som bare gjaldt besøkende.

Innføring av betalingsavgift for ansatte vil medføre tilnærmet dobling av avgiftsgrunnlaget, men også differensierte betalingsformer og betydelig økning i betalingsautomater i forhold til dagens situasjon. I tillegg til arealene i Tønsberg og Larvik kommer også Sandefjord. Med bakgrunn i at parkeringsplasser for både besøkende og ansatte er lokalisert i samme arealer (P-hus og utearealer) er det en forutsetning fra SiV's side at det er kun en kontraktspartner i saken.”

Klager har i det vesentlige anført:

- (8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Kontrakten er ikke en tjenstekonsesjonskontrakt, men faller inn under regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda har følgelig kompetanse til å behandle saken.
- (10) Klagen kan heller ikke anses uhensiktsmessig for behandling, jf klagenemndforskriften § 9.
- (11) Innklagedes håndtering av saken og den manglende informasjon om fremdriften i prosessen fremstår som kritikkverdig og i klar strid med kravet til god anbudsskikk.
- (12) Beslutningen om å tildele klager kontrakten kunne bare annulleres dersom den var i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2. Dette var ikke tilfelle, og annulleringen var følgelig i strid med § 10-3 (3).
- (13) De bebudede endringer av konkurransegrunnlaget representerer ingen saklig grunn for å avlyse konkurransen, jf § 10-1 (1). Innklagede var følgelig forpliktet til å fullføre kontrakten og med klager som kontraktspart.
- (14) Klagenemnda bes vurdere erstatningsspørsmålet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Klagen skal avvises og ikke tas under realitetsbehandling av klagenemnda.
- (16) Klagen må avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Klager har samtidig fremmet saken for de ordinære domstolene, og klagenemnda vil gjennom sin saksbehandling ikke kunne belyse saken i like stor grad som ordinær domstolsbehandling. Hensynet om at nemnda, gjennom sin saksbehandling, holder konflikts- og kostnadsnivå nede, strekker derfor ikke til i denne saken. Klagenemndas avgjørelse vil heller ikke kunne legges fram i den senere rettsaken, jf Rt 2002 s 637.
- (17) Videre står man her overfor en tjenstekonsesjonskontrakt som ikke er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda har følgelig ikke kompetanse til å vurdere konkurransen, jf klagenemndforskriften § 1.

- (18) Under forutsetning av at saken realitetsbehandles, bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (19) Avlysningen var saklig begrunnet og følgelig rettmessig, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 (1). Kravet om saklig grunn innebærer ikke at det skal være umulig å gjennomføre konkurransen som planlagt. Innklagede må ha vært berettiget til å prioritere fornuftig med henblikk på egen virksomhet så lenge dette har vært forretningsmessig begrunnet
- (20) Innklagede var ikke kjent med avlysningsårsakene på et tidligere tidspunkt, og leverandørene ble gjort kjent med de endrede forutsetningene så snart innklagede fikk kjennskap til disse.

Klagenemndas vurdering:

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

Spørsmål om avvisning av saken

- (22) Innklagede har anført at klagenemnda ikke har kompetanse til å behandle saken fordi kontrakten er å anse som en tjenstekonsesjonskontrakt. Klagenemndas kompetanse er begrenset til å gjelde anførsler om brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagenemnda kom i sak 2003/250 til at tjenstekonsesjonskontrakter ikke er omfattet av lov om offentlige anskaffelser. Denne begrensningen i klagenemndas kompetanse må gjelde selv om en oppdragsgiver på avtalerettslig grunnlag har forpliktet seg til å følge regelverket.
- (23) Selv om den legislative begrunnelsen for unntaket som er gjort for tjenstekonsesjoner kan diskuteres, er det et faktum at tjenstekonsesjoner er unntatt regelverket. Det hefter imidlertid betydelig usikkerhet med hensyn til hva som er gjeldende rett på området for tjenstekonsesjoner. Nemnda har under tvil kommet frem til at den aktuelle kontrakten er å anse som en tjenstekonsesjonskontrakt.
- (24) En tjenstekonsesjon defineres i utgangspunktet som en tjenstekontrakt hvor leverandøren får betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt, eller gjennom en slik rett sammen med betaling.
- (25) Det forhold at betalingsstrømmen går fra tredjemenn til den private aktøren i stedet for via den offentlige oppdragsgiver, er ikke alene tilstrekkelig til å gjøre tjenstekontrakten til en tjenstekonsesjon. Ved kun å se på betalingsstrømmen, uten å se hen til om leverandøren også påtar seg ansvar og risiko for driften, vil det lett kunne åpnes for omgåelser av regelverket.
- (26) I vurderingen av om det forelå en tjenstekonsesjon i KOFA sak 2003/149 fant klagenemnda det vesentlig å se hen til om det var den offentlige oppdragsgiver eller den private kontraherende parten som organiserte og bar den kommersielle risikoen for den aktuelle tjenesten.
- (27) For at en kontraktstildeling skal kunne karakteriseres som en tjenstekonsesjon, må således ansvaret og økonomisk risiko for driften av tjenesten overføres fra den

offentlige oppdragsgiver til den private aktøren. Når dette er oppfylt, kan leverandøren anses å få betaling gjennom retten til å utnytte *sin egen ytelse* kommersielt.

- (28) Ved at innklagedes kontraktspart godtgjøres gjennom en prosentsats av inntjente billett- og kontrollavgifter, påtar tjenesteyteren seg en kommersiell risiko for at inntjeningen gir et tilstrekkelig stort utbytte.
- (29) Tjenesteyteren synes videre å være tildelt ansvaret for den operative delen av parkeringstjenestene ved å ha ansvar for oppsetting, drift og vedlikehold av billettautomater og nødvendig skilt, kontroll, tømning av billettautomater, sikkerhets- og dokumentasjonsrutiner samt salg, administrasjon og oppfølging av kontraktsparkerende.
- (30) Etter klagenemndas vurdering har tjenesteyteren således påtatt seg økonomisk risiko og ansvaret for driften av avgiftsparkeringen. Tjenesteyteren vil få betaling gjennom retten til å utnytte ytelsen kommersielt.
- (31) Klagenemnda har i tillegg vurdert om det må oppstilles ytterlige krav til tjenestenes innhold eller karakter for anskaffelsen skal anses som en tjenstekonsesjon og dermed være unntatt fra regelverket. I den foreliggende sak har nemnda imidlertid kommet at det må legges avgjørende vekt på den rettsoppfatning som er kommet til uttrykk i sak C-458/03 (Parking Brixen GmbH, en sak som ennå ikke er avgjort av EF-domstolen). I saken la blant annet Generaladvokaten til grunn at en avtale om drift av en parkeringsplass var å anse som en tjenstekonsesjon. Klagenemnda finner at saken har så mange likhetstrekk med den foreliggende saken, at det er vanskelig å komme til et annet resultat. Forholdet må følgelig anses som en tjenstekonsesjon og faller dermed ikke inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Sykehuset i Vestfold har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, Oslo 23. mai 2005

Andreas Wahl