



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Finnmark fylkeskommune  
Samferdselssjefen  
Sentraladministrasjonen  
9515 VADSØ

Deres referanse

Vår referanse  
200701642

Dato  
8. februar 2010

## Omgjøring av vedtak vedrørende anskaffelse av kollektive rutetjenester i Finnmark

### 1. Innledning

Vi viser til Fornyings- og administrasjonsdepartementet (heretter FAD) sitt vedtak av 22. desember 2009 der departementet med hjemmel i kommuneloven § 59 om lovlighetskontroll nummer 4 første ledd konkluderte med at Finnmark fylkesting (heretter FFT) sitt vedtak 43/06 av 06.12.2006 ikke var innholdsmessig lovlig. Finnmark fylkeskommune (heretter FFK) kunne ikke lovlig vedta å gå i direkte forhandlinger med en bestemt tjenesteyter og gi fullmakt til å vedta en eventuell avtale med denne, da dette innebar at prosedyrereglene i regelverket om offentlige anskaffelser ble brutt ved inngåelsen av kontrakten. Med hjemmel i kommuneloven § 59 nummer 4 annet ledd anså departementet dermed avgjørelsen som ugyldig.

I brev fra Veolia Transport Nord AS (heretter Veolia) av 7. januar 2010, med ytterligere merknader i brev av 13. januar, ble det fremmet en begjæring om omgjøring av FADs vedtak. På bakgrunn av nytt faktum i saken og nye rettslige anførsler, mente Veolia at departementets vedtak var beheftet med flere feil og derfor måtte omgjøres.

FAD vil bemerke at vedtaket av 22. desember 2009 kun er en lovlighetskontroll av de offentligrettslige sidene av FFTs vedtak. Spørsmål om eventuelt innhold og omfang av privatrettslige forpliktelser på kontraktsrettslig eller erstatningsrettslig grunnlag, inngår ikke i kontrollen etter § 59. På denne bakgrunn tok ikke FAD stilling til hvilken konsekvens lovlighetskontrollen får for avtalene, se vedtaket pkt. 5.5. Med andre ord

tok ikke FAD stilling til om den endelige avtalen er ugyldig eller ikke, men konstaterte kun at beslutningen om å inngå direkteforhandlinger ikke var lovlig. Departementet valgte likevel å gi Veolia løpende innsyn i prosessen, herunder kopi av utkast til vedtak før det ble fattet vedtak i saken. Departementet har også vurdert vedtaket på nytt i lys av Veolias nye anførsler og har besluttet å oppheve sitt vedtak av 22. desember 2009. Departementet har funnet at FFTs vedtak av 6. desember 2006 ikke kunne gjøres til gjenstand for departementets lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.

## **2. Departementets kompetanse til å prøve fylkestingets vedtak etter kommuneloven § 59**

I sine brev av 7. og 13. januar stiller Veolia flere spørsmål med relevans for vurderingen av departementets kompetanse. Blant annet anfører selskapet at dersom departementet skulle opprettholde sin vurdering av at kontraktene er tjenestekontrakter, kan ikke dette medføre at FFTs vedtak var ulovlig. I brev av 7. januar skriver Veolia på s. 4: *"De endelige kontrakter forelå ikke på tidspunktet vedtaket ble fattet. Forutsetningen for vedtaket må ha vært at kontraktene som skulle inngås nettopp var tjenestekonsesjonskontrakter. Dersom forutsetningen mot formodning ikke ble fulgt opp i kontraktsforhandlingene, kan dette uansett ikke ha til resultat at vedtak 43/06 blir ugyldig"*.

Denne problemstillingen illustrerer at formelt sett var det ikke den endelige avtaleinngåelsen som ble forelagt FAD for lovlighetskontroll, men et forutgående vedtak om valg av prosedyre i forbindelse med anskaffelse av kollektive rutetjenester. FFTs vedtak 43/06 av 6. desember 2006, som ble forelagt FAD for lovlighetskontroll, lyder:

- 1. Finnmark fylkeskommune innleder forhandlinger med Finnmark fylkesrederi og ruteselskap AS om kontrakt for utførelse av de kollektive rutetjenestene fra og med 01.01.2008 til og med 31.12.2015.*
- 2. Fylkesutvalget gis en fullmakt til å vedta en eventuell avtale.*
- 3. Det foretas en offentlig kunngjøring av intensjonen om å inngå avtale med selskapet.*
- 4. Dersom fylkesutvalget ikke vedtar avtalen, konkurransen utsettes de kollektive rutetjenestene fra 02.01.2008.*
- 5. FFK forventer at pensjonsbetingelser fra 2001 videreføres dersom det inngås en avtale med FFR.*

Spørsmålet blir om FAD hadde kompetanse til å prøve lovligheten av dette vedtaket etter kommuneloven § 59.

Etter ordlyden i § 59 nr. 1 første punktum er det *"avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon"* som er gjenstand for departementets lovlighetskontroll. Ut fra bestemmelsens ordlyd kan det derfor synes

som enhver beslutning truffet av et kommunalt eller fylkeskommunalt organ er gjenstand for departementets lovlighetskontroll.

I forarbeidene til loven presiseres det at det bare er endelige avgjørelser som er gjenstand for lovlighetskontroll, se Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 300 venstre spalte siste avsnitt. Blant annet på bakgrunn av denne uttalelsen i forarbeidene var det tidligere omdiskutert hvorvidt kompetansen til å foreta lovlighetskontroll omfattet prosessledende avgjørelser, eller om den var begrenset til såkalte realitetsavgjørelser. Sivilombudsmannen mente at også prosessledende avgjørelser kunne anses som "endelige" i relasjon til lovlighetskontroll dersom de har en viss selvstendig betydning. På denne bakgrunn kritiserte han fylkesmannens beslutning om å avstå fra å prøve lovligheten av en beslutning om å utelukke offentligheten fra et budsjettmøte fordi beslutningen var prosessledende, se Sivilombudsmannens årsmelding 2004 (sak 2004-1053).

Ved en lovendring 19. juni 2009 nr 88 ble imidlertid følgende presisering inntatt i § 59 nr. 1 annet punktum: *"Det samme gjelder avgjørelser om møter skal holdes for åpne eller lukkede dører, jf § 31, og avgjørelser om habilitet"*. Bestemmelsen presiserer altså at to typer prosessledende avgjørelser er gjenstand for lovlighetskontroll. Spørsmålet blir om bestemmelsen må tolkes antitetisk slik at andre prosessledende avgjørelser i alle fall etter lovendringen ikke kan gjøres til gjenstand for selvstendig lovlighetskontroll.

Forarbeidene til bestemmelsen som ble tatt inn i loven ved lovendring av 19. juni 2009 nr. 88 synes å legge til grunn at prosessledende avgjørelser ikke kan prøves annet enn som ledd i prøvingen av den endelige realitetsavgjørelsen. I Ot.prp. nr. 17 (2008-2009) pkt. 5.3.1 "Gjeldende rett" heter det:

*"Fylkesmannens kompetanse til å utføre lovlighetskontroll omfatter ikke alle beslutninger som tas i kommunene. Begrepet avgjørelse i kommuneloven § 59 er videre enn begrepet vedtak i forvaltningsloven § 2. En avgjørelse vil omfatte både enkeltvedtak og forskrifter, men også andre avgjørelser vil falle inn under bestemmelsen. Ved vurderingen av om det er tale om en avgjørelse i kommunelovens forstand, må det være bestemmende hvilke rettsvirkninger denne har. Departementets utgangspunkt er at det er den endelige avgjørelsen i saken som er gjenstand for kontroll, det vil si avgjørelsen som avslutter saken.*

*En avgjørelse om et møte skal holdes for lukkede dører er ikke et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. En lukningsavgjørelse kan dermed ikke påklages etter forvaltningslovens regler om klage over enkeltvedtak. Departementet har videre antatt at kommunestyremedlemmer heller ikke kan bringe en avgjørelse om at et møte skal holdes for lukkede dører, inn for lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59. Synspunktet er at kommunelovens ordning for lovlighetskontroll er rettet inn mot kontroll av avgjørelser som tar stilling til sakens realitet. En avgjørelse om at et møte skal holdes for lukkede dører er en prosessledende avgjørelse. Det folkevalgte*

*organets endelige avgjørelse vil kunne bringes inn for lovlighetskontroll med den begrunnelse at avgjørelsen om for eksempel å lukke møtet var ulovlig, det vil si en saksbehandlingsfeil. I denne sammenheng vil en lukningsavgjørelse være gjenstand for prøving på linje med andre prosessuelle avgjørelser tatt under sakens gang.*

*Tilsvarende antar departementet at heller ikke en avgjørelse om habilitet vil være gjenstand for selvstendig lovlighetskontroll etter kommuneloven.”*

Videre heter det i pkt 5.3.4 ”Departementets vurderinger og forslag”:

*”Departementet har tolket kommuneloven § 59 slik at lovlighetskontroll bare gjelder realitetsavgjørelsen i saker, og at prosessledende avgjørelser ikke i seg selv er gjenstand for lovlighetskontroll. Prosessledende avgjørelser er en del av saksbehandlingen. Sivilombudsmannen har tolket kommuneloven annerledes enn departementet, og mener at det avgjørende er ”hvor selvstendig avgjørelsen framstår” og ”hvilket reelt behov det er for kontroll av avgjørelsen isolert”. En slik lovførståelse ville kunne medføre en vesentlig utvidelse av rammene for departementets og fylkesmannens kompetanse til å foreta lovlighetskontroll. Departementet minner om at lovlighetskontroll er et sterkt statlig styringsgrep. Legalitetsprinsippet og hensynet til det lokale selvstyret taler etter departementets syn for at en er forsiktig med å tolke kommuneloven § 59 utvidende.”*

Kommunal- og forvaltningskomitéen uttalte følgende i forbindelse med sin behandling av lovendringen, jf Innst. O. nr. 62 (2008-2009) pkt 5.2 ”Komiteens merknader”:

*”Flertallet viser videre til at departementet tolker kommuneloven § 59 slik at lovlighetskontroll bare gjelder realitetsavgjørelser i saker, og at prosessledende avgjørelser ikke i seg selv er gjenstand for lovlighetskontroll. Flertallet støtter vurderingen om at fylkesmannen kan nøye seg med å se på gyldigheten av en avgjørelse om at et møte skal holdes for lukkede dører, i stedet for å vurdere hele sakskomplekset når det ikke er stilt spørsmål ved realitetsvedtaket. Flertallet er enig i at dette også må gjelde avgjørelser om habilitet.”*

Uten å ta stilling til hvorvidt prosessledende spørsmål alltid skal unntas lovlighetskontroll, vil departementet bemerke at FFTs vedtak i denne saken ikke medførte slike rettsvirkninger i seg selv som gjør det naturlig å prøve lovligheten av vedtaket etter kommuneloven § 59. FFTs vedtak 43/06 tar ikke endelig stilling til om det skal inngås kontrakt med Veolia eller ikke, men beslutter at fylkesutvalget skal inngå i forhandlinger med Finnmark fylkesrederi og ruteselskap AS/Veolia. Slike forhandlinger<sup>1</sup> skaper ingen rettsvirkninger for partene i seg selv. Rettsvirkningene oppstår først ved den endelige avtaleinngåelsen.

---

<sup>1</sup> Dette kan være annerledes dersom en konkurranse er kunngjort etter reglene i anskaffelsesregelverket, slik at rettighetene og pliktene etter dette regelverket utløses.

Samtidig gis Fylkesutvalget *"fullmakt til å inngå en eventuell avtale"* med Veolia. Det gis føringer for hvilken prosedyre som skal følges, herunder alternativ prosedyre for anskaffelse av kollektive rutetjenester (konkurransesetting) dersom forhandlingene ikke fører frem til en tilfredsstillende avtale. Spørsmålet blir om eksistensen av denne fullmakten fratar avgjørelsens karakter av å være et prosessledende ledd i saksbehandlingen. Fullmakten utgjør FFTs endelige befatning med saken, og det er opp til fylkesutvalgets skjønn hvorvidt det skal inngås avtale med Veolia og med hvilket innhold. FFT og fylkesutvalget er imidlertid kun to enheter innen samme rettssubjekt (FFK). Det synes lite naturlig for departementet å legge avgjørende vekt på hvordan fylkeskommunen organiserer sin interne arbeidsfordeling så lenge det ikke stilles spørsmål ved den personelle kompetanse. Det avgjørende for departementet må være hvorvidt det påklagede vedtaket hadde karakter av å avslutte saken for fylkeskommunens vedkommende, eller om det var en prosessledende avgjørelse som ikke skal gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.

I det aktuelle vedtaket ble det gitt en fullmakt til å inngå en avtale, uten at denne var gjort til gjenstand for konkurranse gjennom kunngjøring. Samtidig ble det også beskrevet en alternativ fremgangsmåte dersom forhandlingene ikke ledet til en avtale fylkesutvalget ville vedta. Den endelige beslutningen om hva slags prosedyre som skulle vært fulgt før den endelige avtalen kunne inngås, ble således delegert til fylkesutvalget. Samlet sett taler dette for at FFTs vedtak ikke er *"den endelige avgjørelsen i saken"* / *"avgjørelsen som avslutter saken"* og at departementet derfor ikke har hjemmel til å lovlighetskontrollere dette. Den endelige avgjørelsen i saken er avtaleinngåelsen og ikke forutgående valg av prosedyre.

Departementet tilføyer at ved eventuell tvil er det grunn til å legge vekt på lovens formål og hvilket reelt behov det er for kontroll av avgjørelsen isolert. Kommuneloven § 59 er et middel for å avklare rettslig tvil uten å måtte gå til domstolene. Det finnes flere alternative og mer egnede prosedyrer som kan anvendes for å avklare slik tvil under prosessen, herunder klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser som kan prøve *"unntakelser, handlinger og beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser"*, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, der *enhver* kan bringe inn en klage med anførsel om ulovlige direkteanskaffelser, jf. samme forskrift § 13a. Det er dermed lite behov for kontroll med avgjørelsen isolert med hjemmel i kommuneloven § 59.

På denne bakgrunn vil departementet oppheve sitt vedtak av 22. desember 2009, jf. pkt. 6 nedenfor.

### **3. Videre saksbehandling knyttet til anskaffelser av kollektive rutetjenester i Finnmark**

Departementet kan på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll, jf. kommuneloven § 59 nr. 5. FAD har dermed trolig hjemmel til, på eget initiativ, å

etterprøve valg av prosedyre i forbindelse med prøving av lovligheten av de offentligrettslige sidene av den *endelige avtaleinngåelsen*.

Departementet ser det imidlertid ikke hensiktsmessig å foreta en slik formell lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 på eget initiativ i denne saken. Saksbehandlingen i saken har dessverre allerede tatt svært lang tid, blant annet fordi saken har reist en rekke uklare rettslige og faktiske spørsmål. Det har nå kommet til nytt faktum i saken som i tilfelle måtte utredes nærmere og medføre ytterligere forsinkelser før nytt vedtak eventuelt kunne treffes. Dessuten er lovlighetskontroll av mange årsaker et lite hensiktsmessig virkemiddel på anbudsrettens område, se blant annet FADs bemerkninger i vedtaket av 22. desember 2009 pkt. 3.1. Som nevnt ovenfor i pkt. 2 har Kommunal- og regionaldepartementet i forarbeidene til lovendring av 19. juni 2009 nr. 88 oppfordret til forsiktighet ved utøvelsen av lovlighetskontroll ettersom dette virkemiddelet er et sterkt statlig styringsgrep, og legalitetsprinsippet og hensynet til det lokale selvstyret må stå sterkt. FAD har også merket seg følgende uttalelse fra Kommunal- og regionaldepartementet i forbindelse med lovendring av 10. januar 2009 nr. 88<sup>2</sup>:

*”Departementet har overfor fylkesmennene gitt til kjenne at de bør være tilbakeholdne med å foreta lovlighetskontroll av eget tiltak, § 59 nr. 5, og være særlig varsomme i saker om ansettelse, oppsigelse og avskjed, og dersom saken er et vedtak om å inngå en kontrakt.”*

På denne bakgrunn har FAD besluttet ikke å foreta en ny lovlighetskontroll av selve kontraktsinngåelsen av eget initiativ.

#### **4. Er det en tjenestekontrakt eller en tjenestekonsesjonskontrakt som er inngått?**

Etttersom FAD likevel ikke vil treffe et vedtak i saken, synes det lite hensiktsmessig å gå inn på alle Veolias anførsler. Det er imidlertid naturlig å knytte visse kommentarer til enkelte deler av deres begjæring om omgjøring.

I spørsmålet om grensedragningen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjonskontrakter er det spørsmål om hvor mye av den kommersielle risikoen tjenesteyteren må ha påtatt seg for at det skal foreligge en tjenestekonsesjonskontrakt. På dette punktet gir ikke de foreliggende rettskilder noe klart svar. Etter den engelske språkversjon av dom C-206/08 må *”a significant share”*, eller en betydelig/vesentlig del på norsk, av driftsrisikoen være overført til tjenesteyteren for at det skal foreligge en tjenestekonsesjonskontrakt. Etter en ny gjennomgang av saken mener FAD fremdeles at de inngåtte kontrakter mellom FFK og

---

<sup>2</sup> Ot. prp. nr. 58 (1995-1996) pkt. 3.7.1 Gjeldende rett.

Veolia har preg av å være tjenestekontrakter og ikke tjenestekonsesjonskontrakter, gitt det faktum departementet den gang hadde å bygge på. Dette skyldes først og fremst at en begrenset del av risikoen for inntektssiden av driften av transporttjenestene var overført til Veolia. FAD la i den forbindelse blant annet stor vekt på retten til å justere tilskuddet fra FFK "for dokumenterte endringer i driftsinntekter", jf. avtalenes pkt 4.1. Etter kontraktens ordlyd synes det som om enhver endring av driftsinntektene kan gi grunnlag for justeringer det påfølgende år, også endringer i trafikkmengden. Dette innebærer i så fall at en vesentlig del av risikoen for utviklingen i trafikkmengden fortsatt er i behold på FFKs hånd. Dette er et moment som taler sterkt mot at det foreligger en tjenestekonsesjonskontrakt.

Veolia har fremmet en rekke anførsler knyttet til grensedragningen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjonskontrakter. Blant annet synes Veolia nå å anføre at de selv har den fulle risikoen knyttet til utviklingen i antall passasjerer i kontraktstiden. Vi forstår det slik at selskapet mener det bare er takstendringer som skal hensyntas ved de årlige forhandlingene om tilskudd, ikke endringer i trafikkmengden. FAD vil bemerke at den praksis som Veolia hevder at partene følger, ikke umiddelbart synes å ha forankring i ordlyden i de inngåtte kontraktene. Forutsatt at vi har forstått partenes anførsler korrekt, kan det også se ut som om Veolias anførsler står i motstrid med FFKs beskrivelse av praksis, jf FFKs brev av 12. juni 2009 s. 3.

Hvis Veolias beskrivelse av praktiseringen av kontraktens pkt. 4.1 er korrekt, kan det argumenteres for at dette vil påvirke vurderingen av hvorvidt de inngåtte kontrakter kan anses som tjenestekonsesjonskontrakter, i alle fall for så vidt gjelder landtransportavtalen. Om det samme gjelder kontrakten vedrørende sjøbasert transport, er mer usikkert, ettersom tilskuddene fra FFK her er så høye som 80-85 %.

## **5. Hvilke regler gjelder for tjenestekonsesjonskontrakter?**

Dersom en av kontraktene eller begge to kan anses som en tjenestekonsesjonskontrakt, blir spørsmålet om FFKs kunngjøring av intensjonen om å inngå en avtale med Veolia var tilstrekkelig, eller om FFK skulle ha gjennomført en eller annen form for tilbudskonkurransé. FAD har ikke utredet dette spørsmålet og vil derfor ikke gjøre forsøk på å trekke noen konklusjon, men har merket seg at EU-domstolen i flere nyere avgjørelser synes å legge grunn at prinsippene om likebehandling, forbud mot diskriminering og gjennomsiktighet tilsier at det må gjennomføres en eller annen form for tilbudskonkurransé, i alle fall i tjenestekonsesjonskontrakter av den type som var til behandling i de konkrete sakene. Det vises her for eksempel til C-458/03, C-410/04, C-220/06 og C-196/08. Sak C-410/04 (ANAV) gjaldt nettopp tildeling av en tjenestekonsesjonskontrakt innen transportsektoren.


## 6. Konklusjon

Under henvisning til pkt. 2 ovenfor hvor det framgår at Finnmark fylkestings vedtak 43/06 ikke kunne gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59, har departementet truffet følgende nye vedtak:

**Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 22. desember 2009, der departementet fant Finnmark fylkestings vedtak 43/06 av 06.12.2006 ugyldig, oppheves.**

Med hilsen

  
Jan A. Halvorsen (e.f.)  
ekspedisjonssjef

  
Marianne Guettler Monrad  
avdelingsdirektør

Kopi:  
Kommunal- og regionaldepartementet  
Samferdselsdepartementet  
Miljøverndepartementet  
Veolia Transport Nord AS