



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Wiersholm, Melbye & Bech Advokatfirma AS
Att. John S. Gulbrandsen
Postboks 1400 Vika
0115 Oslo

Fax 21021001

Deres referanse

Vår referanse
2007/57 - 12

Dato
04.09.2007

AVVISNING AV KLAGE PÅ OFFENTLIG ANSKAFFELSE

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 3. mai 2007. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

Statens vegvesen Region Vest (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. november 2006 en konkurranse med forhandling for å få tilbud på levering, montering, drift og vedlikehold av byromsmøbler og leskur i Rogaland. Det var i konkurransegrunnlagets side A1-2 oppgitt at konkurransen gjaldt tildeling av tjenestekonsesjon, men at tildelingen skulle skje etter reglene i lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.

I konkurransegrunnlagets kapittel D, punkt 1 og 2 var det fastsatt hvilke plikter som påhvilde tilbyder, blant annet:

- *”Planlegging og prosjektering.*
- *Søke om byggemelding og innhente nødvendige godkjenninger av tiltakene, herunder dispensasjoner fra reguleringsplaner, veglov mv.*
- *Forestå kjøp eller produksjon av leskur og byromsmøbler, og sørge for at disse blir montert på korrekt måte på de i konkurransegrunnlaget angitte steder.*
- *Demontering og bortkjøring av eksisterende leskur.*
- *Drift og vedlikehold av objektene.*
- *Fjerning av leskur og byromsmøbler etter at kontraksperioden er over.”*

I grunnlagets kapittel C punkt 17 fulgte det at oppdragsgivers ytelse bestod av følgende:

“Oppdragsgiver gir i egenskap av grunneier på offentlig grunn Leverandør adgang til å disponere arealer på egen grunn innenfor områdeavgrensingen som Leverandør kan søke om å få sette opp

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

reklame og informasjonsbærer i samsvar med tilbudet, for gjennomføring av avtalen og etablering av leskur og byromsmøbler.”

I tillegg fremgikk det følgende i punkt 4.1 i ”Plan for reklamefinansiert leskur i Rogaland”, som var vedlagt konkurransegrunnlaget:

”Det er en del lover og forskrifter som regulerer oppsetting av leskur reklameflater. Disse ligger til grunn for planen og konkurransegrunnlaget. Det vil være leverandøren sitt ansvar å gjennomføre nødvendige søkeprosesser. Oppdragsgiver legger til grunn at det aller meste av planen kan gjennomføres, men kan ikke garantere den enkelte kommunes behandling av byggemeldinger og leverandører må derfor ta høyde for at enkelte av lokalitetene i planen kan avvises. Leverandør(er) er selv ansvarlig(e) for å sette seg inn i lokale forskrifter og oppfylle krav eller å søke om dispensasjon.

Dersom søknad ikke godkjennes og dispensasjon ikke innvilges, må oppdragsgiver og leverandør i fellesskap søke å finne alternativ for reklameflater og/eller leskur innenfor de mengder som avtalen omfatter i det enkelte tilfelle.”

Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede blant annet tilbud fra Clear Channel Norway AS (heretter kalt klager) og JCDecaux AS.

I brev av 28. mars 2007 ble klager meddelt at innklagede hadde til intensjon å inngå avtale med JCDecaux AS.

Tildelingsbeslutningen ble påklaget av klager i brev av 4. april 2007. Klagen ble avslått i brev fra innklagede av 11. april 2007. Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 3. mai 2007. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 12. april 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Selv om den aktuelle avtale er en tjenestekonsesjonskontrakt er klagenemnda kompetent til å behandle saken da innklagede på avtalerettslig grunnlag har påtatt seg å følge anskaffelsesregelverket, jf konkurransegrunnlagets side A1-2. Saken gjelder derfor ”*unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne*”, jf Klagenemndsforordningens § 6.

Det anføres at tildelingskriteriene er anvendt feil da det ikke er tatt hensyn til at klager tilbød å overta eksisterende leskur, jf klagers tilbud A, B og C. Hadde innklagede tatt dette i betraktning, skulle klager vunnet konkurransen. Klagenemnda bes derfor om å konstatere at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt.

Subsidiært anføres det at det var feil å ikke opplyse på forhånd om at store leskur ville få et poengtillegg på 50 % ved beregningen av leskurekvivalenter. Klager kunne enkelt tilbudt større leskur om det på forhånd hadde blitt tilkjennegitt at dette ville telle positivt. Selv om JCDecaux AS muligens også kunne tilbudt større leskur, er vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse oppfylt. Klagenemnda bes om å konstatere dette.

Innklagedes anførsler:

Idet den aktuelle avtale er en tjenestekonsesjonskontrakt mangler klagenemnda kompetanse til å behandle saken, jf klagenemndas sak 2005/24.

Sekretariatets vurdering:

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

Hvorvidt klagenemnda er kompetent til å behandle klagen

Klagenemnda har i en rekke tidligere saker slått fast at nemnda kun er kompetent til å behandle klager som gjelder *"unntakelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne"*, jf blant annet klagenemndas saker 2003/250, 2005/24 og 2005/304. I sakene uttaler nemnda uttrykkelig at dette innebærer at kontrakten det gjelder må være direkte underlagt regelverket og at en eventuell avtalerettslig forpliktelse til å følge anskaffelsesreglene ikke utvider nemndas kompetanse. Dette medfører at kompetansespørsmålet i denne saken er avhengig av om den aktuelle kontrakt er en tjenestekontrakt, som er direkte underlagt regelverket, eller en tjenestekonsesjonskontrakt, som ikke er regulert av reglene.

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, jf for eksempel sakene 2003/149, 2005/24 og 2005/86. Den definisjon som ny forskrift 2006-04-07-402 (i kraft fra 1.1.2007) § 4-1 bokstav e legger til grunn, gjengir Direktiv 2004/18 Art 17, som igjen bygger på EF-domstolspraksis. Også gjeldende forskrift må derfor forstås slik at en tjenestekonsesjonskontrakt er en kontrakt av samme type 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"*. Det sentrale er altså at ansvaret og den økonomiske risikoen for driften av den tjeneste tilbyder leverer, overføres fra oppdragsgiver til leverandør. Leverandøren anses derfor for å få betaling gjennom retten til å utnytte sin egen tjeneste kommersielt.

Som det fremgår av partenes anførsler for nemnda er begge enige i at den aktuelle kontrakt må kategoriseres som en tjenestekonsesjonskontrakt. Innklagede skal ikke betale noe for tjenesten tilbyder skal levere, det vi si leveranse og drift av leskur og byromsmøbler. Videre er det tilbyder selv som har ansvaret og den økonomiske risiko for å utnytte tjenesten kommersielt ved å selge reklameplass på leskurene og byromsmøblene. Som følge av dette er sekretariatet enig i at kontrakten må anses som en tjenestekonsesjonskontrakt. Dette innebærer at klagenemnda mangler kompetanse til å behandle klagen,

På basis av ovennevnte kan Deres klage ikke føre frem, og den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf Klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Erlend Pedersen
Rådgiver

Kopi: Innklagede

