



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 5

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse om rutebåttjenester. Klagenemnda kom til at kontrakten var en tjenestekonsesjonskontrakt, som ikke var underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, jf. 2006-forskriften § 1-3 (2) bokstav j. Klagenemnda hadde etter dette ikke myndighet til å behandle klagen, jf. klagenemndsforordningen § 6, og klagen ble derfor avvist.

Klagenemndas avgjørelse 10. oktober 2017 i sak 2016/182

Klager: Flybåten AS

Innklaget: Nøtterøy kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Tone Kleven og Jakob Wahl

Bakgrunn:

(1) Nøtterøy kommune (innklagede) kunngjorde 18. oktober 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rutebåttjenester. Kontrakten ville bli tiltransportert nye Færder kommune fra 1. januar 2018, da Nøtterøy kommune og Tjøme kommune slås sammen. Kontrakten skal gjelde for fem sesonger, fra 2017-2021 med mulighet for forlengelse inntil to år. Anskaffelsens verdi var anslått til ca. 13 millioner kroner. Tilbudsfrist var angitt til 23. november 2016, men senere endret til 28. november 2016.

(2) I kunngjøringen var det angitt at kontrakten var uoppsigelig for begge parter. Videre var det angitt følgende om kontrakten:

"Kontrakten baseres på at Leverandøren får et samlet tilskudd fra Oppdragsgiver for sesongene 2017-2021, med NOK 2,0 mill. eks. mva. per sesong. Tilskuddet videreføres i en eventuell opsjonsperiode. Leverandøren vil i tillegg til tilskudd, beholde billettinntektene fra alle passasjerene. Leverandøren bærer risikoen for antall passasjerer og samlet inntekt fra billettinntektene. Billettpris kan ikke overstige bestemte maksimalpriser."

(3) Det var også angitt i kunngjøringen at partene etter hver sesong hadde "rett til å forhandle om endringer av rutetilbudet basert på erfaring fra avsluttet sesong og eiers planer og ambisjonsnivå for året som kommer. Slike endringer kan innebære endringer av sesonglengde, rutetider, antall avganger, anløpssteder og båtmateriell. Oppdragsgiver vil vektlegge endringer som kan bidra til kvalitetsmessige og markedsmessige forbedringer. Dersom Leverandøren krever at endringene innebærer grunnlag for justering av godtgjørelsen, skal dette dokumenteres av Leverandøren. Oppdragsgiver kan i enkelte tilfeller godkjenne at godtgjørelsen justeres i forhold til den reelle forholdsmessige konsekvens som endringen medfører.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

Det er ønskelig at Leverandøren øker antall avganger og/eller setter inn supplerende båtmateriell, når dette er nødvendig av hensyn til pågangen av passasjerer til/fra Østre Bolæren og Fulehuk."

(4) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at "[k]onkurransen gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse med en anskaffelsesprosedyre som tillater alle interesserte leverandører å gi tilbud, men som ikke tillater forhandling, i henhold til Lov om offentlige anskaffelser av 16.juli 1999 nr. 69 og Forskrift om offentlige anskaffelser av 7.april 2006, nr. 402, del I og II, hvor båttransport regnes som Transport på vannvei under kategorien Uprioriterte tjenester. Konkurransen er kunngjort i DOFFIN-databasen iht. Lov om offentlige anskaffelser."

(5) Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "Billettpriser" (20 %), "Skyss- og rutetilbud" (40 %) og "Gjennomføringsevne" (40 %). For tildelingskriteriet "Billettpriser" ville tilbyderne bli premiert for å kunne utføre tjenesten med lavere billettpriser (takster) enn maksimumsprisene innklagede oppgav.

(6) Det var angitt i konkurransegrunnlaget at det årlige tilskuddet på 2 millioner kroner, ville indeksreguleres. Det var videre angitt at tilskuddet ikke ville økes eller reduseres, uansett passasjerantall og uansett størrelsen på billettinntektene. Billettinntektene ville beholdes uavkortet av leverandøren.

(7) I konkurransegrunnlaget punkt 3.4 het det:

"Maksimal billettpriser er angitt nedenfor og i Vedlegg D - Billettpriser og utgjør de høyeste billettpriser (takster) Leverandør kan kreve. Tilbyder skal angi om de kan utføre tjenesten med lavere billettpriser (takster) enn maksimumsprisene. Dersom Leverandøren har vunnet Kontrakten på et lavere prisnivå, vil disse billettprisene være maksimale billettpriser."

(8) Oppdragsgivers maksimaltakster skulle gjelde "uendret for sesongene 2017-2021". I punkt 3.5 følgende, var det satt krav til minimumstilbud når det gjaldt rutetilbudet og ulike ruteplaner.

(9) I spørsmålsrunden ble det stilt følgende spørsmål om billettprisen, som ble besvart av innklagede:

"Spørsmål 2:

Billettprisene som er oppgitt som maksimalpriser, er det underforstått at disse kan indeksjusteres i henhold til konsumprisindeksen?

Svar på spørsmål 2:

*Det er i vedlegg D (nederst side 2 av 2) vedr billettpriser tatt inn flg bestemmelse:
Takstene skal ikke reguleres i kontraktperioden eller i opsjonsperiodene.*

Denne bestemmelsen opprettholdes."

(10) I konkurransegrunnlaget var det stilt krav til at "[f]artøyet skal være godkjent av norske myndigheter for slik rutetransport. Godkjennelsen skal være gitt før tilbudets

innlevering, og bekreftelse på dette skal vedlegges tilbudet". På grunn av dette kravet valgte klager ikke å levere tilbud i konkurransen.

- (11) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Skaarungen AS (valgte leverandør). Saken ble brakt inn for klagenemnda ved klage av 29. november 2016.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. oktober 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser. Hvorvidt kontrakten eventuelt skulle anses som en tjenestekonsesjonskontrakt er uten betydning i dette tilfellet ettersom innklagede i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 har angitt at innklagede vil følge forskrift om offentlige anskaffelser del I og II. Innklagede har således på avtalerettslig grunnlag bundet seg til å følge anskaffelsesreglene, uavhengig av kontraktens karakter for øvrig. Det vises i denne sammenheng til Rt. 1998 side 1951. Dersom innklagede hadde valgt ikke å følge anskaffelsesregelverket, og kontrakten er å anse som en tjenestekonsesjon, skulle innklagede gjennomført en konkurranse i tråd med yrkestransportlova § 8. Dette er nå for sent. Det antas at konkurransegrunnlaget kunne vært annerledes, og mer attraktivt for klager, dersom konkurransen hadde fulgt dette regelverket. Rettstekniske hensyn tilsier derfor at innklagede er bundet ved sitt valg om å følge anskaffelsesregelverket.
- (14) Uansett foreligger det ikke en tjenestekonsesjonskontrakt. Det er ikke overført tilstrekkelig driftsrisiko fra innklagede til operatøren, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.3, som fastsetter et høyt driftstilskudd.
- (15) På grunn av resultatet klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Transportkontrakten mellom innklagede og valgte leverandør utgjør i realiteten en tjenestekonsesjonskontrakt, slik at klagenemnda ikke har myndighet til å ta saken til behandling. Ut fra kontraktens bestemmelser er det klart at valgte leverandør har påtatt seg den kommersielle risikoen for utførelsen og driften av tjenesten. Det avtalte driftstilskuddet utbetales uavhengig av leverandørens kostnader knyttet til kontraktsforpliktelsene.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager er en potensiell leverandør av tjenesten, og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforskriften § 6. Klagen er rettidig.
- (18) Det følger imidlertid av klagenemndsforskriften § 6 første ledd at klagen må gjelde unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser omfattet av anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne. Etter forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402, § 1-3 (2) bokstav j, er tjenestekonsesjonskontrakter ikke omfattet, og klagenemnda har tidligere uttalt at tjenestekonsesjoner heller ikke omfattes av anskaffelsesloven, jf. klagenemndas sak 2005/86 premiss (18) med videre henvisninger. Klagenemnda må derfor ta stilling til spørsmålet om kontrakten er en tjenestekonsesjonskontrakt.

- (19) En tjenestekonsesjonskontrakt kjennetegnes ved at vederlaget *"enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling"*, jf. forskriften § 4-1 bokstav e. Leverandøren skal i dette tilfellet drive rutetransport, og vederlaget består i retten til å utnytte tjenesten kommersielt (billettinntektene), samt et tilskudd på 2 millioner kroner per sesong.
- (20) Klager fremholder at det ikke foreligger en tjenestekonsesjonskontrakt ettersom det ikke er overført tilstrekkelig driftsrisiko fra innklagede til leverandøren. Leverandøren skal i dette tilfellet utføre båtjenester mot et tilskudd på 2 millioner kroner per sesong.
- (21) Det fremgår direkte av forskriftens definisjon av tjenestekonsesjonskontrakter, at en avtale kan være en tjenestekonsesjonskontrakt selv om oppdragsgiver bidrar med midler til at tjenesten skal bli utført. Det avgjørende for om en kontrakt skal karakteriseres som en tjenestekonsesjon, er om leverandøren har overtatt risikoen som er forbundet med driften av tjenesten, jf. EU-domstolens sak C-348/10 premiss (44). I samme avgjørelse premiss (45) uttalte EU-domstolen at for å kvalifisere som en tjenestekonsesjonskontrakt kreves det *"at den ordregivende myndighet overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den risiko, som den løber, til koncessionshaveren"*. Klagenemnda har presisert at den økonomiske risikoen leverandøren påtar seg må være *"reell og ikke ubetydelig"*, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/167 premiss (31).
- (22) Hvilken risiko leverandøren bærer vil påvirkes av forholdet mellom tilskudd og billettinntekter. Selv om tilskuddet er større enn inntektene ved retten til å utnytte tjenesten, kan den økonomiske risikoen være betydelig.
- (23) Det heter i kunngjøringen at *"[l]everandøren bærer risikoen for antall passasjerer og samlet inntekt fra billettinntektene"*. Det fremgår av konkurransegrunnlaget og i spørsmålsrunden at billettprisene ikke skal justeres i kontraktsperioden eller i en eventuell opsjonsperiode. Oppdragsgiver har i tillegg fastsatt en maksimaltakst for billettene. Bruken av tjenesten vil være avhengig av sesong og lokale forhold, og er således uforutsigbar. Driftstilskuddet er uavhengig av leverandørens kostnadsnivå, og billettsalget er usikkert. Tilskuddet fjerner således ikke den kommersielle risikoen forbundet med tjenesten, og leverandørens økonomiske risiko fremstår som reell og ikke ubetydelig. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det ikke holdepunkter for at tilskuddet på 2 millioner kroner gjorde at leverandørens risiko ikke lenger var reell.
- (24) Klager har også fremhevet at innklagede avtalerettslig har bundet seg til regelverket, ved å kunngjøre konkurransen og legge til grunn i konkurransegrunnlaget at regelverket gjelder. Dette gir imidlertid ikke klagenemnda kompetanse til å behandle klagen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/24. Her ble det lagt til grunn at begrensningen i klagenemndas kompetanse gjelder selv om en oppdragsgiver på avtalerettslig grunnlag har forpliktet seg til å følge regelverket, jf. premiss (22) i avgjørelsen.
- (25) Klagenemnda har etter dette ikke myndighet til å behandle klagen, jf. klagenemndsforordningen § 6, og klagen avvises, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Klagen avvises, i det klagenemnda ikke har kompetanse til å behandle klagen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk