



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

KOFA	
2010/185-36	
Dato	30 DES. 2010
AN	741.2
Saksbeh.	13PE

Advokatfirmaet Schjødt DA
v/advokatfullmektig Ingvild Slettebø
Postboks 4104 Dreggen
5835 BERGEN

E-post: ingvild.slettebo@schjodt.no

Deres referanse

Vår referanse
2010/185

Dato
28. desember 2010

**KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: BERGEN-NORDHORDLAND RUTELAG
AS – SOGN OG FJORDANE FYLKESKOMMUNE**

Sekretariatet besluttet ved brev av 08.12.2010 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9 som uhensiktsmessig for behandling fordi klagen klart ikke kan føre frem. Klage over avvisningsbeslutningen ble etter en kort fristutsettelse inngitt 15.12.2010 og er således rettidig.

Etter at klagen innkom, er alle saksdokumentene sendt til klagenemndas leder, som etter klagenemndforskriften § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak.

Klager bestrider at det er grunnlag for å avvise klagen. Den foreliggende kontrakt må ses på som en tjenestekontrakt og ikke som en tjenestekonsesjonskontrakt. Det kan ikke legges avgjørende vekt på at innklagede i konkurransegrunnlaget gir uttrykk for at leverandøren har den økonomiske risiko for driften og billettinntektene, når realiteten er at leverandørens risiko er svært liten. Leverandøren vil få en monopolstilling når det gjelder persontransport på de fire samband kontrakten gjelder, noe som betraktelig reduserer risikoen ved driften av tjenesten.

Klager fremhever videre at oppdragsgiver fastsetter takstene og dermed har full kontroll over det elementet som i størst grad ville kunne påvirke inntektene fra ferjedriften. Operatøren har

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

heller ingen risiko på kostnadsiden, fordi lønns- og drivstoffutgifter vil bli fremskrevet 100%, mens andre kostnader blir fremskrevet med KPI. Oppdragsgiver vil også dekke endringer i offentlige avgifter. Endelig er det oppdragiver som bestemmer hvilke kaier og terminaler som skal benyttes i rutene, og som har fastsatt rammer for salg av reklameplass og kioskdirift ombord på en måte som begrenser operatørens mulighet til å påvirke inntektene fra driften av fartøyene.

Klagenemndas leder har gått gjennom samtlige dokumenter i saken og er kommet til samme resultat som sekretariatet, at dette åpenbart dreier seg om en tjenstekonsesjon og derfor faller utenfor anskaffelsesregelverket og dermed også utenfor klagenemndas kompetanseområde.

I tillegg til de momenter som trekkes frem i sekretariatets begrunnelse legges også vekt på følgende forhold:

Selv om oppdragsgiver bestemmer billettprisen, er det operatøren som har hele risikoen for utviklingen av passasjertallet i den 8 – 10års periode kontrakten skal gjelde. Det kan her skje endringer i vegsamband og andre forhold som kan påvirke både passasjergrunnlaget og grunnlaget for godstransport.

Selv om lønns- og drivstoffandelen av den faste godtgjørelsen skal endres i takt med kostnadsutviklingen, skjer denne reguleringen med et så stort etterslep at en god del av risikoen allikevel må bæres av operatøren. Således vil lønnskostnadene bli regulert med lønnsutviklingen fra 01.10. to år før, frem til 01.10 året før endringen trer i kraft, og drivstoffkostnadene blir regulert tilsvarende med siste års økning frem til 30.11. året før ny pris får effekt. Dette innebærer at operatøren alene bærer risikoen for utviklingen i det kalenderår man er inne i.

Innklagede har også forbeholdt seg retten til å redusere km-produksjonen på rutene ned til 65% av opprinnelig lengde fra og med tredje driftsår, hvilket kan bety et vesentlig inntektsbortfall for operatøren, og endringer inntil 2% kan skje uten kompensasjon. Dessuten vil bare 85% av samlede kostnader og inntekter bli endret. Også her ligger det derfor en risiko for operatøren.

Ved helt eller delvis innstilte turer vil det bli gjort fradrag i godtgjørelsen med 150%. Operatøren vil altså måtte bære en del av kostnadene selv, uavhengig av årsak til at turer blir helt eller delvis innstilt.

Det vises for øvrig til de forhold som trekkes fram i sekretariatets begrunnelse, og som nemndsleder slutter seg til. Samlet innebærer kontrakten at operatøren bærer en stor del av

risikoen selv, og sett på bakgrunn av klagenemndas tidligere avgjørelse i en nokså tilsvarende sak 2005/304, hvor det uttales følgende i premiss 30:

"Der leverandøren påtar seg en reell og ikke ubetydelig risiko er klagenemnda av den oppfatning at det er naturlig å regne forholdet som en kontraktsbasert tjenestekonsesjon og ikke som en tjenestekontrakt."

finner klagenemndas leder at den kontrakt nærværende sak dreier seg om, åpenbart også må kategoriseres som en tjenestekonsesjon.

Forholdet faller da utenfor anskaffelsesregelverket, jf anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav j og må avvises. Sekretariatets avvisningsbeslutning blir dermed å opprettholde.

Avgjørelsen sendes klager pr. e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.


Bjørge Ven

Klagenemndas leder