



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for drift av snøggbåtruter i Hordaland fylke. Klagenemnda kom under tvil til at tildelingen var å anse som en tjenstekonsesjon, slik at anskaffelsen ikke var omfattet av lov og forskrift om offentlige anskaffelser og klagenemnda dermed ikke hadde kompetanse til å behandle klagen.*

**Klagenemndas avgjørelse 5. februar 2007 i sak 2005/304 – 21**

Klager: Bergen-Nordhordland Rutelag

Innklaget: Hordaland fylkeskommune

**Klagenemndas medlemmer:** Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl

**Saken gjelder:** Tjenestekontrakt vs. tjenstekonsesjon.

**Bakgrunn:**

- (1) Hordaland fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 20. juni 2005 med henvisning til yrkestransportloven 21.6.2002 nr 45 en åpen anbudskonkurranse for drift av snøggbåtruter i Hordaland fylke fra 1. januar 2007 til 31. desember 2011, med opsjon på forlengelse i to år.
- (2) Konkurransen gjaldt drift av Kvinnheradsruta, Austevollsruta og Sunnhordlandsruta.
- (3) I konkurransegrunnlagets kapittel 2 var det stilt ”**KRAV TIL LEVERANSEN**”, herunder krav til ”**RUTEPRODUKSJONEN**”, jf punkt 2.2 hvor det stod følgende:

”[K 4]       **Krav til rutetilbod**  
*OPERATØR skal tilby eit rutetilbod som spesifisert i rutetabellen for den ruta / dei rutene denne er tildelt ruteløye for.*”

- (4) Konkurransegrunnlagets punkt 2.6 omhandlet ”**TAKSTAR OG BILLETTERING**”. Fra dette punktet hitsettes:

”[K 49]       **Takst**  
*Billetteringa skal følgje OPPDRAGSGIVAR sine takstregulativ / -retningsliner for snøggbåt. OPERATØR skal til eikvar tid følgje dei billettкодar (produktkategoriar) som blir godkjend av OPPDRAGSGIVAR. OPERATØR skal prolongere ordninga med samordna billettering mot Flaggruten og avrekning for dette.*

*OPERATØR kan likevel søkje OPPDRAGSGIVAR om å få godkjent avvik frå takstregulativet utifrå marknadsomsyn.”*

- (5) Fra konkurransegrunnlagets kapittel 3 ”VEDERLAG” hitsettes:

**”Vederlag**

*I anbudet skal TILBYDAR spesifisere det denne krev i årleg vederlag for å utføre den ruteproduksjonen som er spesifisert i rutetabell for den rute / dei ruter denne legg inn anbud på; kfr. tildelingskriterium [T 9].*

**Timesatsar ved justering av ruteproduksjonen**

*I anbudet skal TILBYDAR og spesifisere det denne krev i vederlag per time meirproduksjon / auke i opningstida og det denne vil akseptere i redusert vederlag per time i mindreproduksjon / innkorting av opningstida; kfr. tildelingskriterium [T 13] og [T14].*

**Nettoprinsippet**

*Vederlag og timesatsar skal basere seg på nettoprinsippet, dvs. at OPERATØREN vil få behalde alle inntekter innanfor gjeldande inntektsavrekning, og vil samstundes vere ansvarleg for alle kostnader.*

**Vederlag vert regulert for endringar i prisar, løningar og takstar**

*Vederlag vert regulert for endringar i prisar, løningar og takstar. Reguleringane fylgjer fastlagde reglar som spesifisert nedanfor. Dersom TILBYDAR forventar at produksjonskostnadane utviklar seg annleis enn det reglane tilseier, må TILBYDAR ta omsyn til det i sitt anbud. Det same gjeld inntektseffekten av takstendringar. Reguleringa gjeld både for vederlag for perioden 01.01.2007 – 31.12.2011 og vederlag for forlenga driftsperiode 01.01.2012 – 31.12.2013.*

**3.1 BETALING AV VEDERLAG**

**[V 1] Betaling av vederlag**

*Det årlege vederlaget skal betalast i 10 like store deler, den 15. i kvar månad med unntak av juni og desember.*

**[V 2] Justering av vederlag i løpet av eit driftsår**

*Dersom OPPDRAGSGIVAR endrar takstane og/eller ruteproduksjonen i eit driftsår, skal vederlaget justeras i tråd med reglane i kapittel 3.2 og 3.3. Vederlaget skal justerast frå det tidspunkt ei endring finn stad.*

**[V 3] Etterskotsvis avrekning**

*Etter at eit driftsår er omme og den faktiske pris- og lønsveksten for dette driftsåret er kjent, skal vederlaget regulerast etterskotsvis for faktisk pris- og lønsvekst i tråd med reglane i kapittel 3.2 og 3.3. Dersom det etterskotsvis regulerte vederlaget avvik frå det som faktisk er betalt i løpet av året, skal det gjennomførast ei avrekning. Det same gjeld kompensasjon for særskilt stor endring i pris på drivstoff.”*

- (6) Som vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget fulgte et rutebudsjett leverandørene måtte fylle ut for hver rute de ønsket å inngi tilbud på. I dette skjemaet skulle det fylles inn

*"Totale kostnader"* som bestod av skipskostnader, driftskostnader og rentekostnader. Fra de totale kostnadene skulle leverandørene trekke forventet billettinntekt, og denne differansen skulle danne grunnlag for *"Vederlag pr år"*.

- (7) Kontrakt skulle tildeles den eller de leverandørene som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende prioriterte tildelingskriterier: *"Vederlag for driftsperioden 01.01.2007 – 31.12.2011"*, *"Vederlag for forlenga driftsperiode (+ 2år)"*, *"Fartøy"*, *"Evne til å levere"*, *"Timesats for justering av vederlag ved AUKE i ruteproduksjon"*, *"Timesats for justering av vederlag ved REDUKSJON i ruteproduksjon"* og *"Tryggleik og kvalitetssikring"*.
- (8) Innen tilbudsfristens utløp 12. september 2005 var det blant annet kommet inn tilbud fra Bergen-Nordhordland Rutelag (heretter kalt klager), Selskap under stiftelse v/HSD Sjø/Fjord 1 FSF og L. Rødne & Sønner AS.
- (9) I brev av 30. november 2005 ble klager meddelt hvilke leverandører som var tildelt kontrakt. For Sunnhordlandsruta og Austevollsruta var kontrakt tildelt Selskap under stiftelse v/ HSD Sjø/ Fjord 1 FSF, mens kontrakt for Kvinnheradsruta var tildelt L. Rødne & Sønner AS.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (10) For at det skal foreligge en tjenstekonsesjon, og ikke en tjenstekontrakt, synes det å være et minstekrav at det foreligger en kontrakt hvor vederlaget består i retten til å utnytte tjenesten kommersielt, enten alene eller sammen med et vederlag.
- (11) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at leverandørene i tilbudet skal spesifisere det de krever i årlig vederlag for å utføre den aktuelle ruteproduksjon. Videre fremgår det at det årlige vederlaget skal betales i 10 like store deler, den 15. i hver måned med unntak av juni og desember. Dette årlige vederlaget er således et fast beløp som tilkommer operatøren uavhengig av årets driftsinntekter. Størrelsen på det årlige vederlaget beregnes altså ikke ut fra størrelsen på årets driftsinntekter, og er ikke relatert til dette. I tillegg til dette faste årlige vederlaget, skal operatøren få beholde driftsinntektene (billettinntektene) basert på nettoprinsippet, dvs. etter fradrag for kostnader.
- (12) Siden operatøren uansett vil få utbetalt det faste årlige vederlag, som heller ikke er basert på størrelsen av billettinntektene, må det synes klart at den økonomiske risikoen for driften av rutene i første rekke hviler på innklagede.
- (13) I tillegg følger av konkurransegrunnlaget at billettering skal følge oppdragsgivers takstregulativ/retningslinjer. Også rutetider synes å skulle fastsettes av innklagede, jf vedlegg 6 til konkurransegrunnlaget. Dette avgrenser operatørens handlefrihet til selv å påvirke inntekspotensialet for rutene, noe som medfører at det årlige og faste vederlaget spiller en desto større rolle sett i forhold til operatørens mulighet til selv å inntjene netto driftsinntekter.
- (14) Adgangen til kommersiell utnytting ved at operatør i tillegg til fastbeløpet beholder nettoinntektene fra driften, fremstår således som underordnet det faste årlige vederlag operatøren uansett vil få.

- (15) På bakgrunn av ovennevnte må tildelingen anses å være en tjenestekontrakt.
- (16) Slik saken står for klagenemnda, finner nemnda ikke grunn til å referere de nærmere anførslene her.

*Innklagedes anførsler:*

- (17) Anskaffelsen faller utenfor anvendelsesområdet for lov om offentlige anskaffelser og tilhørende anskaffelsesforskrift. Konkurransen gjelder tildeling av løyver for rutebasert persontransport. Det regelverket som kommer til anvendelse er lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy, samt forskrift om anbud i lokal rutetransport. Dette fremgår av konkurransegrunnlaget. I tillegg fremgår det av konkurransegrunnlaget at anbudet er et totalanbud etter nettoprinsippet.

**Klagenemndas vurdering:**

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

*Klagenemndas kompetanse. Anvendelsesområde for lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Forholdet til yrkestransportloven 2002.*

- (19) Klagenemndas kompetanse er begrenset til å gjelde brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Hvorvidt foreliggende tilfelle omfattes av lov og forskrift om offentlige anskaffelser beror på om tildelingen er å anse som en tjenestekontrakt eller en tjenestekonsesjon. Dersom tildelingen er en tjenestekontrakt, omfattes forholdet av loven og forskriften, jf lov om offentlige anskaffelser § 3 og forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 § 1-3, jf § 1-4 bokstav d, jf bokstav a. Klassifiseres forholdet derimot som en tjenestekonsesjon, følger det av EF-domstolens praksis i sakene C-324/98 "Telaustria", C-358/00 "Deutsche Bibliothek" og C-231/03 "Coname" at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse, jf. også klagenemnda i sak 2003/250 og nå klargjøring i nytt regelverk om offentlige anskaffelser Forskrift 2006-04-07-402 § 1-3 bokstav j (gjennomfører Dir 2004/18/EØF Art 17). Tildeling av ruteløyve følger i norske forhold regler fastsatt med hjemmel i yrkestransportloven av 21. juni 2002 nr 45. Forskrift 2003-03-26-400 gir nærmere regler om bruk av anbudskonkurranse ved tildeling av kontrakt i lokal rutetransport, jf. lovens § 8.
- (20) Grensen mellom tjenestekontrakt og tjenestekonsesjon er ikke trukket opp i gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser, men følger av EF-domstolens praksis som er lagt til grunn i tidligere saker for Klagenemnda så som i sak 2003/149 og i sakene 2005/24 og 2005/86 om drift av parkeringsanlegg/avgiftparkering. Den definisjon som ny forskrift 2006-04-07-402 (i kraft fra 1.1.2007) § 4-1 bokstav e legger til grunn gjengir Dir 2004/18 Art 17, som igjen bygger på EF-domstolspraksis. Også gjeldende forskrift må derfor forstås slik at en tjenestekonsesjons(kontrakt) som unntas fra forskriftens virkeområde defineres som en tjenestekontrakt -

*"med det unntak at vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består i retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling".*

- (21) I følge veilederen til 2006-forskriften pkt 3.2.2 er det at oppdragsgiver skyter inn midler for at tjenesten skal bli utført ikke til hinder for at forholdet skal karakteriseres som en konsesjon.
- (22) Grensene for hvor stor del av inntektene som kan komme som betaling fra oppdragsgiver uten at forholdet endrer karakter fra konsesjon til tjenestekontrakt er likevel ikke trukket opp, verken i forskriftens ordlyd, veilederen eller rettspraksis fra EF-domstolen. EU-kommisjonen har i en fortolkningsmeddelelse 2000/C 121/02 (Official Journal C 121/2) antydnet at en betydelig del av vederlaget må knytte seg til utnyttelse av tjenesten, men samtidig understreket at det avgjørende element er den økonomiske risiko som er forbundet med utnyttelsen av retten til å utøve tjenesten, særlig når det betales en pris av konsesjonsmyndigheten. Kommisjonen har også varslet å ta opp avklarende lovgivning på området – COM(2005)569 (15.11.2005) om "Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions".
- (23) Klagenemnda uttalte i sakene 2005/24 og 2005/86:

*"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 tjenestekontrakten til en tjenestekonsesjon. 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.*

*[...]*

*For at en kontraktstildeling skal kunne karakteriseres som en tjenestekonsesjon 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."*

- (24) Spørsmålet om funksjons- og økonomisk risikofordeling ble vurdert i sak 2003/149 som også gjaldt rutetransport (busstrafikk i Østfold). Nemnda kom til at rutetildelingen var å anse som en kontrakt og uttalte:

*"Nemnda forstår den foreliggende praksis dit hen at dersom det i tillegg til konsesjonstildeling er tale om et kontraktsbasert kjøp av tjenester fra privat sektor som anskaffelsesmyndigheten selv organiserer og bærer kommersiell risiko for, handler det om et tjenestekjøp og anbudsdirektivene vil gjelde. Klagenemnda viser til at det i saken er tale om en ordinær fast tilbudspris for tjenesten, og at kun 10 % av billettinntektene vil tilfalle leverandøren. Skulle man klassifisere rettsforholdet mellom utøver og innklagde ØKT, ville det være naturlig å beskrive dette som en samarbeidsavtale som består i at utøver med sin busspark og personell står som underleverandør og samarbeidspartner i forhold til ØKT ved etablering av det samlede transporttilbud til publikum. Kontrakten som forespeiles i konkurransegrunnlaget knesetter tradisjonelle bestanddeler i kontrakter, så som drifts-, funksjons- og utgiftsdeling, inntektsforhold og ansvar for ytelser som naturlig henhører under organisert busstrafikk for områdets publikum. "*

Leverandørene i vår sak skal stå for driften av snøggåtene og motta 100 % av inntektene. Spørsmålet blir etter dette om tilbyderne har tilstrekkelig økonomisk risiko for drift av tjenesten til at det er naturlig å karakterisere forholdet som en tjenestekontrakt etter anskaffelsesregelverket.

- (25) Det følger av konkurransegrunnlaget at vederlag skal baseres på nettoprinsippet, det vil si at leverandøren vil få *"behalde alle inntekter innanfor gjeldende inntektsavrekning, og vil samstundes vere ansvarleg for alle kostnader"*. Dette kan tale for at leverandørene har den økonomiske risikoen for driften.
- (26) Det er imidlertid bestemt at leverandørene i tillegg til billettinntektene skal motta et fast årlig vederlag fra innklagede som skal betales i 10 like store deler i løpet av året. Det er dette vederlaget anbudskonkurransen handler om. Det årlige vederlaget er lik differansen mellom leverandørenes kostnader og forventede billettinntekter. En gjennomgang av de antatte leverandørers tilbud på de aktuelle rutene hvor de er valgt, viser at de årlige vederlagene utgjør en stor del av leverandørenes totale kostnader. For Kvinnheradsruta utgjør L. Rødne og Sønner AS' årlige vederlag fra innklagede ca 80 % av totale kostnader. For Austevollsruta utgjør det årlige vederlaget til Selskap under stiftelse v/ HSD Sjø/Fjord 1 FSF ca 2/3 av de totale kostnader, mens det årlige vederlaget for Sunnhordlandsruta utgjør ca 45 %. Klager har anført at når leverandørene uansett vil motta avtalte faste og forholdsvis store årlige vederlag, så taler det mot at leverandørene har overtatt den økonomiske risikoen for driften.
- (27) I tillegg kommer at leverandørene må følge innklagedes takstregulativ og at det i utgangspunktet er innklagede som styrer rutetidene. Dette begrenser leverandørenes handlingsfrihet til å påvirke inntekstpotensialet for billettinntektene.
- (28) Nemnda vurderer det slik at risikoen i dette tilfellet er to-delt. For det første har leverandørene risikoen for at de beregninger de har gjort med hensyn til forholdet mellom kostnader og forventede inntekter ved utarbeidelse av tilbud er korrekte. Denne risikoen er vanskelig å vurdere på forhånd, før det foreligger erfaringsmateriale fra rutedriften. I tillegg har leverandørene risikoen for den faktiske driften av rutebåtene, slik at leverandørene via effektiv drift, markedsføring, og på andre måter selv kan påvirke inntekter og utgifter. Dermed har de også en oppfordring til å drive så rasjonelt som mulig.
- (29) Ved alle de tre rutene i denne saken er det dermed klart at leverandørene løper en reell risiko for ikke å gå med overskudd på driften. Dersom klagers beregninger av kostnader og inntekter slår feil, eller dersom den ordinære driften viser seg å være mindre lønnsom enn forutsatt, vil leverandøren lide et økonomisk tap som ikke dekkes av det årlige vederlaget fra oppdragsgiver. I denne saken er det antatt at vederlaget ikke vil kompensere for mellom 20 % og 55 % av de totale kostnader som medgår til driften av de forskjellige rutene. Nemnda finner da at den risikoen som leverandørene har påtatt seg ikke er ubetydelig.
- (30) Der leverandøren påtar seg en reell og ikke ubetydelig risiko er nemnda av den oppfatning at det er naturlig å regne forholdet som en kontraktsbasert tjenestekonsesjon og ikke som en tjenestekontrakt.

- (31) Dette er i samsvar med ordlyden i forskriften, som – i likhet med definisjonen i Dir 2004/18 Art 17 - fastslår at inntektene må komme enten utelukkende fra utnyttelse av tjenesten, eller fra utnyttelse sammen med betaling. Videre er synspunktet i tråd med veilederen til 2006-forskriften pkt 3.2.2 som fastslår at konsesjonshaveren må ha en risiko for å sikre inntjening, etablering og drift, samt at risikoen må være reell.
- (32) Nemnda bemerker videre at det retts teknisk er ønskelig å håndheve en klar hovedregel som angitt ovenfor. Alternativet til å anvende forskriftens saksbehandlingsregler vil på yrkestransportområdet være utlysning i konkurranse etter forskriften til yrkestransportloven av 2002, jfr om et slikt tilfelle fra før yrkestransportloven "Torghatten"-saken Rt. 1998 s 1398.
- (33) På bakgrunn av ovennevnte er klagenemnda – under en viss tvil - kommet til at leverandøren har påtatt seg en reell og ikke ubetydelig kommersiell risiko for driften av rutene, og at forholdet av den grunn må karakteriseres som en tjenstekonsesjon,
- (34) Det er da her ikke tale om en anskaffelse som omfattes av anskaffelsesloven, og klagenemnda tar dermed ikke stilling til klagen.

**Konklusjon:**

Klagen behandles ikke etter anskaffelsesregelverket da konkurransen gjaldt tildeling av tjenstekonsesjon.

For klagenemnda,  
5. februar 2007

  
Kai Krüger