

NotatDato: 01.12.2016
Arkivsak: 2015/3679-19
Saksbehandlar: nilvetl

Til: Fylkesutvalet

Frå: Fylkesrådmannen

Investering i vognmateriell til framtidige bybanestrekningar**Bakgrunn:**

Fylkesrådmannen viser til budsjettforslaget for 2017 og økonomiplanen 2017-2020, der det er lagt opp til ny gjennomgang av delar av investeringsprogrammet i økonomiplanperioden på fylkestinget i mars 2017. Investering i vognmateriell til framtidige bybanestrekningar er ein del av denne gjennomgangen. Som følgje av ei tilråding frå styret i Bybanen AS om å nytte opsjon i kontrakten med noverande leverandør av vognmateriell innan utgangen av 2016, altså før den varsla gjennomgangen i fylkestinget, vil fylkesrådmannen her gjere greie for sine vurderingar i denne samanheng.

Nærmare om kontraktsgrunnlaget:

Hordaland fylkeskommune inngjekk i 2008 kontrakt med Stadler Pankow GmbH om vogner til Bybanen. Inkludert i kontrakten var vedlikehald av vognene. Det vart først kontrahert 12 vogner og ved å nytte opsjonar i avtalen er det til no skaffa 28 vogner.

Styret i Bybanen AS tilrår altså at ein også for neste byggetrinn nyttar opsjon i kontrakten og inngår vidare avtale med Stadler Pankow. Det vil i så fall vere aktuelt å bestille 6-8 nye vogner. Opsjonen gjeld ut 2016. Sidan det enno ikkje er gjort vedtak om bybaneutbygginga mot Fyllingsdalen, vil ein i tilfelle måtte ta atterhald om utøvinga av opsjonen ved å knyte til ein avbestillingsklausul.

Fylkesrådmannen har fått utført to juridiske vurderingar av spørsmålet om bruk av opsjon med avbestillingsklausul så lang tid etter kontraktsinngåing er i samsvar med regelverket for offentlege kjøp.

Advokatfirmaet Thommesen konkluderer slik om i kva grad opsjonen er gyldig:

«I det foreliggende tilfellet er det ikke opplagt hvilke hensyn som skal begrunne den lange opsjonstiden når man vurderer om oppdragsgiver alternativt kunne ha gjennomført nye konkurranser. Det vil selvsagt kunne anføres å være økonomiske fordeler for oppdragsgiver knyttet til at man sparer ressurser på nye konkurranser, og hensynet til standardisering blir ivaretatt på en effektiv måte, men det er på ingen måte opplagt at slike begrunnelser vil anses som tilstrekkelige. Det er også grunn til å merke seg at man nok ikke kan gjøre gjeldende hensynet til leverandørens investeringer og forutberegnelighet som argument i dette tilfelle.

Vurdert på grunnlag av anskaffelsens art, er det etter vårt syn en viss usikkerhet knyttet til lovligheten av å avtale opsjonsbestemmelser med varighet frem til 2016, men samlet sett finner vi det mest sannsynlig at opsjoner med slik varighet vil bli akseptert. Det er imidlertid ikke mulig å trekke en klar konklusjon.»

Advokatfirmaet Simonsen Vogt og Wiik har vurdert i kva grad avbestillingsklausul kan nyttast eller om klausulen kan vurderast som omgåing av regelverket:

«Det som kan bli et spørsmål, (...) er hvorvidt en slik avbestillingsrett kan anses som en omgåelse av regelverket da realiteten ved en avbestillingsrett er at opsjonen ikke blir bestemt før senere enn opprinnelig tiltenkt i kontrakten. Det vil si at i realiteten kan det være å anse som en forlengelse av kontrakten sett i forhold til hvordan en egentlig ser for seg bruk av opsjoner. (...) Ut fra ovennevnte er det grunn til å tro at avtalepartene kan avtale en forlengelse av frist for å fremsette opsjonen og/eller avtale en avbestillingsrett. Vi gjør likevel oppmerksom på at det ved en kontraktstolking (hva den opprinnelige kontrakt har ment) vil være flere momenter som kan få betydning enn selve kontrakten samt at rettspraksis viser en streng håndtering i denne type saker, og at det derfor ikke er mulig å fastslå konklusjonen med sikkerhet.»

Konklusjonane i begge vurderingane er dermed at ein domstol mest sannsynleg ikkje vil finne det i strid med regelverket å nytte opsjonen i føreliggjande kontrakt. Ingen av advokatvurderingane er likevel sikre på ein slik konklusjon, slik at det er knytt tvil om det ein har landa ned på.

Fylkesrådmannen sine vurderingar:

Kunngjering av prekvalifisering av kjøp av bybanevogner vart gjort i januar 2005 og kontrakt med Stadler Pankow vart inngått i januar 2008, altså for snart 9 år sidan. I løpet av dei åra som er gått, er det gjort teknologiske framsteg og nyvinningar.

Hordaland fylkeskommune og Bergen kommune er i ferd med å starte forhandling med staten om bymiljøavtale. Ein slik avtale vil i første omgang omhandle bybaneutbygginga til Fyllingsdalen, men fylkesrådmannen legg til grunn at ein i seinare avtalerevisjonar vil ta med nye byggetrinn for Bybanen. Spørsmålet om å nytte opsjonar i gjeldande kontrakt til nye vognkjøp er berre aktuelt for byggetrinnet til Fyllingsdalen. Det inneber at ein uansett må ut med nytt anbod for kjøp av vogner til seinare byggetrinn. Fylkesrådmannen viser til at begge utgreiingane frå dei to advokatfirma Thommessen og Simonsen Vogt og Wiik reiser tvil om ein kan nytte opsjonen som ligg i kontrakten, og i kva grad det kan knytast avbestillingsklausul til denne opsjonen. I tillegg til den reint prosessuelle risikoen vil det også vere ein ikkje ubetydeleg omdømemessig risiko knytt til dette.

Basert på ei totalvurdering vil fylkesrådmannen tilrå at ein ikkje nyttar opsjonen i gjeldande kontrakt. Etter fylkesrådmannen sitt syn er dei juridiske konklusjonane for usikre til at ein bør gå vidare med kontrakten med Stadler Pankow. Ved å gjennomføre ny anbodskonkurranse vil ein rydde bort den uvisse og tvil som dei juridiske utgreiingane peikar på, samstundes som ein vil sikre tilgang til oppdaterte og framtidsette teknologiske løysingar.

Fylkesrådmannen vil dermed foreslå at ein for byggetrinna 4 og 5 gjennomfører ein ny, samla anbodsprosess for vogninvesteringane. Med denne framgangsmåten vil ein også få ei noko jamnare fordeling av vognflåten om ein eventuelt får inn ein ny leverandør. Dette vert vurdert som tenleg i høve sjølve konkurransen, då dette truleg vil resultere i tilbod frå fleire aktørar.