



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Norges Miljøvernforbund
Postboks 593
5806 BERGEN
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2012/0014-11

Dato:
14.11.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 18. januar 2012 vedrørende avtale om drift og videreutvikling av trafikkreklamevirksomhet. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen med hjemmel i klagenemndforskriften § 6 (1). Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Sporveis-Annonnene AS (heretter kalt innklagede) inngikk kontrakt med JCDecaux Norge AS (heretter JCD) 23. mars 2004 vedrørende drift og videreutvikling av trafikkreklame i Oslo. Innklagede inngikk en tilsvarende avtale for Akershus med Clear Channel Norway AS (heretter Clear Channel) 10. mai 2010. Ingen av disse kontraktene ble kunngjort i henhold til forskriften §§ 9-1/18-1.
- (2) Innklagede er et selskap som er heleid av Kollektivtransportproduksjon AS, som igjen er et heleid datterselskap av Oslo kommune. Innklagede har konkurranseutsatt all operasjonell virksomhet til JCD og Clear Channel. Selskapets øvrige virksomhet ivaretas av styrets medlemmer og nødvendige tjenester kjøpes av morselskapet. Innklagede har opplyst at daglig ledelse er estimert til ca. 5 % av en full stilling, og at innklagede har som forretningside å forvalte og kvalitetssikre trafikkreklameflatene i Oslo og Akershus med sikte på å optimere inntekter og kundeoppslutning til kollektivtrafikken i Oslo og Akershus.
- (3) Innklagede har opplyst at kontraktene med JCD og Clear Channel går ut på at JCD og Clear Channel skal forvalte og drifte innklagedes trafikkreklameflater i Oslo og Akershus. JCD og Clear Channel skal stå for salg av reklameplasser og vedlikehold av

disse samt kundeservice og oppfølging av kunder. Innklagede skal ikke selv delta i dette arbeidet.

- (4) I kontrakten inngått med Clear Channel fremgikk det i punkt 7.1 at leverandøren skulle ha "*det totale ansvaret*" for salg av reklameplasser, kontraktsinngåelse med kunder, kundeservice, løpende drift og vedlikehold av samtlige reklameplasser, herunder montering og vedlikehold av nødvendig utstyr samt oppfølging overfor kundene. Tilsvarende fremgikk av kontrakten med JCD punkt 8.1.
- (5) Videre har innklagede opplyst at JCD og Clear Channel får betalt utelukkende ved at en prosentandel av den totale omsetning på innklagedes reklameflater tilfaller JCD og Clear Channel. Resten tilfaller innklagede og innklagede betaler ingen form for direkte vederlag til JCD eller Clear Channel.
- (6) Kort oppsummert må altså leverandørene levere diverse tjenester i tilknytning til innklagedes trafikkreklameflater, og til gjengjeld får de beholde en del av de reklameinntektene deres eget salg av reklameplass genererer. Resten tilfaller innklagede. Det er leverandørenes egen risiko at salget av reklameplasser faktisk gir fortjeneste. Saken ble brakt inn for klagenemnda 18. januar 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved å tildele kontraktene om drift og videreutvikling av trafikkreklame i Oslo og Akershus til JCD og Clear Channel uten forutgående kunngjøring, og at vilkårene for å illegge overtredelsesgebyr er til stede.

Innklagedes anførsler:

- (8) Innklagede bestrider at det forelå en plikt til å kunngjøre kontraktene om drift og videreutvikling av trafikkreklame i Oslo og Akershus.
- (9) Det vises for det første til at innklagede ikke er underlagt regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede er av forretningsmessig karakter, og er dermed ikke å anse som et offentligrettslig organ jf. forskriften § 1-2 (3).
- (10) Subsidiært anføres det at de inngåtte kontraktene om drift og videreutvikling av trafikkreklame er tjenestekonsesjonskontrakter slik at disse kontraktene ikke er regulert av anskaffelsesregelverket jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav j.

Sekretariatets vurdering:

- (11) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.
- (12) Sekretariatet tar først stilling til om kontraktene som innklagede har inngått med JCD og Clear Channel må anses som tjenestekontrakter eller tjenestekonsesjonskontrakter. Dette fordi det kun er tjenestekontrakter som er omfattet av anskaffelsesregelverket, jf. forskriften § 1-3 (1), mens tjenestekonsesjonskontrakter ikke er det, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav j og klagenemndas avgjørelser i sakene 2011/167 premiss (29) og sak 2005/24 premiss (22) flg. Klagenemnda har derfor ikke myndighet til å behandle klager

som gjelder tjenestekonsesjonskontrakter. En tjenestekonsesjonskontrakt er det samme som en tjenestekontrakt med det unntak at vederlaget for tjenesten som skal utføres *"enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling"* jf. forskriften § 4-1 bokstav e.

- (13) Det avgjørende for om en kontrakt skal karakteriseres som en tjenestekonsesjonskontrakt, er om leverandøren har overtatt risikoen som er forbundet med driften av tjenesten, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-348/10 premiss (44) med videre henvisninger. I samme avgjørelse, premiss (45), uttalte EU-domstolen at for å kvalifisere som en tjenestekonsesjonskontrakt kreves det *"at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den risiko, som den løber, til koncessionshaveren"*.
- (14) Klagenemnda har i tidligere avgjørelser presisert at den økonomiske risikoen leverandøren påtar seg, må være *"reell og ikke ubetydelig"*, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/167 premiss (31) med videre henvisninger. For at en kontrakt skal kunne karakteriseres som en tjenestekonsesjonskontrakt må således ansvaret og den økonomiske risikoen 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, jf. sak 2011/167, med henvisning til sak 2005/86.
- (15) Innklagede har opplyst at det vederlaget JCD og Clear Channel mottar for sine tjenester utelukkende består i at leverandørene får beholde en viss prosentandel av reklameinntektene. Resten beholder innklagede, og det er leverandørens risiko at driften faktisk genererer fortjeneste. Leverandørene får dermed betaling for sitt arbeid med drift og videreutvikling av trafikkreklame gjennom å utnytte reklameavtalen kommersielt. Spørsmålet er dermed om innklagede har overført tilstrekkelig med ansvar for drift og økonomisk risiko til JCD og Clear Channel til at avtalene kan anses som tjenestekonsesjonskontrakter.
- (16) EU-domstolen uttalte i sak C-274/09 (Stadler) følgende om hva som ligger i begrepet *"risikoen"*:

"Det bemærkes herved, at risikoen ved en økonomisk udnyttelse af tjenesteydelsen må forstås som risikoen for at blive udsat for de risici, der findes på markedet (jf. i denne retning Eurawasser-dommen, præmis 66 og 67), som kan bestå i risikoen for konkurrence fra andre erhvervsdrivende, risikoen for, at udbuddet af tjenesteydelserne ikke opfylder efterspørgslen, risikoen for, at debitorerne ikke vil være i stand til at betale for de præsterede ydelser, risikoen for, at alle udgifterne i forbindelse med driften af tjenesteydelsen ikke vil blive dækket ved indtægterne, eller risikoen for erstatningsansvar for en skade i forbindelse med en utilstrækkelig præstation af tjenesteydelsen"
- (17) Det er ikke avgjørende at det er en begrenset risiko ved driften, jf. C-206/08 (Eurawasser) premiss (72)-(75).
- (18) Innklagede har opplyst at de inngåtte avtalene med JCD og Clear Channel gir reklameoperatøren et helhetsansvar for gjennomføring av avtalen, og at risiko knyttet til både operasjonell og økonomisk drift, inntjening, vedlikehold, salg osv. påligger reklameoperatørene. I kontrakten inngått med Clear Channel fremgikk det i punkt 7.1 at

leverandøren skulle ha "det totale ansvaret" for salg av reklameplasser, kontraktsinngåelse med kunder, kundeservice, løpende drift og vedlikehold av samtlige reklameplasser, herunder montering og vedlikehold av nødvendig utstyr samt oppfølging overfor kundene. Tilsvarende fremgikk av kontrakten med JCD punkt 8.1.

- (19) JCD og Clear Channel synes etter dette å være tildelt ansvaret både for den operative delen av reklametjenesten ved å ha ansvar for å drifte og vedlikeholde reklameplassene, og den økonomiske risikoen. Innklagede bærer etter det opplyste ingen risiko, verken økonomisk eller driftsmessig. Det innklagede i verste fall risikerer, er at det ikke oppnås inntekter dersom leverandørene ikke klarer å skaffe reklameinntekter. Hvis så er tilfelle, oppnår leverandørene heller ikke noen inntekter, men de er like fullt bundet av kontraktene til å utføre de tjenestene disse omfatter.
- (20) JCD og Clear Channel har etter dette påtatt seg den økonomiske risikoen og ansvaret for driften av reklamering på innklagedes trafikkreklameplasser. JCD og Clear Channel får betaling gjennom retten til å utnytte denne ytelsen kommersielt. Kontraktene må derfor anses som tjenestekonsesjonskontrakter, og klagenemnda har følgelig ikke kompetanse til å behandle klagers anførsel, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav j.
- (21) Basert på det resultat sekretariatet her er kommet til, er det ikke nødvendig å ta stilling til om klagen er rettidig og hvorvidt innklagede er omfattet av anskaffelsesregelverket.
- (22) Ettersom sekretariatet har funnet at kontraktene ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket, og klagenemnda dermed ikke har kompetanse til å behandle klagen, avvises denne med hjemmel i klagenemndforskriften § 6 (1).



Eirik Vikan Rise
gruppeleder (e.f.)



Tine Sæbø
førstekonsulent