



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, klassifisering av anskaffelse

Innklagede inngikk 1. februar 2021 en kontrakt med et heleid datterselskap om utleie av syv parkeringsanlegg i kommunen. Klager anførte at kontraktene måtte klassifiseres som konsesjonskontrakter, og at kontraktene skulle vært tildelt etter kunngjort konkurranse. Klagenemnda konkluderte med at klagefristen var oversittet, og avviste klagen.

Klagenemndas avgjørelse 20. oktober 2023 i sak 2023/401

Klager: Onepark AS, Aimo Park Norway AS, Apcoa Parking Norway AS

Innklaget: Trondheim kommune

Klagenemndas medlemmer: Sverre Nyhus, Hanne Torkelsen, Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Trondheim kommune (heretter *innklagede*) inngikk 1. februar 2021 en kontrakt med Trondheim Parkering AS (heretter *valgte leverandør*) om utleie av syv eiendommer i kommunen med påstående bygninger og anlegg, inkludert utomhusareal og parkeringsplasser. Avtalen løp fra 1. januar 2020 til 31. desember 2039. Innklagede hadde ensidig oppsigelsesrett på nærmere vilkår, med 24 måneders varsel.
- (2) Ifølge kontrakten måtte leieobjektet kun benyttes til videre utleie av parkeringsplasser. Endring av virksomhet var ikke tillatt uten innklagedes skriftlige forhåndssamtykke. Samtykke kunne nektes på fritt grunnlag.
- (3) Leibeløpet for de første fem årene er en fast sum utregnet etter en særskilt utregningsmodell. Avtalen tar utgangspunkt i et bestemt leibeløp for hver eiendom, men beløpet reduseres i tråd med kostnadene for nødvendige vedlikeholdsarbeider som leietaker har påtatt seg å gjennomføre. De første fem årene utgjorde årsleien 3 641 311 kroner ekskl. mva. Fra 1. januar 2025 utgjorde årsleien 75 prosent av netto omsetning ekskl. mva, med 8 637 798 kroner som minimum leiepris. Hvert år vil det gjøres fradrag i leien for 1 656 488 kroner, for å kompensere for vedlikeholdsforpliktelser og kostnader som er overført til valgte leverandør.
- (4) Innklagedes parkeringsvirksomhet var tidligere organisert i det kommunale foretaket Trondheim Parkering KF. Bystyret i kommunen vedtok i 2018 en omorganisering av kommunens parkeringsvirksomhet. Forvaltningsvirksomheten og myndighetsutøvelsen ble lagt til en kommunal enhet. Denne virksomheten omfattet blant annet myndighetsutøvelse for offentlig parkeringsgrunn (gateparkering). Den forretningsmessige virksomheten, som omfattet forretningsområdene egne/leide arealer og driftsavtaler for eksterne oppdragsgivere, ble skilt ut i aksjeselskapet Trondheim Parkering AS. Dette selskapet er heleid av Trondheim kommune.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) I formannskapsmøte hos innklagede 28. mars 2023 la kommunedirektøren frem en vurdering av om innklagedes organisering av parkeringsvirksomheten blant annet var unntatt regelverket om offentlige anskaffelser. Bakgrunnen for redegjørelsen var en rapport utarbeidet av Oslo Economics, der det skal ha blitt hevdet at driften var omfattet av regelverket. Kommunedirektøren anførte for formannskapet at parkeringsvirksomheten ikke var omfattet av regelverket, da man mente innklagede var innenfor unntaket for utleie av fast eiendom, jf. anskaffelsesforskriften § 2-4 (1) bokstav a og konsesjonskontraktforskriften § 2-4 (1) bokstav a. Formannskapet fattet vedtak der man tok «*sak om vurdering av avtaler vedrørende parkeringsvirksomhet i Trondheim til orientering.*»
- (6) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. juni 2023.
- (7) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. oktober 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (8) Avtalen mellom innklagede og valgte leverandør er en tjenstekonsesjonskontrakt med en anslått verdi over kunngjøringspliktig terskelverdi, og skulle derfor vært tildelt etter en kunngjort konkurranse. Manglende kunngjøring innebærer at avtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Unntaket om egenregi eller utleie av fast eiendom kommer ikke til anvendelse.
- (9) Klagen er rettidig, siden man ble klar over den manglende oppfyllelsen av regelverket i mars 2023.
- (10) Innklagede har en oppsigelsesplikt, og manglende oppsigelse innebærer at man foretar en løpende ulovlig direkte anskaffelse.
- (11) Avtalen vil uansett bli en tjenstekonsesjonskontrakt når vederlaget i 2025 blir omsetningsbasert. Klager ber klagenemnda ta stilling til dette spørsmålet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Klagen er for sent fremsatt, og må avvises. Anførslelene om oppsigelsesplikt kan ikke føre frem.
- (13) Avtalen er omfattet av unntaket for leie av fast eiendom, og er dermed unntatt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (14) Det er uansett ikke grunnlag for å ilegge gebyr.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav til saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd.
- (16) Det følger av klagenemndsforskriften § 13a andre ledd at en klage på ulovlig direkte anskaffelse «*kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått.*» Videre følger det av

anskaffelsesloven § 12 (4) at «[a]dgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått.»

- (17) Kontrakten denne saken omhandler, ble inngått 1. februar 2021. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for klagenemnda 2. juni 2023. Klagen er derfor i utgangspunktet for sent fremsatt, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd og klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (18) Klagenemndsforordningens regler om klagefrist er etter ordlyden ubetinget, og åpner ikke for at det kan foretas en nærmere vurdering av om for sent fremsatte klager skal kunne behandles av klagenemnda. Dette er en forskjell fra eksempelvis forvaltningslovens klagefristregulering, hvor § 31 oppstiller en oppfriskningsregel.
- (19) Klagerne opplyser at de i mars 2023 fikk «*sikkerhet for at vilkårene for egenregi ikke var oppfylt*», og dette er bakgrunnen for at klagen først er sendt inn etter denne datoen. Klagefristen på ulovlig direkte anskaffelser gjelder imidlertid uavhengig av om en mulig klager kjenner til anskaffelsen eller ikke, og er absolutt.
- (20) Klagenemnda i stornemnd har i de forente sakene 2021/1132, 2021/1180, 2021/1181 og 2021/1182, tatt stilling til om det kan etableres en oppsigelsesplikt for oppdragsgiver i de tilfellene der en kontrakt er inngått i strid med regelverket. Klagenemnda konkluderte med at det etter ikrafttreddelsen av håndhevelsesdirektivet og påfølgende rettsavklaring i EU-domstolen, ikke kan utledes en anskaffelsesrettslig oppsigelsesplikt for oppdragsgiver ved kontrakter inngått i strid med regelverket. Hensynet til konkurranse og en effektiv håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser må i dette tilfellet vike, fordi det ikke er en klar nok lovhjemmel i norsk rett til å oppstille en oppsigelsesplikt med et etterfølgende krav om kunngjøring av anskaffelsen. Det innebærer at klage må fremsettes innen de frister som følger av anskaffelsesloven og anskaffelsesforordningen, som for ulovlige direkte anskaffelser innebærer at klage må fremsettes innen to år fra kontrakten ble inngått.
- (21) Ettersom kontrakten i denne saken ble inngått mer enn to år før klagen ble brakt inn for klagenemnda, er klagen for sent fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (22) Klager har videre anført at avtalen i alle tilfelle vil bli en tjenstekonsesjonskontrakt når vederlaget endres i 2025, fra å være et avtalt beløp til å bli omsetningsbasert.
- (23) Klagenemnda har over ikke tatt stilling til hvordan den gjeldende avtalen skal kategoriseres. Endringen av vederlaget i 2025 er allerede en del av gjeldende kontrakt, og vil allerede på nåværende tidspunkt gå inn i en vurdering av om avtalen skal forstås som en tjenstekonsesjonskontrakt. Dette spørsmålet vil nemnda som nevnt over ikke ta stilling til.
- (24) Klagen avvises derfor som for sent fremsatt, og nemnda tar med det ikke stilling til om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Klagen om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, avvises fra behandling i klagenemnda.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne Torkelsen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur