Forskrift om konsesjonskontrakter

Artikkel | Sist oppdatert: 01.04.2019 | Nærings- og fiskeridepartementet
(http://www.regjeringen.no/no/dep/nfd/id709/)

1 Innledning

Konsesjonskontraktforskriften er en helt ny forskrift som er vedtatt med bakgrunn i EUs nye direktiv om konsesjonskontrakter[1]. Tidligere har inngåelse av konsesjonskontrakter i liten grad vært regulert. Tjenestekonsesjonskontrakter har kun vært underlagt de grunnleggende EØS-rettslige prinsippene, mens bygge- og anleggskonsesjoner har vært regulert i tidligere forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 24. Det nye direktivet om konsesjonskontrakter fastsetter spesifikke regler som skal følges når offentlige oppdragsgivere inngår konsesjonskontrakter. På denne bakgrunn etablerer konsesjonskontraktforskriften nye regler for oppdragsgivere ved inngåelse av konsesjonskontrakter.

2 Hva er en konsesjonskontrakt?

En konsesjonskontrakt er en eller en bygge- og anleggskontrakt der eller bygge- og anleggsarbeidene, eller av en slik rett sammen med betaling. Hva som utgjør en tjenestekontrakt og en bygge- og anleggskontrakt er nærmere regulert i konsesjonskontraktforskriftens § 4-1.

Ved vurderingen av om en kontrakt er en konsesjonskontrakt, er det ikke hva oppdragsgiver anskaffer som er avgjørende, men hvordan kontrakten er utformet. bygget eller anlegget som anskaffes.

Inntektene til leverandøren sikres gjennom en rett til kommersiell utnytting av bygget/tjenesten og/eller ved en delvis betaling fra oppdragsgiver. Et typisk eksempel er at betalingsstrømmen kommer fra brukerne av bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene. Betalingsstrømmen kan også komme delvis fra oppdragsgiver. Det sentrale i vurderingen er ikke hvor betalingen kommer fra, men om

2.1 Hva innebærer det at driftsrisikoen må være overført?

Driftsrisikoen anses overført når leverandøren ikke under normale driftsforhold er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnader som påløper i driften. Driftsrisikoen kan gjelde enten etterspørselsrisikoen, leveringsrisikoen eller begge deler.

Med etterspørselsrisiko menes for eksempel risikoen for at antallet brukere som vil betale for en tjeneste er tilstrekkelig til at det dekker leverandørens investeringer og driftskostnader. Den faktiske etterspørselen kan variere basert på brukernes ønsker og behov eller på grunn av konkurranse fra andre aktører. Et eksempel er avtale om drift av en parkeringsplass der det er usikkert hvor mange personer som vil bruke plassen og derfor også hvor stor inntjening leverandøren vil ha.

Leveringsrisikoen kjennetegnes ved at leverandøren har ansvar for at bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytelsene som er gjenstand for kontrakten vil matche etterspørselen. Et eksempel er avtale om drift av en bussrute, der leverandørene forplikter seg til å frakte alle som ønsker å ta bussen, slik at man har en risiko for eventuelt å måtte sette inn ekstra busser på strekningen med de kostnader dette måtte innebære.

Risikoen som overføres til leverandøren må være reell. Dette innebærer at leverandørene må være faktisk eksponert for svingningene i markedet, slik at et anslått potensielt tap ikke er ubetydelig. Hele eller en vesentlig andel av driftsrisikoen må være overført til tjenesteyteren for at det skal foreligge en konsesjonskontrakt[2]. Det er ikke tilstrekkelig at kun en marginal del av driftsrisikoen er overført. At risikoen forbundet med den aktuelle formen for virksomhet er liten betyr ikke at kontrakten ikke kan være en konsesjonskontrakt[3]. Det er ikke uvanlig at enkelte sektorer, slik som for eksempel vanndistribusjon og deponering av avfall og kloakk, følger regler som begrenser hvor stor den finansielle risikoen kan være. Det avgjørende vil være om den vesentligste delen av den økonomiske risikoen som eksisterer, faktisk er overført til leverandøren. Risiko som er forbundet med leverandørens dårlige forvaltning av kontrakten, uriktig skjønn eller ledelse i leverandørselskapet eller force majeure-hendelser er ikke relevant i vurderingen av om det foreligger en konsesjonskontrakt.

Eksempel:

KOFA 2005/4

En fylkeskommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for drift av hurtigbåtruter. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene skulle spesifisere i tilbudet hva de krevde i årlig vederlag for å utføre ruteproduksjonen. Det årlige vederlaget skulle være et fast beløp som tilkom leverandørene uavhengig av størrelsen på driftsinntektene. Vederlaget skulle være lik differansen mellom leverandørenes kostnader og forventede billettinntekter, som operatørene også skulle beholde. Klager hevdet at siden operatøren uansett vil få utbetalt det faste årlige vederlaget, var det oppdragsgiver som hadde risikoen for driften av ruten.

KOFA uttalte at det at oppdragsgiver skyter inn midler for at tjenesten skal bli utført ikke er til hinder for at forholdet kan karakteriseres som en konsesjon, men at grensene for hvor stor del av inntektene som kan komme fra oppdragsgiver er uklare. (I saken var det antatt at vederlaget ikke vil kompensere for mellom 20 % og 55% av de totale kostnader som medgikk til driften av de forskjellige rutene. KOFA fant at den risikoen som leverandørene hadde påtatt seg ikke kunne karakteriseres som ubetydelig, og at kontrakten kunne karakteriseres som en tjenestekonsesjon.

Eksempel på en tjenestekonsesjon

En kommune trenger et selskap til å drifte en kantinetjeneste på en videregående skole. Selskapet skal selge matvarer i kantinen på nærmere bestemte vilkår. Kommunen betaler for strøm, renhold av kantinelokalet, renovasjon mv. Selskapet skal betale for kjøp av råvarer, renhold på kjøkkenet og lønn til de ansatte. Inntektene ved kantinedriften sikres utelukkende gjennom betaling fra brukerne av kantinen. Risikoen er overført til leverandøren ved at selskapet har den økonomiske risikoen for at det vil være nok kunder i kantinen til å dekke utgiftene knyttet til driften av denne.

Eksempel på en tjenestekonsesjon

En kommune trenger et selskap til å drifte en fergetjeneste. Selskapet skal gi passasjerer et rutetilbud mellom destinasjon X og Y. Leverandøren av fergetjenesten mottar et vederlag på 3 millioner kroner fra det offentlige for å tilby tjenesten. Selskapet skal betale for utgiftene knyttet til transporten av fergen, lønnskostnader og lignende. Selskapet må ha en inntekt gjennom betaling fra passasjerene for å få dekket sine utgifter. Risikoen er overført til leverandøren ved at selskapet ikke er sikret at inntektene fra passasjerene vil dekke utgiftene de har til driften.

Eksempel på en bygg- og anleggskonsesjon

En fylkeskommune ønsker å bygge en vei. Utbyggeren av veien mottar ikke betaling fra kommunen for byggearbeidene som etablerer veien, men får mulighet til å ta bompenger for bruken av denne. Risikoen for prosjektet er overført til leverandøren ved at selskapet må sikre at prisen og omfanget på bruken av veistrekningen er tilstrekkelig til å dekke utgiftene ved byggearbeidet og den etterfølgende driften.

2.2 Ordninger og kontrakter som ikke anses som konsesjonskontrakter

I norsk rett benyttes begrepet konsesjoner ofte på ulike ordninger som ikke innebærer en gjensidig bebyrdende kontrakt, slik som en tillatelse til å utføre en viss type aktivitet. Dette kan eksempelvis være autorisasjoner eller lisenser, slik som lisens som lege, advokatbevilling eller lignende. Disse er ikke å anse som konsesjonskontrakter.

Definisjonen av en konsesjonskontrakter dekker heller ikke rene tilskudd eller bevilgninger fra offentlige myndigheter, med mindre disse gir det offentlige eierskap eller fordeler som følge av bygget eller tjenesten.

Definisjonen omfatter som utgangspunkt heller ikke avtaler som gir leverandøren adgang til å bruke offentlig eiendom til drift av faste linjer eller nett til betjening av offentligheten, slik som installasjonen av elektriske kabler og nett. Det gjelder unntak fra dette dersom den offentlige myndigheten pålegger leverandøren en plikt til å forsyne eller dersom de skal overta det som oppføres.

Definisjonen dekker videre ikke avtaler som gir leverandøren en rett til å utnytte bestemte offentlige områder eller ressurser, når det kun settes generelle betingelser for en slik bruk og det ikke faktisk kjøpes inn bestemte arbeider eller tjenester. Dette kan eksempelvis være bruken av havner, lufthavner eller lignende.

Begrepet omfatter heller ikke ordninger der alle leverandører som oppfyller visse betingelser har rett til å få tillatelse til å utføre en gitt oppgave og det ikke er antallsbegrensninger på hvem som kan få tillatelsen. Et eksempel på en slik ordning er brukervalgsordninger for helse- og sosialtjenester. Om ordningene omfattes av konsesjonskontraktforskriften avhenger av om det vil gjennomføres en konkurranse mellom leverandørene i markedet for å delta i ordningen, eller om adgang til deltakelse blir gitt til alle leverandørene som oppfyller forutberegnelige og ikke-diskriminerende kriterier.

3 Hvilke regler gjelder ved inngåelse av konsesjonskontrakter?

Hvilke deler av forskriften som gjelder for ulike konsesjonskontrakter er regulert i § 5-1.

Konsesjonskontrakter med en verdi på minst 100.000 kroner, men under EØS-terskelverdien på 5 millioner kroner, omfattes kun av lov om offentlige anskaffelser og konsesjonskontraktforskriften del I. Forskriftens del I gjelder for alle konsesjonskontrakter som er omfattet av forskriften.

Ved inngåelse av konsesjonskontrakter med en verdi på minst 51 millioner kroner skal oppdragsgiver følge de eksplisitte prosedyrereglene som finnes i forskriftens del II.

3.1 Hvordan beregne verdien av en konsesjonskontrakt?

Verdien av en konsesjonskontrakt skal beregnes på grunnlag av konsesjonsinnehaverens forventede samlede omsetning i kontraktens løpetid uten merverdiavgift, jf. § 5-2. I og med at det er den forventede samlede omsetningen som er utgangspunktet for beregningen, er oppdragsgiver kun forpliktet til å fastsette et estimat. Metoden som oppdragsgiver skal anvende for å beregne verdien av kontrakten skal beskrives i anskaffelsesdokumentene. I beskrivelsen må oppdragsgiver se hen til forskriftens § 5-2 tredje ledd og vurdere om et eller flere av de angitte momentene er relevante for den aktuelle kontrakten.

Momentene som oppdragsgiver må inkludere i verdiberegningen der det er relevant:

1. Verdien av betaling eller premier som mottas av den valgte leverandøren. For eksempel dersom den valgte leverandøren mottar delvis betaling fra oppdragsgiver ved utførelsen av konsesjonskontrakten.
2. Verdien av bevilgningen eller andre finansielle fordeler som gis av tredjemenn og som knytter seg til konsesjonskontrakten. For eksempel inntekter fra brukere av bygget eller tjenesten som konsesjonskontrakten knytter seg til.
3. Verdien av enhver form for forlengelse av konsesjonskontraktens varighet. For eksempel hvis kontraktslengden er satt til 10 år, men med en rett til forlengelse i 5 år,
4. Inntekter fra betaling av bøter og gebyrer som knytter seg til konsesjonskontrakten. For eksempel har den valgte leverandøren rett til å bøtelegge feilparkering eller parkering uten forhåndsbetaling. Bøtene og gebyrene skal ikke inkluderes dersom de kreves inn på vegne av oppdragsgiver.
5. Verdien av betalinger eller andre finansielle fordeler som gis av oppdragsgiver eller annen offentlig myndighet til leverandøren. For eksempel der kontrakten krever ansettelse av en viss type personell for å utføre arbeidet som konsesjonskontrakten knytter seg til og en slik ansettelse medfører skattefordeler for den valgte leverandøren.
6. Inntekter fra salg av aktiva som knytter seg til konsesjonskontrakten. For eksempel krever konsesjonskontrakten innkjøp av søppelbiler som etterhvert vil kunne selges.
7. Verdien av alle de vare- og tjenesteytelser som oppdragsgiver stiller til rådighet for leverandøren. For eksempel der oppdragsgiver kjøper inn maskiner til den valgte leverandøren. Dersom disse overlates til leverandøren etter at konsesjonsoppdraget er avsluttet, vil verdien av disse måtte tas med i verdiberegningen. Eventuell kompensasjon som betales til oppdragsgiver for dette trekkes fra.

Beregningen som foretas må være forsvarlig på kunngjøringstidspunktet. For konsesjonskontrakter der det ikke er krav om kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen. At vurderingen skal være forsvarlig, innebærer at oppdragsgiver må kunne gi en forklaring på hvorfor han kom til den oppgitte verdien. Denne forklaringen må anses å være fornuftig ut fra de opplysningene som oppdragsgiver hadde på tidspunktet for vurderingen. Dersom oppdragsgiver eksempelvis har tilgang til tall knyttet til inntjening og verdi av lignende prosjekter, vil dette kunne være et godt utgangspunkt for vurderingen.

Oppdragsgiver må ikke foreta beregningen av verdien på kontrakten på en måte som har som formål å hindre at forskriften kommer til anvendelse. Oppdragsgiver kan med andre ord ikke foreta en lav beregning med tanke på at kontrakten ikke skal overstige terskelverdien på 51 millioner kroner ekskl. mva.

Dersom oppdragsgiver planlegger å tildele konsesjonskontrakter ved separate delkontrakter, må den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger terskelverdien på 51 millioner kroner, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilke regler som gjelder for hver enkelt delkontrakt.

Dersom oppdragsgiver planlegger å inngå en kontrakt som inneholder elementer av ulike typer ytelser som er omfattet av forskriften, en blandet kontrakt, er det også den samlede anslåtte kontraktsverdien av den blandede kontrakten som skal legges til grunn ved beregningen av anskaffelsens verdi.

3.3.1 Konsekvensen av at verdien av kontrakten er endret på tidspunktet for tildeling?

Selv om oppdragsgiver kun er forpliktet til å komme med et forsvarlig og fornuftig estimat, finnes det en begrensning for hvor store avvikene fra dette estimatet kan bli. En ny konkurranse skal følge de reglene som gjelder for den faktiske verdien på kontrakten.

4 Gjennomføringen av anskaffelsen

4.1 Gjennomføringen av anskaffelser under EØS-terskelverdien

Anskaffelser under EØS-terskelverdi er underlagt lov om offentlige anskaffelser og Kravene til gjennomføringen av anskaffelsen følger i hovedsak av de grunnleggende prinsippene i lovens § 4. Oppdragsgiver må derfor blant annet sørge for at han oppnår konkurranse om anskaffelsen og at den gjennomføres i tråd med kravene til forholdsmessighet, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet.

Etter forskriftens § 7-1 gjelder det en dokumentasjonsplikt. Dokumentasjonsplikten innebærer at oppdragsgiver skal oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen.

4.2 Gjennomføringen av anskaffelser over EØS-terskelverdien

Ved anskaffelser over EØS-terskelverdien på 51 millioner kroner er det plikt til å kunngjøre konkurransen i hele EØS-området.

Det er forskriftens § 8-1 som omtaler de generelle prosedyrereglene for anskaffelser etter konsesjonskontraktforskriften. Bestemmelsen fastsetter ingen særskilte anskaffelsesprosedyrer. Oppdragsgiver skal selv fastsette regler for hvordan konkurransen skal gjennomføres. Dette inkluderer at oppdragsgiver skal angi en veiledende tidsplan for gjennomføringen av konkurransen.

Oppdragsgiver er gitt et stort handlingsrom for hvordan han ønsker gjennomføre anskaffelsen så lenge han overholder de grunnleggende prinsippene om forholdsmessighet, konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet.

Oppdragsgiveren står fritt til å forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudene jf. 8-1 fjerde ledd. Det er imidlertid ikke tillatt, gjennom forhandlingene, å foreta endringer som medfører at anskaffelsen blir avgjørende forskjellig fra beskrivelsen i anskaffelsesdokumentene.

For at kravet til forutberegnelighet skal overholdes er det eksempelvis sentralt at oppdragsgiver utarbeider et konkurransegrunnlag som gir potensielle leverandører informasjon om hva som skal anskaffes, hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget og hvordan anskaffelsen skal gjennomføres jf. § 8-2. Oppdragsgiver må videre i tillegg til den veiledende tidsplanen for gjennomføringen av konkurransen, gi informasjon om og Oppdragsgiver skal også angi hvilke krav som gjelder for innholdet i og utformingen av en forespørsel om å delta i konkurransen og gi andre opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av en forespørsel om å delta i konkurransen.

Kravet til likebehandling må overholdes i alle stegene i anskaffelsesprosessen. Dersom oppdragsgiver fastsetter en grense for antallet leverandører som skal velges ut til å gi tilbud, må kriteriene for utvelgelse være objektive- og ikke diskriminerende. Når oppdragsgiver har valgt ut hvilke leverandører som skal delta i konkurransen må han behandle disse likt i gjennomføringen av konkurransen. Det følger eksempelvis av § 8-2 sjuende ledd at dersom en leverandør ber om supplerende opplysninger om konkurransegrunnlaget, så skal opplysningene også gis til de andre leverandørene som deltar i konkurransen.

4.2.1 Adgangen til å endre den prioriterte rekkefølgen av tildelingskriteriene ved særlig innovative løsninger

Konsesjonskontraktforskriften har en egen bestemmelse i § 8-10 som gir oppdragsgiver utvidet handlingsrom dersom han mottar et tilbud som inneholder en innovativ løsning med en usedvanlig god funksjonell ytelse. Oppdragsgiver har i slike tilfeller mulighet til å endre den prioriterte rekkefølgen av tildelingskriteriene for å kunne ta i betraktning den innovative løsningen. Det er kun den prioriterte rekkefølgen som kan endres. Bestemmelsen gir ikke oppdragsgiver anledning til å endre selve innholdet i tildelingskriteriene.

Et eksempel på når det kan være aktuelt for oppdragsgiver å benytte det utvidete handlingsrommet kan være der en kommune ønsker å inngå en avtale om å bygge og drifte et eldresenter for demente og har prioritert tildelingskriteriet "pris" over kriteriet "kvalitet". En leverandør kommer med et forslag som innebærer at sikkerheten til brukerne på eldresenteret økes fordi man ved byggingen tar i bruk et spesielt utviklet og innovativt overvåkings- og sikkerhetssystem. Oppdragsgiver kan da velge å endre på rekkefølgen av tildelingskriteriene, ved å prioritere "kvalitet" over "pris" for å ta hensyn til det innovative forslaget.

Forutsetningen for at oppdragsgiver i slike tilfeller skal ha adgang til å endre den prioriterte rekkefølgen på tildelingskriteriene, er at han ikke kunne ha forutsett den innovative løsningen allerede på det tidspunktet han fastsatte tildelingskriteriene.

En annen forutsetning er at likebehandlingsprinsippet overholdes. Ønsker oppdragsgiver å endre rekkefølgen må han derfor informere alle leverandørene som har gitt tilbud og sende dem en invitasjon til å gi nytt tilbud innen en frist fastsatt i samsvar med § 8-14 tredje ledd. Oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen på nytt i samsvar med samme frist, dersom han har publisert tildelingskriteriene samtidig med kunngjøringen av konkurransen. Endringen skal ikke føre til at leverandørene forskjellsbehandles.

5 Kontraktslengde

Kontraktslengden skal fastsettes på grunnlag av tjenestens eller bygge- og anleggsarbeidets art, omfang og kompleksitet, jf. § 8-12 første ledd. Lengden på konsesjonskontrakten må fremgå av anskaffelsesdokumentene. Hvorvidt konsesjonskontrakten kan forlenges etter at kontrakten er inngått, må vurderes etter de alminnelige reglene for endringer i kontrakt.

Kontrakter med en lengre varighet kan være berettiget, men nødvendigheten av en slik varighet må begrunnes av oppdragsgiver. Begrunnelsen kan eksempelvis være at varigheten er nødvendig for å sikre at leverandøren har mulighet til å tjene inn sine investeringer og oppnå en rimelig avkastning. Når beregningen av hva som er nødvendig i denne sammenheng skal foretas, skal oppdragsgiver ha verdien av kontrakten på tidspunktet for tildeling av konsesjonen som utgangspunkt. Han kan likevel også ta hensyn til etablerings- og driftskostnader og andre investeringer knyttet til kontraktsoppfyllelsen. Dette kan være utgifter til infrastruktur, opphavsrettigheter, patenter, utstyr, logistikk, ansettelse og utdanning av personale og oppstartskostnader. Oppdragsgiver må foreta en grundig og forsvarlig vurdering.

Oppdragsgiver kan ikke inngå konsesjonskontrakter som er ubegrenset i tid, jf. § 8-12 tredje led. Årsaken til dette er at konsesjonskontrakter inngått på ubestemt tid vil kunne begrense konkurransen i markedet.

---

[1] (http://nfd.sp.dep.no/Veiledningsprosjektet/Delte%20dokumenter/Overordnet%20om%20konsesjonskontraktforskriften.docx#_ftnref1) Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0001.01.ENG)

[2] (http://nfd.sp.dep.no/Veiledningsprosjektet/Delte%20dokumenter/Overordnet%20om%20konsesjonskontraktforskriften.docx#_ftnref2) C-348/10 (Norma-A SIA), (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0348) premiss 45.

[3] (http://nfd.sp.dep.no/Veiledningsprosjektet/Delte%20dokumenter/Overordnet%20om%20konsesjonskontraktforskriften.docx#_ftnref3) C-206/08 (*Eurawasser*), (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CA0206) premiss 70 – 77.

Nærings- og fiskeridepartementet

Regjeringen.no

Ansvarlig for
Nærings- og fiskeridepartementets sider:
Ansvarlig redaktør: Camilla Pettersen
Nettredaktør: Øyvinn Myge
Telefon: 22 24 90 90
E-post: postmottak@nfd.dep.no
Ansatte i NFD: Depkatalog

Personvernerklæring for NFD

Presse:
media@nfd.dep.no / 902 51 303 (ikke SMS)

Org.nr. 912 660 680