

Grensen mellom tjenesteytelseskontrakter og tjenestekonsesjoner ved offentlige anskaffelser.

Kandidatnummer: 181988

Veileder: Karl-Inge Nygård

Antall ord: 11878



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

3.6.2013

Innholdsfortegnelse

1. Innledning

1.1 Plassering av tema og emne

1.2 Problemstilling

1.3 Avgrensninger og presiseringer

1.4 Rettskilder og metode

1.5 Alminnelig domstolspraksis

- 1.5.1 Rt.1998 s.1398 (Torghatten)

1.6 EU-domstolen

1.7 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

2. Definisjon av de aktuelle kontraktstypene

2.1 Tjenesteytelseskontrakt

- 2.1.1 Konsekvens av at en avtale regnes som tjenesteytelseskontrakt

2.2 Tjenestekonsesjon

- 2.2.1 Konsekvens av at en avtale regnes som tjenestekonsesjon

2.3 Legislativ begrunnelse for skillet mellom tjenesteytelseskontrakter og tjenestekonsesjoner.

3. Gjennomgang og analyse av utvalgt praksis fra EU-domstolen og KOFA

3.1 Praksis fra EU-domstolen

- 3.1.1 C-324/98 (Telaustria)
- 3.1.2 C-358/00 (Deutsche Bibliothek)
- 3.1.3 C-458/03 (Parking Brixen GmbH)
- 3.1.4 C-206/08 (Gotha)

3.2 Praksis fra KOFA

- 3.2.1 KOFA 2003/149 (Norgesbuss Østfold AS vs. Østfold kollektivtrafikk)
- 3.2.2 KOFA 2003/250 (Parajett AS vs. DSB)

- 3.2.3 KOFA 2005/24 (Parkeringsselskapet AS vs. Sykehuset i Vestfold HF)
- 3.2.4 KOFA 2005/304 (Bergen-Nordhordland rutelag vs. Hordaland fylkeskommune)
- 3.2.5 KOFA 2009/119 (SB Skog AS vs. Våler kommune)

4. Sammenstilling av praksis, og betraktninger om gjeldende rett og konsekvensene av denne.

4.1 Det overordnede vurderingstema - Plassering av den økonomiske risikoen.

- 4.1.1 Reell og ikke ubetydelig risiko

4.2 Avslutning

5. Litteraturliste

1. Innledning

1.1 Plassering av tema og emne

Denne oppgaven omhandler offentlige anskaffelser og grensen mellom tjenesteytelseskontrakter og tjenestekonsesjoner. Offentlig sektor kjøper årlig inn for nesten 400 milliarder NOK¹. Dette utgjør ca. 15 prosent av bruttonasjonalproduktet.² Regelverket om offentlige anskaffelser skal sikre at disse midlene brukes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser bidrar til et konkurransedyktig norsk næringsliv.

Formålet bak reglene om offentlige anskaffelser er å bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlig anskaffelsesvirksomhet, jf. Lov om offentlige anskaffelser 16.6.1999 nr.69 § 1. Dette skal sikres gjennom en anskaffelsesvirksomhet basert på forretningsmessighet og likebehandling av alle leverandører.³ Med forretningsmessighet menes det her at offentlige oppdragsgivere skal opptre som en enhver annen profesjonell aktør gjennom hele anskaffelsesprosessen.⁴ Kort sagt kan dette oppstilles som et forbud mot å ta utenforliggende hensyn i anskaffelsesprosessen.

Gjennom EØS-avtalen og WTO-avtalen er Norge internasjonalt forpliktet til å følge bestemte fremgangsmåter ved offentlige anskaffelser over visse terskelverdier⁵. I tillegg har vi i Norge nasjonale regler under disse terskelverdiene med større valgfrihet og fleksibilitet for innkjøperne. I forbindelse med revideringen av EU-direktivene for innkjøp, vedtok Norge ny forskrift om offentlige anskaffelser 7.april 2006. Hensikten bak dette var å tilrettelegge for moderne og effektive innkjøpsprosesser, og gi innkjøperne økt fleksibilitet.

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (1) at den får anvendelse på «tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og

¹ Siste oppdaterte tall fra SSB er fra 2011. Det samlede innkjøp av varer og tjenester for offentlig sektor utgjorde da ca. 398 milliarder kroner. Statistisk sentralbyrå; www.ssb.no/offinnkj

² SSB, 14,5 % av BNP i 2011.

³ Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen; Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave, 2.utgave, s. 21

⁴ Se Ot.prp. nr. 71(1997-98) s.21

⁵ Med terskelverdier menes et minimum av verdi på kontrakten. For kontrakter på EØS-nivå er terskelverdien på NOK 1 700 000, mens det på nasjonalt nivå opereres med en terskelverdi på NOK 500 000. Kontrakter under terskelverdiene er ikke omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, men de omfattes likevel av de grunnleggende kravene om likebehandling, god forretningsmessighet og høy forretningssetisk standard, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5.

anleggsarbeider». Dette tilsier i utgangspunktet at alle offentlige kontraktstildelinger over terskelverdiene er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. En nærmere redegjørelse for regelverket følger under punkt 1.4.

Forskriften § 1-3 (2) oppstiller imidlertid en rekke unntak fra regelverket om offentlige anskaffelser. Disse knytter seg blant annet til kontrakter om ansettelse, jf. bokstav f og forsknings- og utviklingstjenester, jf. bokstav g. Mest relevant for denne framstillingen er imidlertid unntaket i bokstav j, der det framgår at regelverket ikke får anvendelse på «tjenestekonsesjonskontrakter».

Jeg har i oppgaven forsøkt å kartlegge og vurdere relevante rettskilder, og gi min forståelse av reglene basert på dette. Det er også brukt eksempler fra ulike rettskilder, som for eksempel dommer fra EU-domstolen og KOFA-uttalelser, som illustrasjon på problemstillinger. Rettsområdet for offentlige anskaffelser er meget dynamisk, og utfallet i de refererte sakene vil ikke nødvendigvis være gyldige for all fremtid.

1.2 Problemstilling

Problemstilling: Grensen mellom tjenesteytelseskontrakter og tjenestekonsesjoner ved offentlige anskaffelser.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Det vil i oppgaven kun bli tatt stilling til offentlige anskaffelser. Private anskaffelser som har fulgt regelverket for offentlige anskaffelser vil ikke bli omtalt.

På området for offentlige anskaffelser brukes det flere begrep for å definere avtalepartene i en kontrakt. I denne oppgaven vil jeg hovedsakelig benytte begrepet oppdragsgiver om det offentlige organ som utlyser en kontrakt eller konsesjon, og oppdragsinnehaver om den, som regel private part, som skal utføre den aktuelle tjenesten. Det vil imidlertid bli brukt andre begrep der dette passer seg, som for eksempel konsesjonstilbyder og konsesjonsinnehaver/leverandør.

1.4 Rettskilder og metode

Det rettslige utgangspunktet i oppgaven vil ha sin bakgrunn i regelverket for offentlige anskaffelser. Alminnelig juridisk metode vil bli lagt til grunn, og flere av de tradisjonelle rettskildene som lovtekst, forarbeider og forskrift vil bli benyttet. Imidlertid vil det særlig være fokus på praksis fra EU- og EØS-rettslige domstolsorganer og praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser(KOFA). Det vil i det følgende bli redegjort for disse rettskildenes betydning for regelverket om offentlige anskaffelser og oppgavens problemstilling.

Problemstillingen om grensen mellom tjenesteytelseskontrakter og tjenestekonsesjoner berøres ikke direkte av lov om offentlige anskaffelser, men unntaket for tjenestekonsesjoner

er, som nevnt, nå tatt inn i forskriften. Dette unntaket bygger på praksis utledet fra EF/EU-domstolen og KOFA. Flere av disse dommene og avgjørelsene vil bli berørt i oppgavens hoveddel.

I det følgende vil det gjøres rede for de rettskildene som er mest relevante for behandlingen av reglene om offentlige anskaffelser. Regelverket for offentlige anskaffelser har sitt opphav i EU⁶, og er derfor en del av EU- og EØS retten. Den første lovreguleringen fra EU angående offentlige anskaffelser kom gjennom direktivet om offentlige bygg- og anleggskontrakter fra 1971.

Det har senere blitt vedtatt flere ulike regelverk for offentlige vare- og tjenestekjøp i den europeiske retten. I Norge ble offentlige anskaffelser for første gang lovregulert i forbindelse med inngåelsen av EØS-avtalen, ettersom Norge ble forpliktet til å inkorporere EU-regelverket til norsk rett. Den første Lov om offentlige anskaffelser ble vedtatt 27. november 1992, og åpnet samtidig for muligheten til å prøve brudd på regelverket for domstolene.

Regelverket er siden revidert og utvidet og består i dag av lov om offentlige anskaffelser⁷, forskrift om offentlige anskaffelser(FOA)⁸, og forsyningsforskriften(FOR)⁹. Innholdet i disse forskriftene er relativt likt og har sitt opphav i det nå gjeldende EU-direktivet¹⁰ på området som er implementert i forskrift om offentlige anskaffelser. Etter norsk rett behandles derfor spørsmål om offentlige anskaffelser med utgangspunkt i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. I tillegg er det opprettet en egen forskrift som skal regulere spørsmål knyttet til klagenemnda for offentlige anskaffelser¹¹.

1.5 Alminnelig domstolspraksis

Bortsett fra Torghatten-dommen, som omtales under, eksisterer det lite ordinær domstolspraksis på anskaffelsesområdet, og denne rettskildefaktoren har dermed mindre relevans i denne oppgaven. Grunnen til dette er blant annet at det eksisterer en egen klagenemnd på området, KOFA, og at denne nemndas avgjørelser stort sett blir fulgt. Mye av det norske regelverket har også sitt opphav i nemndas avgjørelser, og de fleste aktørene på

⁶ Direktiv 92/50 (tjenestedirektivet) og direktiv 93/38 (forsyningsdirektivet)

⁷ Lov av 16. juli 1999 nr. 69

⁸ Forskrift 7.april 2006 nr. 402.

⁹ Forsyningsforskriften, FOR 2006-04-07 nr. 403. Denne forskriften har anvendelse innen forsyningssektoren(vannforsyning, energi, transport og telekommunikasjon). Norsk olje- og gassindustri er også underlagt EØS-regler og loven av 1999, men her gjelder egne regler.

¹⁰ Direktiv 2004/18/EF

¹¹ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002.

området innretter sin praksis etter dette. Bortsett fra en del saker knyttet til midlertidige forføyninger kommer derfor anskaffelsesregelverket sjelden på spissen i det ordinære domstolsapparatet.

- **1.5.1 Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten)**

Møre og Romsdal fylkeskommune mot Torghatten Trafikkselskap AS.

Saken omhandlet tildeling av konsesjon med offentlig tilskudd og lå dermed under den dagjeldende samferdselsloven. Dommen gjelder i utgangspunktet erstatning for positiv kontraktsinteresse, men har med et par interessante setninger om tjenestekonsesjoner. Høyesterett gikk inn i en konkret vurdering av anbudsgrunnlaget, men uttalte seg ikke konkret om tjenestekonsesjoner.

«Men når fylkeskommunen benytter anbud for å kunne redusere de offentlige tilskuddene, kan også de krav som stilles til partene i anbudsretten ha en viss betydning. Dette innebærer bl. a. at anbuksformen begrenser hvilke hensyn fylkeskommunen kan legge vekt på ved avgjørelsen, noe som fører til at domstolene i større grad kan prøve vedtaket.»¹²

Dommen var oppe til avgjørelse før lov om offentlige anskaffelser var vedtatt, og spørsmålet lå derfor som nevnt under samferdselsloven. Saken tar ikke opp spørsmålet knyttet til tjenestekonsesjoner, men viser at anbuksformen la restriksjoner på hvilke hensyn som kunne vektlegges ved utvelgelsen av tilbudet. Saken kan derfor beskrives som en opptakt til det mer detaljerte regelverket om offentlige anskaffelser som ble vedtatt senere.

1.6 EU-domstolen¹³

Det norske anskaffelsesregelverket bygger på Norges EØS-rettslige forpliktelser. Regelverket om offentlige anskaffelser har derfor tilknytning til et annet rettssystem med sine egne rettskildefaktorer, og disse rettskildefaktorene kan ha betydning for fastleggingen av innholdet i de norske rettskildene.

Etter ODA¹⁴ art. 32 har EFTA-domstolen kompetanse til å avgjøre saker som omhandler forpliktelser etter EØS-avtalen. I norsk rett er derfor domstolen gitt en særlig kompetanse til å avgjøre tvister angående forståelsen av de EØS-rettslige reglene. Dersom norske domstoler er i tvil om hvordan rettstilstanden skal forstås, kan det innhentes veiledende uttalelser¹⁵ fra

¹² Andre avsnitt, s. 1406

¹³ Ettersom domstolen offisielt skiftet navn til EU-domstolen i des. 2009 er det dette navnet som vil bli brukt i oppgaven, selv om flere av avgjørelsene som blir omtalt ble avgjort da den het EF-domstolen.

¹⁴ Avtale av 2. mai 1992 mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol

¹⁵ Dette i motsetning til EU- domstolens prejudisielle avgjørelser for medlemslandene.

EFTA, jf. domstolloven § 51a. Selv om EFTA-domstolens uttalelser i utgangspunktet ikke er bindende for tolkningen av den norske retten, er det likevel gjennom rettspraksis¹⁶ fastslått at de skal tillegges vesentlig vekt i rettsanvendelsen. Dette gjelder også på relevante EFTA-avgjørelser, selv om det ikke er innhentet en uttalelse i den konkrete saken. Praksis fra EFTA-domstolen er derfor en rettskildefaktor med stor vekt på området for anskaffelser, men per dags dato¹⁷ har ikke EFTA-domstolen avgjort saker av betydning for reglene om grensen mellom tjenesteytelseskontrakter og tjenestekonsesjoner.

Innenfor EU- retten er det derimot avgjort en rekke saker som berører rettstilstanden på området. Etter EØS- avtalen art 6¹⁸ skal norske rettsregler som søker å implementere fellesskapsrettslige regler, tolkes i samsvar med praksis fra EU- domstolen. Det gjør at denne domstolen får relevans for den norske lovtolkningen. I utgangspunktet er det bare avgjørelser fattet før undertegningen av EØS- avtalen som er omfattet av bestemmelsen, men Høyesterett har i flere avgjørelser¹⁹ fastslått at bestemmelsen gir uttrykk for et generelt rettshomogenitetsprinsipp, og at også senere avgjørelser fra EU- domstolen er sentrale rettskilder. Praksis fra EU-domstolen tillegges derfor betydelig vekt i den norske rettsanvendelsen på området for offentlige anskaffelser.

1.7 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Det er i Norge opprettet en egen tvisteløsningsnemnd som skal behandle saker knyttet til offentlige anskaffelser, klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Nemnda er opprettet i medhold av lov om offentlige anskaffelser § 7a, og har kompetanse til å avsi rådgivende uttalelser om overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser jf. KOFA- forskriften § 1.²⁰ Ved offentlige anskaffelser opereres det som regel med stramme tidsrammer, og den lange saksbehandlingstiden ved ordinær domstolsbehandling gjør at denne tvisteløsningsmekanismen er mindre egnet. Klagenemnda ble derfor opprettet som et uavhengig tvisteløsningsorgan, som skulle ivareta behovet for en rask og effektiv saksbehandling, og sikre at håndhevelsen av reglene i lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ble overholdt.²¹ Formålet bak dette var å sikre at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte, jf. forskriften § 1.

¹⁶ Jf. Rt 2000 s.1811, m.flere.

¹⁷ Pr. 1.6.2013.

¹⁸ EØS-loven, LOV-1992-11-27 nr. 109

¹⁹ Jf. Rt. 1997 s.1954, Rt. 1997 s.1965, Rt. 2002 s.391 og Rt. 2005 s.1611

²⁰ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002.

²¹ Ot.prp nr. 3 (2000/2001) s. 13 flg.

Nemndas kompetanse knytter seg til å avgjøre tvister om rettigheter og plikter hjemlet i lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf. anskl § 7a første ledd. Alle tvister som ikke representerer et brudd på anskaffelsesregelverket vil derfor ikke bli behandlet av nemnda. Dette vil også gjelde selv om en tvist springer ut fra en anskaffelsesprosess. Under forutsetning av at tvisten ikke samtidig reiser spørsmål om brudd på anskaffelsesregelverket, vil ikke nemnda ha kompetanse til å avgjøre tvister knyttet til eksempelvis generell avtaletolkning eller alminnelig forvaltningsrett.²² Nemndas kompetanseramme vil illustreres nærmere senere i oppgaven.

Etter forskriften skal nemndas avgjørelser være rådgivende, jf. § 1. Den uttaler seg også som hovedregel ikke om eventuelle rettslige konsekvenser av brudd på anskaffelsesregelverket, jf. § 12, sjuende punktum, men har mulighet til å uttale seg om foreligger grunnlag for erstatning, jf. § 12, åttende punktum.

Som nevnt er nemndas avgjørelser rådgivende, og partene er derfor ikke rettslig bundet av disse. Dersom det skal pålegges en rettslig plikt til å innrette seg på anskaffelsesområdet, må tvisten, som på andre områder, fremmes for det ordinære domstolsapparatet.

Imidlertid har det i praksis vist seg at nemndas avgjørelser i stor grad blir respektert av de ulike aktørene, noe som fører til at det er begrenset med ordinær domstolspraksis på området. Nemnda er besatt med jurister med særlig fagkunnskap om offentlige anskaffelser, og prosessen er relativt lik en ordinær domstolsprosess²³. Nemndas store sakstifang har også gitt den et bredt erfaringsgrunnlag som gir den oversikt over regelverket og konsekvensene av nemndas avgjørelser.²⁴ Dette sikrer homogenitet og en konsekvent oppfølging av regelverket. Organet ble også opprettet med tanke på at avgjørelsene skulle ha praktisk betydning, og det har vist seg at de offentlige oppdragsgiverne i stor grad innretter sin praksis etter de rettsreglene som nemnda utleder.

Dette medfører at KOFA's tolkning og anvendelse av regelverket i praksis ilegges stor vekt både av det offentlige og de private aktørene i Norge.

Siden den ordinære domstolspraksisen er begrenset, utleder KOFA mye av sin tolkning på EU- domstolens avgjørelser. Som tidligere nevnt gjør EØS- avtalen at EU-domstolens avgjørelser er relevante for tolkningen av norsk rett. Betydningen av EU- domstolens avgjørelser og bruken av disse i KOFA blir derfor et sentralt tema i den videre framstillingen av oppgaven.

²² Tildeling av offentlige kontrakter; Kristian Dahle Trygstad, første utgave 2006. S. 22

²³ En vesentlig forskjell ligger imidlertid i at det kun opereres med skriftlig prosedyre i KOFA.

²⁴ Tildeling av offentlige kontrakter; Kristian Dahle Trygstad, første utgave 2006. S. 25

2. Definisjon av de aktuelle kontraktstypene

Innenfor anskaffelsesområdet skilles det mellom flere ulike kontraktstyper. Siden oppgavens problemstilling knytter seg til grensen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner, vil det i utgangspunktet kun redegjøres for disse kontraktstypene.

2.1 Tjenesteytelseskontrakter

For at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse, må det foreligge en kontrakt. Ifølge FOA er en kontrakt en gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig, mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører, jf. § 4-1 bokstav a.

Det er altså kun gjensidig bebyrdende avtaler som omfattes av anskaffelsesregelverket. I dette ligger det at begge parter må være forpliktet av avtalen, og at forpliktelsene må være avhengige av hverandre.²⁵ Oppdragsgivers vederlag vil normalt bestå i å betale en sum penger, men det kan også være en annen form for økonomisk motytelse, som for eksempel å gi avkall på noe de ellers ville fått. Av begrepet gjensidig bebyrdende følger det at ensidig tildeling av støtte fra en oppdragsgiver ikke omfattes av kontraktsbegrepet. Slike tildelinger kan imidlertid omfattes av reglene om offentlig støtte. Dersom oppdragsgiver forbeholder seg rett til visse motytelser, noe som er vanlig blant annet ved tildeling av offentlige forsknings- og utviklingskontrakter, kan imidlertid forholdet falle inn under anskaffelsesregelverket. Det avgjørende her vil være om det kan sies å foreligge et forhold som er gjensidig bebyrdende.

2.3 Konsekvens av at en avtale regnes som tjenesteytelseskontrakt

Konsekvensen av at et anbud utlyses som tjenesteytelseskontrakt, medfører at anbudet blir omfattet av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift jf. lov om offentlige anskaffelser § 3. Partene må derfor følge regelverket under anskaffelsesprosessen og KOFA²⁶ har dermed også kompetanse til å vurdere eventuell klager på regelverket.

2.4 Tjenestekonsesjoner

I Forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav e, er en tjenestekonsesjon definert som å være det samme som en tjenestekontrakt, men hvor «vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten, eller en slik rett sammen med betaling».

²⁵ Se EF-domstolen C-107/98 premiss 48

²⁶ Klagenemnd opprettet med medhold § 7a i lov om offentlige anskaffelser.

Tjenestekonsesjonskontrakter unntas fra regelverket i § 1-3 annet ledd bokstav j. Det følger dermed nå klart av regelverket selv at tjenestekonsesjoner er unntatt regelverket. Dette unntaket bygger som nevnt på EØS og KOFA- praksis og vil redegjøres nærmere for under.

Selv om tjenestekonsesjoner faller utenfor de strenge formkravene for offentlige anskaffelser, stilles det likevel visse krav til tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter. Disse kravene er utviklet gjennom EU- og EØS-praksis og bygger på de grunnleggende kravene i EU- og EØS-samarbeidet.

En lignende definisjon finner man om bygge- og anleggskonsesjoner. Disse er definert i FOA § 4-1 bokstav f og regulert i § 24-1. Disse konsesjonene vil ikke bli omtalt i denne oppgaven, men det kan nevnes at de bygger på de samme hensynene som ligger bak unntaket for tjenestekonsesjoner. På grunn av dette kan de dermed ha en viss betydning som tolkningsmomenter for tjenestekonsesjoner.

En tjenestekonsesjon kjennetegnes dermed ved at konsesjonsinnehaveren overtar en rett til å utnytte en tjeneste kommersielt.

2.5 Konsekvens av at en avtale regnes som tjenestekonsesjon

Selv om tjenestekonsesjoner er unntatt fra anskaffelsesregelverket, reguleres de likevel av visse grunnleggende prinsipper. Disse prinsippene er utledet med bakgrunn i EU- og EØS-rettens prinsipper om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer, og de grunnleggende hensynene til likebehandling og ikke-diskriminering.²⁷

Disse alminnelige prinsippene oppstiller på den ene siden et forbud mot "materieell" diskriminering, for eksempel ved at det ikke kan legges vekt på lokal eller nasjonal tilhørighet ved tildelingen. EU-domstolen har på den andre side utledet "prosessuelle" forpliktelser, hva oppdragsgiver aktivt må gjøre, til selve gjennomføringen av anskaffelsen.²⁸ EØS-avtalen artikkel 31, 36 og 40 stiller krav til likebehandling. EU-domstolen har uttalt at kravet til likebehandling også gjelder selv om det ikke foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.²⁹

Innholdet i kravene som EU-domstolen har utledet fra de grunnleggende prinsippene og bestemmelsene om de fire friheter i EØS-avtalen, samsvarer nødvendigvis ikke med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 og forskriftens § 3-1. De grunnleggende EØS-prinsippene som gjelder for tildeling av tjenestekonsesjoner som ikke er omfattet av

²⁷ EØS- avtalen art 1 punkt 2

²⁸ Regjeringens veileder til forskrift om offentlige anskaffelser, punkt 3.2.3, første avsnitt, med videre henvisninger.

²⁹ Veileder punkt 3.2.3, første avsnitt.

direktivet, er mer overordnede og mindre detaljerte, enn de grunnleggende prinsippene som følger av lovens § 5 og forskriftens § 3-1 ved tildeling av tjenstekontrakter. Praksis knyttet til disse bestemmelsene er derfor ikke direkte overførbare og bør benyttes med varsomhet på spørsmål knyttet til tjenstekonsesjoner.³⁰

Ved tildeling av tjenstekonsesjoner gjelder et krav om likebehandling og ikke-diskriminering. For å sikre disse prinsippene er det gjennom EU-domstolen utledet et krav til gjennomsiktighet. Fordi en konsesjonskontrakt kan ha interesse for en virksomhet som ligger i andre EØS-land, kan tildelingen av en slik kontrakt medføre forskjellsbehandling av virksomheter i andre land, hvis tildelingen ikke ivaretar behovet for gjennomsiktighet.³¹ Uten gjennomsiktighet vil virksomheter i andre land ikke ha reell mulighet til å uttrykke sin interesse for å bli tildelt den aktuelle tjenstekonsesjonen. Dette vil kunne utgjøre en indirekte forskjellsbehandling som er i strid med EØS-avtalen.

Gjennomsiktigheten er oppstilt som et krav for å sikre at virksomheter i andre EU- og EØS-stater får mulighet til å innhente opplysninger om konsesjonskontrakter, slik at de eventuelt kan delta i konkurransen om konsesjonstildelingen.

For tjenstekonsesjoner av en viss størrelse har EU-domstolen slått fast at det foreligger en plikt til å offentliggjøre konsesjonen på en slik måte at virksomheter i andre medlemsstater får muligheten til å melde sin interesse. Herunder ligger et krav om tilgang til alle nødvendige opplysninger for konsesjonen. Kravet til gjennomsiktighet krever også at det skal være mulig og "kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske".³² Denne åpenheten skal medføre at det blir reell konkurranse på markedet for tjenstekonsesjoner.

I Parking Brixen- saken³³ uttalte EU domstolen dette om kravet til gjennomsiktighet:

"Det er dog ikke i overensstemmelse med de i artikkel 43 EF og artikkel 49 EF fastsatte krav samt principperne om likebehandling, om forbud mod diskrimination og om gennemsiktighet slet ikke at afholde offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjensteydelseskonsesjon som den i hovedsagen omhandlede."

Videre ble det i en annen sak gjeldene tjenstekonsesjon i Italia uttalt følgende³⁴:

³⁰ Veileder punkt 3.2.3, andre avsnitt, med videre henvisninger.

³¹ Veileder punkt 3.2.3, fjerde avsnitt, med videre henvisninger.

³² Veileder punkt 3.2.3, sjette avsnitt, med videre henvisninger.

³³ Sak C-458/03. Nærmere om denne saken under avsnitt 3.1.3 Hentet fra veileder, punkt 3.2.3, blå utheving

³⁴ Omhandlet tildeling av tjenstekonsesjon for å drive kollektivtrafikken i Bari kommune. Det fremgår ikke noe av dommen om størrelse på kontrakten. C-410/04, premiss 22. Hentet fra veileder, punkt 3.2.3, blå utheving.

”Den totale mangel på afholdelse af offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskoncesjon som den i hovedsagen omhandlede er ikke forenelig med de i artikkel 43 EF og 49 EF fastsatte krav og heller ikke med prinsipene om likebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsikling.”

Som illustrert her er altså ikke tildeling av en konsesjon fritatt for kravene til gjennomsiktighet selv om annen norsk lovgivning ikke krever en offisiell kunngjøring. Kravet til gjennomsiktighet følger av EØS-loven som gjennom EØS-avtalen er inkorporert i norsk lov.

2.6 Legislativ begrunnelse for skillet mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner

Hva er begrunnelsen for at tjenestekonsesjoner er unntatt fra regelverket om offentlige anskaffelser?

Som omtalt over stilles det krav til en tjenestekonsesjon, selv om den ikke er direkte rammet av anskaffelsesregelverket. Dette gjelder også for tjenestekontrakter som ligger under terskelverdiene. Kravet til konkurranse ligger der uavhengig av kontraktstype/terskelverdier. Forskjellen er imidlertid at de strenge detaljkravene i anskaffelsesregelverket ikke gjelder.

Offentlige oppdragsgivere er dermed forpliktet til å foreta en objektiv og uhildet vurdering av de ulike leverandørene uavhengig av kontraktstype/terskelverdier.

I forarbeidene (preambel)³⁵ til forsyningsdirektivet er det uttalt noe om begrunnelsen for unntaket for tjenestekonsesjoner. Selv om forarbeidene ikke anses særlig relevante i EU-sammenheng, kan de si en del om bakgrunnen for vedtagelsen av rettsakten.³⁶

Disse uttalelsene benyttes også i *Telaustria-dommen*.³⁷ Fra forarbeidene³⁸ ble det fremhevet at tjenestekonsesjoner opprinnelig hadde ligget inne i lovforslaget, men at dette hadde blitt fjernet av Rådet³⁹ i løpet av prosessen, på grunn av de store forskjellene som var mellom medlemstatene i den offentlige forvaltningens delegasjonsadgang. Et felles regelverk som også gjaldt for tjenestekonsesjoner, ville etter rådets mening kunne gi en stor ubalanse i liberaliseringen av konsesjonskontrakter.

EU-kommisjonen⁴⁰ hadde i sitt forslag⁴¹ inntatt visse bestemmelser om regulering av konsesjonskontrakter, men Rådet fulgte ikke opp dette forslaget i sin avgjørelse⁴². Dette ble

³⁵ eur-lex.europa.eu søk: Dokument nr. 4444/92 ADD 1 av 25.2.1992

³⁶ Universitetsbiblioteket UIB, Forarbeidene. <http://www.ub.uib.no/avdeling/jur/arkiv/eueos.htm#forarbeidene>

³⁷ Sak C-324/98 Premiss 48-50. Mer om denne under punkt 3.1.1

³⁸ jf. punkt 6 i dokument nr. 4444/92 ADD 1 av 25.2.1992 med overskriften «Rådets begrunnelse».

³⁹ Er sammen med Europaparlamentet, EUs lovgivende organ.

⁴⁰ EUs utøvende organ, og foreslår mange av de direktiv som senere blir vedtatt av Rådet og Parlamentet.

begrunnet med at det kun forelå regler om konsesjonskontrakter i offentlige tjenesteytelser i et medlemsland på tidspunktet, og mangelen på en inngående undersøkelse av de ulike tjenestekonsesjonene, som ble tildelt i de ulike medlemslandene, måtte medføre at det ikke var anledning til å fastsette regler for denne typen kontrakter.

Disse synspunktene relaterte seg ikke direkte til forsyningsdirektivet, men til en endringsuttalelse knyttet til direktiv 90/531⁴³. I Telaustria-dommen premiss 51 ble det imidlertid konstatert at alle henvisninger til tjenestekonsesjoner var utelatt fra det endelige endringsforslaget, og at dette endringsforslaget senere førte til vedtagelsen av direktiv 93/38 (forsyningsdirektivet). Siden endringsforslaget fikk direkte innvirkning på vedtagelsen av forsyningsdirektivet kan det være relevant, som en forklaring på hvorfor EU valgte å ikke ta med tjenestekonsesjoner i anskaffelsesregelverket.

At tjenestekonsesjoner er en mindre og mer oversiktlig gruppe gjør kanskje at disse ikke trenger like streng regulering som andre tjenestekontrakter har gjennom regelverket. Risikoen for misbruk av konsesjoner er også liten ved at de generelle rettslige kravene til likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet stilles.

3. Gjennomgang og analyse av utvalgt praksis fra EU-domstolen og KOFA.

Framstillingen vil prøve å finne frem til gjeldende rettsregel på området. Dette vil gjøres med bakgrunn i en analyse og sammenstilling av relevant retts- og nemndspraksis på området, og der det vil forsøkes å sies noe om hvor den konkrete grensen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner går.

Det vil i det følgende redegjøres for ulik praksis fra EU- domstolen og klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Det eksisterer en rekke avgjørelser knyttet til tjenestekonsesjoner, og denne framstillingen vil forsøksvis gi en henvisning og analyse av de mest relevante avgjørelsene knyttet til oppgavens problemstilling.

3.1 EU-Domstolen

- **3.1.1 Telaustria (C- 324/98)**

Telaustria Verlags GesmbH (heretter Telaustria) mot Telekom Austria AG (heretter Telekom Austria). Saken hadde sitt opphav i Østerrike og gjaldt en kontrakt, mellom en offentlig telekommunikasjonsvirksomhet (Telaustria) og et privat selskap (Telekom Austria), om framstilling og utgivelse av trykte og elektroniske telefonkataloger. Telekom Austria skulle

⁴¹ EFT C 264, s. 22

⁴² Punkt 10 i dokument nr. 5250/90 ADD 1 av 22. mars 1990

⁴³ Direktiv om vann- og energiforsyning samt transport og telekommunikasjon

ikke motta noen direkte betaling for sine ytelser, men skulle ha anledning til å utnytte sine egne ytelser forretningsmessig. EF-domstolen fastslo at selv om en slik avtale i prinsippet var omfattet av direktivet om allmenntjenlige tjenester, var den på fellesskapsrettens nåværende utviklingstrinn utelukket fra anvendelsesområdet for direktivet. Domstolen konkluderte derfor med at denne kontrakten falt utenfor direktivet⁴⁴.

Det uklare i saken var at det i direktivet om tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, som hadde store likheter med det da gjeldende forsynings- og tjenstedirektivet, uttrykkelig gikk frem at direktivet også finner anvendelse på konsesjonskontrakter (dvs. kontrakter der vederlaget helt eller delvis består i retten til å utnytte bygge- eller anleggsarbeidet)⁴⁵

Derimot inneholdt verken forsyningsdirektivet eller tjenstedirektivet en slik bestemmelse. Spørsmålet ble derfor om reglene i forsyningsdirektivet hadde anvendelse på konsesjonskontrakter.

Gjennom en tolkning av direktivets forarbeider⁴⁶ kommisjonens forslag til ny lovgivning⁴⁷ og definisjonen av begrepet «offentlig tjensteydelsesaftale»⁴⁸ kom domstolen frem til at kontrakten ikke var omfattet av direktivet. I vurderingen ble det spurt om det kunne utledes at bestemte kategorier av kontrakter, som ordregivere inngikk med virksomheter som leverer tjensteytelser, måtte anses som utelukket fra direktivets anvendelsesområde.

Det ble i premiss 58 siste avsnitt uttalt følgende:

«Selv om en sådan aftale er omfattet af direktiv 93/38, er den på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, navnlig fordi den modydelse, som den førstnævnte virksomhed leverer til den anden, består i, at sidstnævnte virksomhed med henblik på at opnå betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse.»

Denne formuleringen har fått gjennomslag både i det europeiske og norske anskaffelsesregelverket, og er nå lovfestet i Norge gjennom forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav e: kontrakt som gjelder tjenester, men der «vederlaget for

⁴⁴ 93/38 (Forsyningsdirektivet).

⁴⁵ Artikkel 1 litra d i direktiv 93/37 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, EFT 1993 L 199 s. 54.

⁴⁶ 93/38 – Forsyningsdirektivet.

⁴⁷ KOM(90) 372, EFT C 23 av 31.1.1991

⁴⁸ Artikkel 1, litra a), i direktiv 92/50/EØF,

tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling».

Domstolen begrunnet resultatet hovedsakelig med at det fremgikk av forarbeiderne at det hadde vært Rådets hensikt å utelukke konsesjonskontrakter fra direktivets anvendelsesområde. Domstolen fremhevet deretter at det forhold at direktivene ikke finner anvendelse, ikke fritar offentlige oppdragsgivere for plikten til å respektere EF-traktatens grunnleggende regler, i særdeleshet forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet (som beskrevet over).

Det synes som om domstolen la avgjørende vekt på at det i forarbeidene til direktivet gikk klart frem at Rådet ikke ønsket at konsesjonskontrakter skulle være omfattet av direktivet, og at dette hensynet måtte tillegges større vekt enn likheten med bygg- og anleggsdirektivet.

EF-domstolen kom til at kontrakten ikke var omfattet av regelverket. Dette var den første saken hvor sontringen mellom ordinære tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner ble tatt. Dette, sammen med domstolens avgjørelse i Deutsche Bibliothek-saken (mer om denne under), fikk virkning for alle lignende kontrakter, som blir definert som tjenestekonsesjoner. Bortsett fra defineringen av tjenestekonsesjoner, uttalte imidlertid ikke domstolen seg noe nærmere om hvor grensen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner gikk.

- **3.1.2 Deutsche Bibliothek (C- 358/00)**

Buchhändler-Vereinigung GmbH (Heretter GmbH) mot Saur Verlag GmbH & Co. KG, Die Deutsche Bibliothek (heretter Deutsche Bibliothek). Saken gjaldt fortolkningen av artikkel 1 og 8 i tjenstedirektivet⁴⁹ angående samordningen av fremgangsmåtene ved inngåelsen av offentlige tjenesteytelsesavtaler. I saken var det inngått en konsesjonskontrakt mellom GmbH og Deutsche Bibliothek om massedistribuering og spredning av den tyske nasjonalbiografien i trykt form og på CD.

Spørsmålet i saken var om tjenestekonsesjoner som denne lå innenfor direktivets rammer.

Avgjørelsen fulgte i all hovedsak opp tolkningen som ble lagt til grunn i Telaustria-dommen, og domstolen ga Telaustria nærmest direkte anvendelse for avgjørelsen:

«Selv om Telaustria og Telefonadress-dommen angik en kontrakt, hvis genstand var tjenesteydelser, der henhørte under en af de særlige tjenesteydelsessektorer i direktiv 93/38, kan det klart udledes af dommen, at koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser ikke blot falder uden for anvendelsesområdet for dette direktiv, men at

⁴⁹ Rådets direktiv 92/50/EØF

dette likeledes gælder anvendelsesområdet for direktiv 92/50, der finder anvendelse på tjenesteydelser i almindelighed.»⁵⁰

Det avgjørende synes å være at Telaustrias tolkning også måtte få anvendelse på denne avgjørelsen, ettersom de to aktuelle direktivene hadde likelydende formulering i forarbeidene.

Det ble dermed fastslått at tjenestekonsesjoner falt utenfor tjenstedirektivet i likhet med forsyningsdirektivet.

- **3.1.3 Parking Brixen GmbH (C-458/03)**

Parking Brixen GmbH (heretter «Parking Brixen») mot Gemeinde Brixen (Brixen kommune) og selskapet Stadtwerke Brixen.

Saken⁵¹ gjaldt en italiensk kommune (Brixen) som hadde tildelt en tjenestekonsesjon til et selskap (Parking Brixen) for å drifte en parkeringsplass i ni år. Parkeringsplassen utgjorde et areal på ca. 5000 kvm og hadde plass til ca. 200 biler. Selskapet skulle også låne ut gratis sykler, tillate organiseringen av et ukentlig marked på plassen og overta ansvaret for de ansatte som arbeidet der. I tillegg skulle selskapet betale et årlig beløp til kommunen på 151 700 euro. Mot dette skulle selskapet få innkreve parkeringsavgifter og beholde disse.

Domstolen begynte med en vurdering av direktivets anvendelsesområde. Spørsmålet var om avtalen var en «offentlig tjenesteydelsesaftale» som omtalt i tjenstedirektivet, eller om det var en «offentlig tjenesteydelseskonsesjon», som dermed ville falle utenfor direktivets anvendelsesområde.

En «offentlig tjenesteydelsesaftale» var i direktivet⁵² definert som en «gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed». Domstolen la til grunn av denne definisjonen at en «offentlig tjenesteydelsesaftale» i direktivets forstand måtte innebære en «modydelse, der betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen».⁵³

I denne saken skulle derimot selskapet motta betaling gjennom parkeringsavgiften fra kundene som benyttet seg av parkeringsplassen. Selskapet mottok dermed ikke motytelsen

⁵⁰ Domspremiss nr. 28

⁵¹ Saken omhandlet to rettslige spørsmål, 1: om det forelå en tjenestekonsesjon. 2: om vilkårene for egenregi var oppfylt. Det er kun spørsmålet knyttet til tjenestekonsesjon som er relevant for denne oppgaven.

⁵² Direktiv 92/50, artikkel 1, litra a

⁵³ Domspremiss nr. 39

«direkte af den ordregivende myndighed» men derimot fra en tredjepart for «brugen af den omhandlede parkeringsplads».

Denne betalingsmåten måtte ifølge domstolen føre til at selskapet påtok seg risikoen for driften av de aktuelle tjenestene knyttet til driften av plassen, og dette var «kendetegnende for en offentlig tjenesteydelseskonsesjon».⁵⁴

Etter ordlyden i direktivets artikkel 1, stk. 4⁵⁵ måtte en «konnensionskontrakt om tjenesteydelser» defineres som en kontrakt med «samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.»⁵⁶

Domstolen fremhevet her at risikoen for driften, var noe som kjennetegnet en tjenestekonsesjon, og det er retten til utøvelsen av tjenesten som skal danne grunnlaget for betalingen. Mottakerne av ytelsen(selskapet) skulle betale et vederlag for tjenesten til konsesjonsinnehaveren(kommunen). Dette i motsetning til en kontrakt etter regelverket, som innebærer en motytelse som betales direkte fra oppdragsgiver til leverandøren.

Det avgjørende her var altså at selskapet hadde overtatt den økonomiske risikoen gjennom retten til å drive parkeringsplassen. Ettersom selskapet, uavhengig av inntektene fra parkeringsavgiften, hadde forpliktet seg til å bære de omtalte utgiftene, satt de ifølge domstolen på den økonomiske risikoen. At de skulle motta betaling fra en uavhengig tredjepart, og at inntektene ikke var 100 % sikre, synes å være avgjørende for at det ble konkludert med at det forelå en tjenestekonsesjon.

Kommunen hadde overført en rettighet til parkeringsselskapet, som dermed også hadde overtatt den økonomiske risikoen i avtalen.

At tjenestekonsesjoner lå utenfor direktivets anvendelsesområde gikk ifølge domstolen så klart fram av Deutsche Bibliothek saken⁵⁷ at dette ikke ble problematisert ytterligere.

Domstolen la til grunn at avtalen måtte anses som en tjenestekonsesjon, og den var dermed ikke omfattet av anskaffelsesregelverket.

⁵⁴ Domspremiss nr. 40

⁵⁵ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter (EUT L 134, s. 114). Dette direktivet var på tidspunktet for saken ennå ikke iverksatt, men domstolen tillot det likevel vekt i vurderingen.

⁵⁶ Domspremiss nr. 41

⁵⁷ Sak C-358/00, premiss 28, med videre henvisning til Telaustria.

Denne saken er, sammen med de andre omtalte sakene, i KOFA⁵⁸ brukt som en rettesnor for tolkningen av de norske rettsreglene på området. Nemnda har blant annet uttalt at de ikke kan komme frem til en annen løsning på spørsmålet enn det som er lagt til grunn av EU-domstolen⁵⁹, og viser i praksis at norsk rett er forsiktig med å tolke avgjørelser annerledes enn den europeiske retten. I tråd med homogenitetsprinsippet tillegges derfor EU-domstolens avgjørelser stor vekt ikke bare i norske domstoler, men også i KOFA.

- **3.1.4 Gotha (C-206/08)**

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (Heretter WAZV Gotha) mot Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft (Heretter Eurawasser).

Tvisten gjaldt tildeling av drikkevannsforsyning og kloakkhåndtering for et område i Tyskland. Tildelingen var utlyst som en tjenstekonsesjonskontrakt, og avgjørelsen tok opp spørsmålet om fortolkningen av begrepet «koncessionskontrakt om tjensteydelser»jf. artikkel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17/EF av 31. mars 2004⁶⁰.

I saken var det drikkevannsforsyningen og kloakkhåndteringen i et byområde i Tyskland som skulle konkurransesutsettes. Dette er en typisk offentligrettslig tjeneste, og faller utenfor det som er ansett som kjerneområdet for tjenstekonsesjoner. Dette var også en del av anførselen til Eurawasser. De anførte at det ikke eksisterte en økonomisk risiko fordi de hadde få påvirkningsmuligheter på det økonomiske resultatet. Det var knyttet en rekke offentlige regler og bestemmelser til driften av tjenesten, blant annet skulle betalingen for tjenesten betalingen innkreves gjennom en avgift fra brukerne, og denne avgiften skulle fastsettes av kommunen. Dette måtte ifølge Eurawasser medføre at det ikke forelå en tjenstekonsesjon etter direktivet.

EU-domstolen kom imidlertid frem til det motsatte resultat, og uttalte at en forutsetning for at det skulle foreligge en tjenstekonsesjon var at «medkontrahenten påtager sig hele eller i det mindste en væsentlig del af den driftsrisiko, som den ordregivende myndighed løber, også selv om denne risiko fra begyndelsen er meget begrænset på grund af tjensteydelsens offentligretlige udformning».⁶¹

⁵⁸ Blant annet KOFA sak 2005/24 henviser til denne, selv om denne ikke var avgjort på tidspunktet for avgjørelsen.

⁵⁹ Sak 2005/24. Domspremiss nr. 33.

⁶⁰ Er dette som nå er gjeldende direktiv på området. Bygger imidlertid på forsynings- og tjenstedirektivene som er omtalt i Telaustria og Deutsche Bibliothek, og har i praksis ikke betydning for spørsmålet knyttet til tjenstekonsesjoner.

⁶¹ Domspremiss nr. 80

Hvor stor den økonomiske risikoen faktisk var for Eurawasser var derfor ikke av betydning for om avtalen skulle anses som en tjenestekonsesjon, men det sentrale var om hele eller vesentlige deler av denne økonomiske risikoen var overført fra WAZV Gotha til Eurawasser.

Domstolen begrunnet avgjørelsen med at det måtte være mulig for ordregivende myndigheter å benytte tjenestekonsesjoner dersom dette ble vurdert som den «bedste måte at sikre den pågældende offentlige tjenesteydelse på, og dette gælder, selv om driftsrisikoen er meget begrenset».⁶²

I tillegg ble det uttalt det ville framstå urimelig hvis en «koncessionsgivende offentlig myndighed skal skabe konkurrencevilkår og vilkår for den økonomiske risiko, som er højere end dem som på grund af de bestemmelser, som finder anvendelse i den pågældende sektor, findes i sidstnævnte».⁶³

Domstolen begrunnet avgjørelsen her til dels med reelle hensyn, ved at det ville framstå urimelig om et offentlig organ skulle være tvunget til øke den økonomiske risikoen ved en tjeneste, for å kunne ha anledning til å konkurransesutsette den.

Avgjørelsen viser at også typiske offentligrettslige tjenester kan utlyses som tjenestekonsesjoner. Avgjørelsen kan tyde på at domstolen utvidet området for tjenestekonsesjoner til også å omfatte typiske offentligrettslige tjenester, og at offentlige oppdragsgivere står fritt til å velge denne kontraktsformen dersom de vurderer det slik at det er den beste måten å sikre den angjeldende ytelsen på. Forutsetningen her som i de andre avgjørelsene er imidlertid at hele eller vesentlige deler av ansvaret og den økonomiske risikoen overføres fra oppdragsgiver til oppdragsinnehaver.

3.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

- **3.2.1 KOFA 2003/149 Østfold kollektivtrafikk vs. Norgesbuss Østfold AS**

Norgesbuss Østfold AS(klager) mot Østfold kollektivtrafikk(Innklaget). Saken omhandlet anbudsutsetting av kollektivtransport i Østfold. Kontrakten ble i utlysningen beskrevet som en tjenestekonsesjon som ikke var omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. Klager bestred at dette var tilfelle og anførte at leverandørene ikke hadde en vesentlig risiko forbundet med gjennomføringen av kontrakten, og at den dermed var omfattet av regelverket. Klagenemnda kom frem til at det ikke var en tjenestekonsesjon og at regelverket for offentlige anskaffelser dermed kom til anvendelse.

Fra faktum fremgår det at ØKT var opprettet som et fylkeskommunalt foretak som skulle organisere transportvirksomheten i fylket ved å kjøpe inn tjenester ved anbud. I tillegg skulle

⁶² Domspremiss nr. 74

⁶³ Domspremiss nr. 75

foretaket stå for en vesentlig del av driften. Den foretrukne leverandøren skulle utføre tjenesten til en fastsatt pris (det lå i tillegg inne en bonusordning i anbudet), samt ha ansvar for trafikk- og driftsledelse og billettsalg. Her trakk nemnda fram at saken skilte seg fra tidligere omtalte Torghatten-dommen, ettersom den fulgte anbudsregler om konsesjonstildeling som var fastsatt i samferdselsloven.

Nemnda fulgte i sin avgjørelse opp momentene fra Telaustria- og Deutsche Bibliothek-dommene, og uttalte at tjenestekonsesjoner på det norske området i likhet med EU-området måtte falle utenfor anskaffelsesregelverket.

«Nemnda forstår den foreliggende praksis dit hen at dersom det i tillegg til konsesjonstildeling er tale om et kontraktsbasert kjøp av tjenester fra privat sektor som anskaffelsesmyndigheten selv organiserer og bærer kommersiell risiko for, handler det om et tjenestekjøp og anbudsdirektivene vil gjelde».⁶⁴

Nemnda fremhevet at dersom oppdragsgiver sitter på den kommersielle risikoen vil det være snakk om et tjenestekjøp og ikke en tjenestekonsesjon.

I den konkrete vurderingen av forholdet vektla nemnda at bare 10 % av billettinntektene skulle tilfalle leverandøren, og at forholdet snarere måtte beskrives som en samarbeidsavtale enn en rettighetsoverdragelse fra oppdragsgiver til oppdragsinnehaver.

Nemnda synes i avgjørelsen å ha lagt vesentlig vekt på at selskapet kun hadde mulighet til å påvirke 10 % av billettinntektene, og at klager derfor hadde for lite påvirkningsmulighet på inntektene, til at de kunne ha overtatt den økonomiske risikoen.

Anbudet var derfor ikke en tjenestekonsesjon, og var dermed omfattet av anskaffelsesregelverket.

Dette var første sak hvor spørsmålet om tjenestekonsesjon vs. tjenestekontrakt var oppe i KOFA. De uttalte seg ikke konkret om hva som var avgjørende for at den økonomiske risikoen ikke var overført, men synes klart at nemnda mente at avtalen var en samarbeidsavtale, og ikke en overførsel av rettighet. Selv om avgjørelsen er konkret begrunnet, er den interessant fordi den viser skillet til Torghatten-dommen og så klart viser hvordan nemnda legger relevansen og vekten til EU-domstolen.

- **3.2.2 KOFA's sak nr. 2003/250 Parajett AS vs. DSB**

Parajett AS (klager) mot Direktoratet for sikkerhet og samfunnsberedskap (innklaget). Spørsmålet i saken var om fremstilling, trykking og distribusjon av regelverket ADR/RID 2005 var omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. Klagenemnda konkluderte med at

⁶⁴ Klagenemndas vurdering, punkt 2, avsnitt 6.

dette var en tjenestekonsesjon, og at den dermed ikke var omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser.

ADR/RID er et regelverk om transport av farlig gods på vei og jernbane. Det er en forskrift som gjennomfører et EU- direktiv, og består derfor av et omfattende materiale.

Direktoratet ønsket å utgi en trykt fremstilling av regelverket, og kontaktet derfor flere ulike leverandører. Tre leverandører inga tilbud. I et brev datert 24. oktober 2003 fikk Parajett meddelt at firmaet ikke ville få kontrakten. På forespørsel fikk klager opplyst at Capella Media ville få kontrakten, med den begrunnelse at firmaet lå i nærheten av innklagede og at innklagede hadde vært fornøyd med leveranser derfra tidligere. Dette selv om klagers tilbud var vesentlig billigere enn tilbudet fra Capella Media.⁶⁵

Parajett anførte at unntaket for tjenestekonsesjoner ikke kunne komme til anvendelse ettersom oppdraget for det første ikke var en tjeneste, men fremstilling og produksjon av materiale. For det andre kunne ikke oppdraget forstås som en overførsel av en rettighet ettersom det måtte anses som en samarbeidsavtale der innklagede eide innholdet og selve oppslagsverket, mens leverandører skulle stille sin kompetanse og produksjonskapasitet disponibel for å gjøre produktet tilgjengelig for brukerne. Parajett henviste her til klagenemdas avgjørelse i sak 2003/149 som støtte for dette argumentet⁶⁶.

Direktoratet bestred dette med at forholdet ikke var en anskaffelse ettersom de ikke skulle betale noen penger til produsenten, og at det var produsenten som hadde ansvar for den kommersielle delen av forholdet og dermed satt med den økonomiske risikoen. De hevdet også at produsenten ikke hadde fått en enerett ettersom materialet lå fritt tilgjengelig på direktoratet nettside, og at alle dermed kunne laste det ned, trykke det og utgi det.

KOFA med støtte i EU-domstolen⁶⁷ definerte en tjenestekonsesjon slik: «En tjenestekonsesjon defineres som en kontrakt der leverandøren får betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt, jf. også definisjonen av bygg- og anleggskonsesjoner i forskriften § 1-4 bokstav g)»⁶⁸.

Det sentrale spørsmålet i saken etter nemdas mening var om «forholdet mellom innklagede og produsenten av heftet og CD-platen med regelverket ADR/RID kommer inn under regelverket for offentlige anskaffelser».

⁶⁵ Ca. 50 kr billigere per stk.

⁶⁶ ØKT-dommen hvor nemnda konkluderte med at det forelå en samarbeidsavtale.

⁶⁷ Telaustria, Deutsche bank

⁶⁸ Denne definisjonen er senere blitt lovfestet gjennom forskrift for offentlige anskaffelser § 4-1, bokstav j.

Nemnda konkluderte med at det forelå en enerett ettersom det kun var denne aktuelle utgaven som ble utgitt med «innklagedes medvirkning» og kunne oppfattes som «den offisielle utgaven». Nemnda konkluderte med at dette måtte oppfattes som en overførsel av en rettighet, og direktoratets anførsel om at det ikke forelå en enerett ble derfor avvist.

«Ettersom innklagede ikke selv skal ha varene, er kontrakten mellom innklagede og produsenten en tjenestekontrakt, jf. forskriften § 1-4 bokstav d)⁶⁹. Forholdet gjelder produksjon av en vare, men ytelsen til innklagede er selve produksjonen og distribusjonen. Produsenten på sin side får betaling gjennom å kunne utnytte sitt eget produkt kommersielt».⁷⁰

Fra faktum fremgår det at partene skulle samarbeide om fremstillingen av materialet. Leverandøren skulle dekke sine egne kostnader og få inntjening gjennom å selge produktet direkte til brukerne. Direktoratet skulle ikke betale noe for produksjonen, foruten sine egne utgifter, og mottok heller ingen inntekter fra salget. Direktoratet satt altså selv ikke med noen inntjening på produktet, og det forelå derfor heller ikke noen økonomisk risiko for dem, f.eks. ved at brukerne ikke ønsket å kjøpe produktet. Dette var i sin helhet overtatt av leverandøren. Selv om de ikke skulle motta noen betaling fra direktoratet, fikk de gjennom eneretten en mulighet til å tjene penger på produksjonen. Dette taler også for at de har overtatt den økonomiske risikoen. Produktet eksisterte allerede, og var ingen inntjeningskilde for direktoratet. Det avgjørende her var at leverandørene selv skulle ha fullt inntjeningsansvar.

KOFA synes her å legge avgjørende vekt på at leverandøren selv hadde mulighet til å påvirke det økonomiske resultatet for tjenesten.

Gjennom denne avgjørelsen, og den tidligere nevnte ØKT-avgjørelsen, ble forholdet mellom tjenesteytelseskontrakter og tjenestekonsesjoner klarlagt i KOFA, og definisjonen for tjenestekonsesjoner fikk gjennomslag. Denne utledet KOFA med støtte i definisjonen av bygg- og anleggskonsesjoner⁷¹, og ga denne likelydende vekt på alle områder for offentlige anskaffelser. Denne tolkningen fantes det etter KOFAs mening støtte for i EU-retten. I tillegg til dette uttalte KOFA tydelig at de fulgte opp EU-domstolens avgjørelser, antakeligvis med sikte på å homogenisere den norske retten med den europeiske retten på området.

- **3.2.3 KOFA 2005/24 Parkeringssselskapet AS vs. Sykehuset i Vestfold HF**

Parkeringssselskapet AS(klager) mot Sykehuset i Vestfold HF (innklagede). Saken omhandlet en anbudskonkurranse angående drift av innvendig og utvendig parkeringsareal ved

⁶⁹ Denne definisjonen som senere ble lovfestet i forskrift om offentlige anskaffelser

⁷⁰ Klagenemndas vurdering, avsnitt 4.

⁷¹ Bygg og anleggsforskriften § 1-4 bokstav g)

Sykehuset i Vestfold. Det ble anført at den aktuelle kontrakten var en tjenstekonsesjon, og dermed ikke omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. Nemnda kom «under tvil» frem til at kontrakten måtte anses som en tjenstekonsesjonskontrakt.

Avgjørelsen er for det første interessant fordi nemnda kommer med noen oppfølgende uttalelser⁷² vedrørende sin egen kompetanse:

«Klagenemnda kom i sak 2003/250 til at tjenstekonsesjonskontrakter ikke er omfattet av lov om offentlige anskaffelser. Denne begrensningen i klagenemndas kompetanse må gjelde selv om en oppdragsgiver på avtalerettslig grunnlag har forpliktet seg til å følge regelverket».⁷³

Med denne uttalelsen stenger KOFA for muligheten for å behandle saker som ligger utenfor deres kompetanseområde, selv om partene seg i mellom har avtalt å benytte regelverket og nemnda ved eventuelle uenigheter.

Videre følger nemnda opp en del av momentene som ble vektlagt i sak nr. 2003/250, blant annet knyttet til definisjonen av tjenstekonsesjoner. Her kan det fremheves at nemnda ikke fant det nødvendig med en bestemt henvisning knyttet til definisjonen, men fastslo denne som en etablert rettsregel⁷⁴. Definisjonen var på dette tidspunkt ennå ikke lovfestet i forskriften.

Det ble også fastslått at betalingsstrømmen ikke hadde avgjørende betydning for om det forelå en tjenstekonsesjon. Nemnda uttalte; «Det forhold at betalingsstrømmen går fra tredjemenn til den private aktøren i stedet for via den offentlige oppdragsgiver, er ikke alene tilstrekkelig til å gjøre tjenstekontrakten til en tjenstekonsesjon. Ved kun å se på betalingsstrømmen, uten å se hen til om leverandøren også påtar seg ansvar og risiko for driften, vil det lett kunne åpnes for omgåelser av regelverket.»⁷⁵

Disse uttalelsene viser at det ikke er nok at betalingsstrømmen ikke går via den offentlige oppdragsgiveren for at det skal foreligge en tjenstekonsesjon. Eksempelvis situasjoner der oppdragsinnehaver mottar sitt vederlag fra en tredjepart, og ikke direkte fra oppdragsgiver.

⁷² Utover den kompetansebegrensning som ble avsagt i 2003/250, og som nå er lovfestet i forskrift om offentlig anskaffelser § 1-3 bokstav j

⁷³ Premiss nr. 22

⁷⁴ Premiss nr. 24.

⁷⁵ Premiss nr. 25

Det avgjørende blir altså etter tidligere praksis⁷⁶ om leverandøren har påtatt seg «ansvar og risiko» for driften.

«For at en kontraktstildeling skal kunne karakteriseres som en tjenestekonsesjon, må således ansvaret og økonomisk risiko for driften av tjenesten overføres fra den offentlige oppdragsgiver til den private aktøren. Når dette er oppfylt, kan leverandøren anses å få betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt.»⁷⁷

Her knytter nemnda forholdet opp til den økonomiske risikoen, men også til hvilket ansvar leverandøren skal ha for parkeringsplassen. I den konkrete vurderingen vektlegger nemnda at parkeringsselskapet påtar seg en «kommersiell risiko for at inntjeningen gir et tilstrekkelig stort utbytte», ved at de får godtgjøring gjennom en prosentsats av de inntjente billett- og kontrollavgiftene.

I tillegg nevnes «ansvaret for den operative delen av parkeringstjenestene» gjennom at tjenesteyteren skal ha ansvaret «oppsetting, drift og vedlikehold av billettautomater og nødvendig skilt, kontroll, tømning av billettautomater, sikkerhets- og dokumentasjonsrutiner samt salg, administrasjon og oppfølging av kontraktsparkerende»⁷⁸.

Gjennom dette har tjenesteyteren etter nemndas mening påtatt seg økonomisk risiko og ansvaret for driften av avgiftsparkeringen.

- **3.2.4 KOFA 2005/304 Bergen-Nordhordland rutelag vs. Hordaland fylkeskommune**

BNR(klager) mot Hordaland fylkeskommune(innklaget). Saken omhandlet utlysning av anbud knyttet til hurtigbåtdrift. Spørsmålet i saken var om anbudet skulle anses som en tjenestekontrakt eller en tjenestekonsesjon. Dette knyttet seg til den «økonomiske risikoen», og hvor stor del av den som måtte overføres for at det skulle foreligge en tjenestekonsesjon.

BNR anførte som grunnlag for klagen, for det første at det faktum at operatøren uansett ville motta et fast årlig vederlag, uavhengig av billettinntektene, måtte tilsa at den økonomiske risikoen falt på den innklagede.

I tillegg fulgte det av konkurransegrunnlaget at billetteringen og rutetidene skulle følge oppdragsgivers takstregulativ/retningslinjer. Dette avgrenset ifølge klager inntekspotensialet for rutene så mye, at det ville være årlige vederlaget som ville være

⁷⁶ KOFA sak nr. 2003/149 og 2003/250

⁷⁷ Premiss nr. 27

⁷⁸ Premiss nr. 30

hovedinntektskilden, og at operatørens mulighet til å påvirke inntektene ville ha mindre betydning.

Innklagede bestred at anskaffelsen var tjenestekontrakt, og anførte derfor at anskaffelsen falt utenfor regelverket om offentlige anskaffelser. Dette fremgikk ifølge fylkeskommunen av konkurransegrunnlaget. I tillegg gikk det klart fram av konkurransegrunnlaget at anbudet var et totalanbud etter nettoprinsippet.

Nemnda formulerte derfor problemstillingen i saken som et spørsmål om tilbyderne hadde «tilstrekkelig økonomisk risiko for drift av tjenesten til at det er naturlig å karakterisere forholdet som en tjenestekontrakt etter anskaffelsesregelverket.»

Fra konkurransegrunnlaget gikk det klart fram at leverandørene skulle stå for driften av snøggåtene og motta 100 % av billettinntektene. Dette i seg selv talte for at det var leverandørene som satt med den økonomiske risikoen for driften.

Imidlertid var det klart på bakgrunn av de innleverte tilbudene at det årlige vederlaget, som skulle settes lik differansen mellom leverandørens kostnader og forventede billettinntekter, ville dekke inn en stor del av leverandørens totale kostnader.⁷⁹

Dette medførte ifølge klager at det ikke forelå noen reell økonomisk risiko, ettersom man uansett ville få dekket inn store deler av kostnadene. I tillegg forelå det heller ikke noen handlefrihet til å påvirke inntekspotensialet, ettersom leverandørene ble pålagt å følge innklagedes takstregulativ, og i utgangspunktet var pålagt å følge innklagedes rutetider.

Nemnda foretok derfor en konkret vurdering av den økonomiske risikoen, med henblikk på leverandørens muligheter for å påvirke kostnads- og inntektsmulighetene. Ifølge nemnda var risikoen to-delt. Leverandørene satt for det første med risikoen for at beregningsgrunnlaget var korrekt, siden det årlige vederlaget ble fastsatt på bakgrunn av dette. Dersom de hadde feilberegnet forholdet mellom kostnader og forventede inntekter var det leverandørene, og ikke innklagede, som måtte ta den økonomiske risikoen for dette.

For det andre satt leverandørene med risikoen for den faktiske driften av rutene, slik at de gjennom effektiv drift, markedsføring og andre tiltak hadde mulighet til å påvirke både inntekter og utgifter. Dermed hadde de ifølge nemnda også en oppfordring til å drive så «rasjonelt som mulig» for å maksimere lønnsomheten.

Det kan her spørres om nemnda hadde kommet fram til en annen konklusjon dersom bare et av disse risikomomentene var tilstede. Svaret her er nok nei, ettersom mye tyder på at nemnda kumulerte disse to risikofaktorene, og at det dermed samlet forelå en «ikke ubetydelig risiko».

⁷⁹ Varierte mellom 80-45 % avhengig av de forskjellige rutene/anbudene.

«I denne saken er det antatt at vederlaget ikke vil kompensere for mellom 20 % og 55 % av de totale kostnader som medgår til driften av de forskjellige rutene. Nemnda finner da at den risikoen som leverandørene har påtatt seg ikke er ubetydelig.»⁸⁰

Ordlyden viser at spørsmålet om hvor stor grad av den økonomiske risikoen som er overført kom på spissen. Nemnda formulerte dette som et spørsmål om reell og ikke ubetydelig risiko. Gjennom den konkrete drøftelsen fastslår nemnda at opptil 20 % av det totale inntjeningspotensialet kan anses som en «ikke ubetydelig» del av den økonomiske risikoen.

Mulighetene for at leverandørene kunne gå med tap på rutene, selv om så mye som 80 % kunne bli dekket inn av det årlige vederlaget, synes å være avgjørende for nemndas vurdering.

På dette tidspunktet fulgte tildeling av ruteløyve regler fastsatt med hjemmel i yrkestransportloven, og nemnda måtte derfor anvende rettsreglene knyttet til den økonomiske risikoen analogisk.

Støtte for denne tolkningen av yrkestransportloven fant nemnda i ordlyden i forskriften⁸¹, samt i veilederen til 2006-forskriften⁸² der det fastslås at «konsesjonshaveren må ha en risiko for å sikre inntjening, etablering og drift, samt at risikoen må være reell».

Nemnda tolker denne forskriften analogisk, fordi det etter deres mening var «rettsteknisk ønskelig å håndheve en klar hovedregel»⁸³

Sannsynligvis er denne dommen tett opptil grensen for hva som kan defineres som en tjenestekonsesjon ettersom nemnda er i tvil om konklusjonen.

- **3.2.5 KOFA 2009/119 SB Skog AS vs. Våler kommune**

SB Skog AS(klager) mot Våler kommune(innklaget). Saken omhandlet klage på ulovlig direkte anskaffelse fra Våler kommune angående drift av Våler kommuneskoger. Selv om det ikke ble anført av noen parter at anskaffelsen måtte anses som en tjenestekonsesjon, gikk likevel nemnda inn og vurderte dette. Anskaffelsen ble av nemnda ansett som en tjenestekonsesjon, og anså seg derfor ikke kompetent til å prøve saken.

⁸⁰ Premiss nr. 29.

⁸¹ Forskrift om off.anskaffelser 2006-04-07-402 § 1-3 bokstav j. Denne definisjonen er lik definisjonen i Dir 2004/18 Art 17, som «fastslår at inntektene må komme enten utelukkende fra utnyttelse av tjenesten, eller fra utnyttelse sammen med betaling.»

⁸² Pkt 3.2.2

⁸³ Premiss nr. 32

SB skog skulle motta et vederlag for deler av produksjonen fra kommunen. Dette vederlaget kunne tale for at en tjenestekonsesjon var utelukket, ettersom det da ikke ville være snakk om en rettighetsoverførsel.

Nemnda løste dette spørsmålet direkte gjennom ordlyden i forskriften⁸⁴ § 4-1 bokstav e, og konkluderte med at det forhold at «oppdragsgiver betaler et vederlag for utførelsen av tjenesten, ikke er til hinder for at kontrakten kan karakteriseres som en tjenestekonsesjon». Denne tolkningen fant nemnda også støtte for i veilederen til offentlige anskaffelser⁸⁵.

Nemnda gikk så inn i grensedragningen knyttet til tjenestekonsesjoner og vurderingstemaet «økonomiske risikoen».

«EU-domstolen har lagt til grunn at avgjørende for om en kontrakt skal karakteriseres som en tjenestekonsesjon, er om leverandøren har overtatt risikoen som er forbundet med driften av tjenesten»⁸⁶. Gjennom tidligere nevnte avgjørelse⁸⁷ har også nemnda presisert at den økonomiske risikoen leverandøren påtar seg, må være «reell og ikke ubetydelig».

Også her var altså vurderingstemaet om leverandøren hadde påtatt seg en «reell og ikke ubetydelig risiko». Nemnda foretok så en konkret vurdering av de ulike inntjeningsmulighetene leverandørene hadde, og kom frem til at leverandørene hadde en relativt stor mulighet til å «påvirke inntekspotensialet».

Den økonomiske modellen som ble lagt til grunn var etter nemnda syn uklar, siden leverandørene skulle motta tre forskjellige inntekter fra driften. Dette var «forvaltningshonorar, betaling av driftsutgifter for hogst og fremkjøring, og inntekter fra videresalg av virke».⁸⁸

Kjernen i vurderingen ble om leverandøren hadde «overtatt den økonomiske risikoen» som var forbundet med driften av kommuneskogene i Våler.

Nemnda gikk inn i hver av disse inntektene, og vurderte om den økonomiske risikoen for driften var overført.

Det fremgikk av kontraktens punkt 12 at forvaltningshonoraret var på 150 000 kroner i året. Dette måtte etter nemndas mening anses som et ordinært vederlag, og det lå ikke noen

⁸⁴ Forskrift om offentlige anskaffelser

⁸⁵ Veileder side 38.

⁸⁶ jf. EU-domstolens dom C-458/03 premiss (34) med videre henvisninger til EU-domstolens rettspraksis. Tilsvarende er også lagt til grunn av klagenemnda, jf. blant annet sak 2003/250.

⁸⁷ Klagenemndas sak 2005/304.

⁸⁸ Premiss nr. 46

risikooverføring knyttet til dette vederlaget. Dette talte derfor mot at det forelå en overføring av risiko.

Det samme var tilfelle med betalingen av driftsutgiftene for hogst og framkjøring. Nemnda fremhevet at «selv om oppgjørsformen medfører at betalingen ikke skjer direkte fra oppdragsgiver til valgte leverandør, er det etter nemndas syn i realiteten tale om et ordinært vederlag fra innklagede for valgte leverandørs utførelse av tjenester.»⁸⁹

Også dette forholdet talte derfor mot at det hadde skjedd en overføring av risiko.

Når det gjaldt videresalget av virke kom imidlertid nemnda til en annen konklusjon. Omsetningen skulle organiseres slik at den den valgte leverandøren først skulle kjøpe tømmeret fra kommunen for å så selge dette videre. Fra avtalen fremgikk det at det var Våler kommune som skulle bestemme omfanget av den årlige avvirkningen, og kommunen skulle også betales en fast gjennomsnittspris på det trevirket som ble tatt ut. Dette kunne trekke i retning av at det ikke var overført noen risiko.

Imidlertid var det ikke satt noen grense for hva trevirket kunne videreselges for, og den valgte leverandøren kunne dermed selv sette den prisen markedet var villig til å betale, og beholde et eventuelt overskudd av dette. At leverandøren hadde «risikoen for at summen som blir oppnådd ved videresalg av virket, er høy nok til å gi overskudd etter at innklagede har fått oppgjør», måtte ifølge nemnda føre til at valgte leverandør hadde «relativt stort rom for å påvirke inntekspotensialet»⁹⁰, selv om det var kommunen som skulle bestemme omfanget av den årlige avvirkningen.

I vurderingen synes det avgjørende at leverandøren hadde mulighet til å tape penger på avtalen, noe som kjennetegner en økonomisk risiko.

Klagenemnda konkluderte derfor med at valgte leverandør hadde påtatt seg en reell og ikke ubetydelig risiko i forbindelse med driften av Våler kommuneskoger.

I likhet med BNR-avgjørelsen konkluderte nemnda her med at det forelå en reell og ikke ubetydelig risiko for at den valgte leverandøren kunne tape penger på avtalen, og at denne risikoen måtte medføre at valgte leverandør for en vesentlig del oppnådde sin godtgjørelse ved å utnytte tjenesten i egen regning og risiko, jf. forskriften § 4-1 bokstav e.

4. Gjennomgang av praksis, og betraktninger om gjeldende rett og konsekvensene av denne.

⁸⁹ Premiss nr. 48

⁹⁰ Premiss nr. 50

Utifra de utvalgte dommene og avgjørelsene fra henholdsvis EU-domstolen og KOFA, vil jeg i det følgende forsøke å trekke opp grenseskillet mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner.

At tjenestekonsesjoner er unntatt fra anskaffelsesregelverket er, som nevnt, et unntak som er utviklet gjennom praksis, og har sitt opphav i de to, tidligere nevnte, EU-dommene *Telaustria* og *Deutsche Bank*⁹¹. I disse to dommene ble det imidlertid kun fastslått hva en tjenestekonsesjon er, og at disse skal være unntatt henholdsvis forsynings- og tjenstedirektivet. Det ble ikke uttalt noe om hvilke kriterier og momenter som skulle legges til grunn for skillet mellom tjenestekontrakt/tjenestekonsesjon.

Ytterpunktene og de klare forskjellene mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner kan imidlertid med bakgrunn i disse dommene trekkes opp. Der motytelsen består utelukkende i en rett til å yte egen tjeneste, uten at det foreligger noe vederlag fra oppdragsgiver til oppdragsinnehaver, er det klart etter utnyttelseskriteriet⁹² og legaldefinisjonen⁹³ at det foreligger en tjenestekonsesjon. Det motsatte tilfellet, der motytelsen utelukkende består i et vederlag fra oppdragsgiver til oppdragsinnehaver, må klart kunne kategoriseres som en tjenestekontrakt, forutsatt at avtalen er inngått mellom en offentlig enhet og en privat aktør.

En tjenestekonsesjon kan også foreligge der konsesjonsinnehaveren betaler det offentlige for å ha retten til å utføre den aktuelle tjenesten. Betalingen går da fra brukerne til konsesjonsinnehaveren, som betaler en viss sum videre til oppdragsgiver. Betalingsstrømmen går i et slikt tilfelle motsatt vei av betalingsstrømmen i en tjenestekontrakt.

Situasjoner der avtaleforholdet helt klart vil kunne defineres som tjenestekonsesjon, kan for eksempel være en avtale om drift av en parkeringsplass mot retten til å kreve inn parkeringsavgift, eller at en operatør får utbetalt et vederlag for drift av en båt rute mot at operatøren får ansvar for drift, markedsføring og inntekt/utgifter.

Imidlertid følger det av *Gotha-dommen*⁹⁴ at også andre avtaler enn de klassiske tjenestekonsesjonene, som i dette tilfelle drift av vann- og kloakksystem, kan omfattes av tjenestekonsesjonsbegrepet. Her kan det tenkes tjenester som har en typisk offentligrettslig utforming, og der det i utgangspunktet kan foreligge en relativt liten økonomisk risiko ved

⁹¹ EU-domstolens sak C-324/98 & C-358/00

⁹² En tjenestekonsesjon defineres som en kontrakt der leverandøren får betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt

⁹³ FOA § 4-1 bokstav e

⁹⁴ EU-domstolens sak C-206/08

driften av tjenesten, på grunn av de offentlige krav og bestemmelser som knyttes til denne. I Gotha ble det klart uttalt at slike tjenester også kan utlyses som tjenestekonsesjoner, med den begrunnelse at offentlige oppdragsgivere skal ha frihet til å velge denne kontraktsformen dersom de vurderer det slik at dette er den beste måten å sikre den angjeldende ytelsen på.

Forutsetningen blir den samme her som ved de klassiske tjenestekonsesjonene; At hele eller vesentlige deler av den økonomiske risikoen ved tjenesten overføres til oppdragsinnehaver.

4.1 Det overordnende vurderingstema - Plassering av den økonomiske risikoen.

I Parking Brixen saken⁹⁵ ble det fastslått at den økonomiske risikoen måtte defineres, og at det avgjørende for hvorvidt det var en tjenestekontrakt eller en tjenestekonsesjon var hvem som satt på denne økonomiske risikoen. Var det oppdragstilbyder som hadde den økonomiske risikoen, forelå det en tjenestekontrakt, men hvis det var oppdragsinnehaver som hadde den økonomiske risikoen forelå det en tjenestekonsesjon.

Den gjennomgående problemstillingen i EU- domstolen synes å være plassering av den økonomiske risikoen. Det er den økonomiske risikoen som er retningsgivende og avgjørende for om en kontrakt bedømmes som en tjenestekontrakt eller en tjenestekonsesjon.

KOFA har lagt seg på samme linje, og har gjennom praksis oppstilt noen grunnelementer for å skille tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner. Nemnda har gjennom Østfold kollektivtrafikk⁹⁶ og Parajett- saken⁹⁷, med støtte fra EU-domstolen, uttalt at en tjenestekonsesjon defineres som en ytelse: «En tjenestekonsesjon defineres som en kontrakt der leverandøren får betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt.»

Dette stenger likevel ikke for at den offentlige oppdragsgiver kan betale oppdragsinnehaver et vederlag for tjenesten. Det følger av legaldefinisjonen i FOA⁹⁸ at «vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling»

Det avgjørende for at en avtale skal anses som en tjenestekonsesjon er dermed om det eksisterer en økonomisk risiko, og om hele eller vesentlige deler av denne risikoen er overført fra oppdragsgiver til oppdragsinnehaver, jf. EU-domstolens- og KOFAs praksis.

⁹⁵ EU-domstolens sak C-458/03

⁹⁶ KOFA sak 2003/149 Klagenemndas vurdering, punkt 2, avsnitt 5.

⁹⁷ KOFA sak 2003/250 Klagenemndas vurdering, avsnitt 7.

⁹⁸ FOA § 4-1 bokstav e

Problemstillingen for grensen mellom tjenesteytelseskontrakter og tjenstekonsesjoner kan derfor formuleres som et spørsmål om når oppdragsmottaker har overtatt hele eller vesentlige deler av ansvaret og den økonomiske risikoen for tjenesten fra oppdragsgiver.

- **4.1.1 Reell og ikke ubetydelig risiko**

KOFA har i BNR-dommen⁹⁹ presisert at den økonomiske risikoen som leverandøren påtar seg må være «reell og ikke ubetydelig».

I dette ligger det at konsesjonsinnehaveren må ha overtatt en betydelig del av risikoen for å sikre inntjening for etablering og drift av tjenesten. I tillegg til dette må overtagelsen av risiko være reell. Herunder kan det være et moment i vurderingen om konsesjonsinnehaveren faktisk har finansiell styrke til å ha risikoen eller om oppdragsgiver i praksis vil måtte ta regningen til slutt. I mange tilfeller kan det først være ved kontraktens utløp at den økonomiske risikoen ved en virksomhet blir synlig og om en «betydelig del» av denne er plassert hos konsesjonsinnehaveren.

Dette medfører at det må tas en konkret vurdering av hvem som innehar den økonomiske risikoen. Ved den konkrete vurderingen av om det foreligger en reell og ikke ubetydelig risiko, må det sees hen til rammebetingelsene i avtalen. Aktuelle vurderingstemaer for om det foreligger en reell og ikke ubetydelig risiko kan blant annet være:

- Betalingsstrøm. Hvordan betalingsstrømmen skal organiseres og utføres, kan ha betydning for risikooverføringen.

I Parking Brixen ble den økonomiske risikoen ansett som overført ettersom vederlaget skulle betales av en tredjepart, gjennom bruk av parkeringsplassen. Etter denne dommen var det avgjørende for hvorvidt den økonomiske risikoen var overført, at oppdragsinnehaver mottok sitt vederlag direkte fra en tredjepart, før de så var forpliktet til å betale en del av de inntektene fra tredjeperson videre til kommunen som oppdragsgiver.

Imidlertid kan det ikke i alle tilfeller, utifra betalingsstrømmen alene, avgjøres om den økonomiske risikoen er overført eller ikke. Hvis det utelukkende skulle være tilstrekkelig at oppdragsinnehaver mottok sin betaling fra en tredjepart, for at den økonomiske risikoen skulle anses overført, ville dette kunne åpne for omgåelser av regelverket av, slik at de offentlige oppdragsgiverne ikke blir bundet av de mer detaljerte anskaffelsesreglene. Dette fremheves av KOFA i Sykehuset Vestfold¹⁰⁰ hvor nemnda uttalte; «Det forhold at betalingsstrømmen går fra tredjemenn til den private aktøren i stedet for via den offentlige

⁹⁹ KOFA sak 2005/304 Premiss nr. 30

¹⁰⁰ KOFA sak 2005/24 Premiss nr. 25

oppdragsgiver, er ikke alene tilstrekkelig til å gjøre tjenestekontrakten til en tjenestekonsesjon. Ved kun å se på betalingsstrømmen, uten å se hen til om leverandøren også påtar seg ansvar og risiko for driften, vil det lett kunne åpnes for omgåelser av regelverket.»

Her viser nemnda at betalingsstrømmen ikke kan være en selvstendig begrunnelse for at den økonomiske risikoen skal anses overført. Det må med andre ord foreligge ytterligere muligheter for oppdragsinnehaver til å påvirke det økonomiske resultatet.

Her har kanskje KOFA gått lengre i sine uttalelser enn det EU-domstolen gjorde i Parking Brixen, ettersom nemnda tydelig uttaler at betalingsstrømmen ikke er det avgjørende for om det foreligger en tjenestekonsesjon. I Parking Brixen uttalte EU-domstolen at det forhold at betalingen hadde gått til tredjemann og ikke til oppdragsgiver var det avgjørende for at det forelå en tjenestekonsesjon. Her kan det se ut som utviklingen, iallfall på det norske området, har gått i retning av at betalingsstrømmen ikke har veldig stor betydning for spørsmålet. Som nemnda selv uttaler vil en ensidig fokusering på betalingsstrømmen kunne åpne for omgåelser av regelverket. F.eks. ved at kontrakter som åpenbart ikke er tjenestekonsesjoner, defineres og utlyses som dette utelukkende fordi betalingsstrømmen går via en tredjepart og ikke direkte mellom oppdragsgiver og oppdragsinnehaver.

- Oppdragsinnehavers andel av inntekter fra tredjepart. Hvor stor del av inntektene leverandøren sitter igjen med kan ha betydning for risikooverføringen. Beholder leverandøren store deler eller alle inntektene fra en uavhengig tredjepart er dette et moment som kan tale for at risikoen er overført, mens det motsatte kan være tilfelle dersom oppdragsgiver beholder størstedelen av inntektene. Dette var blant annet tilfelle i ØKT-dommen, hvor leverandøren kun skulle beholde 10 % av billettinntektene. Det motsatte var tilfellet i BNR-saken hvor leverandøren skulle sitte igjen med alle billettinntektene. Forholdet var imidlertid der at det offentlige tilskuddet bare dekket mellom 45-80 % av leverandørens kostnader, og at det var en reell risiko for at de resterende kostnadene ikke ville bli dekket inn av billettinntektene. Dette illustrerer at det ikke kan trekkes opp noe konkret grense knyttet til andel av inntekter for om en avtale skal defineres som tjenestekontrakt eller tjenestekonsesjon.

- Handlefrihet til å påvirke inntekter. Dersom oppdragsinnehaver ikke har mulighet til å påvirke inntektsmulighetene sine, kan dette tale for at det ikke er overført en økonomisk risiko. Allikevel viser blant annet EU-domstolens avgjørelse i Gotha¹⁰¹ at det ikke trenger å være avgjørende. Selv der oppdragsinnehavers handlefrihet til å påvirke inntektene er liten på grunn av tjenestens offentligrettslige utforming, kan det foreligge en tjenestekonsesjon dersom hele eller vesentlige deler av den økonomiske risikoen er overført. Imidlertid vil handlefriheten og manøvreringsrommet til å påvirke inntektene i mange tilfeller likevel ha

¹⁰¹ Sak C-206/08

betydning for risikooverføringen. Dette illustreres blant annet i Våler kommune-saken¹⁰² hvor det avgjørende for risikovurderingen var at leverandøren hadde mulighet til selv å fastsette prisen på det trevirket som ble tatt ut. Dette gjorde at risikoen var overført selv om det var kommunen som fastsatte hvor mye trevirke som skulle tas ut. Hvor stor del av ansvaret som overføres kan variere fra kontrakt til kontrakt, og stort ansvar trenger ikke være sammenfallende med at den økonomiske risiko er overført. Stort ansvar kan være med på å øke den allerede påførte økonomiske risiko, men noen selvstendig betydning har momentet nok ikke.

- Handlefrihet til å påvirke kostnader. Dersom oppdragsinnehaver ikke har mulighet til å påvirke kostnadsmulighetene sine, kan dette være et moment som taler for at det ikke er overført en økonomisk risiko. I BNR- saken var denne handlefriheten avgjørende for at den økonomiske risikoen var overført. Siden BNR skulle motta et fast vederlag for tjenesten, hadde de gjennom effektiv drift og kostnadsbesparende tiltak mulighet til å påvirke det økonomiske resultatet.

Forholdene stilte seg imidlertid annerledes i Våler kommune hvor leverandøren hadde liten mulighet for å påvirke kostnadene, ettersom det var kommunen som fastsatte hvor mye trevirke som skulle tas ut. Siden kostnadene økte med volumet som ble tatt ut hadde ikke leverandøren noen reell mulighet til å påvirke kostnadene ved driften.

- Konkurransesgrunnlaget. I mange av KOFA-sakene¹⁰³ anføres det fra oppdragsgiversiden at det framgår av konkurransesgrunnlaget at avtalen utlyses som en tjenstekonsesjon.

Hva som konkret står i konkurransesgrunnlaget har som selvstendig argument liten eller ingen relevans for spørsmålet om det foreligger en tjenstekonsesjon eller en tjensteytelseskontrakt. Det avgjørende er, som vist i oppgaven, hvem som sitter på den økonomiske risikoen, og anførselen har dermed liten vekt i seg selv. Imidlertid står det den offentlige part relativt fritt¹⁰⁴ til å benytte den kontraktsform den ønsker, men må da også være forberedt på at den sitter/ikke sitter med den økonomiske risikoen for tjenesten. Som oftest vil det nok være sånn at det offentlige organ har utformet et korrekt konkurransesgrunnlag for spørsmålet om tjenstekonsesjon/tjenstekontrakt, men dette har altså ikke noen vekt i seg selv. Det som uansett er klart er at ingen av partene kan avtale seg vekk fra anskaffelsesregelverket, enten gjennom et konkurransesgrunnlag eller annet, dersom det foreligger en tjenstekontrakt over terskelverdiene.

¹⁰² KOFA sak 2009/119

¹⁰³ Jf. Blant andre BNR-dommen.

¹⁰⁴ Jf. Blant andre Gotha-dommen.

Som illustrert i denne gjennomgangen ligger som regel risikooverføringen i en eller flere av disse nevnte momentene, og som oftest i en kombinasjon av disse. Det må derfor bero på en konkret vurdering av den enkelte avtale hvorvidt den skal kategoriseres som en tjenestekontrakt eller en tjenestekonsesjon. Avgjørelsen vil da, slik jeg ser det, måtte gjøres med vekt på risikobetraktningen, og spørsmålet om en reell og ikke ubetydelig del av denne er overført fra oppdragsgiver til oppdragsinnehaver.

4.2 Avslutning

Som illustrert i oppgaven er området for tjenestekonsesjoner mangfoldig og dynamisk, og stort sett basert på EU-rettslige domstolsorganer. At tjenestekonsesjoner er unntatt fra anskaffelsesregelverket, er et unntak som til dels er grundig debattert¹⁰⁵ i den europeiske konkurranseretten. Noen mener at tjenestekonsesjoner bør reguleres mer nøye gjennom direktiv og lovverk, mens andre motsetter seg ytterligere regulering med den begrunnelse at dette vil svekke den lokale selvråderetten og den store variasjonen i de offentlige forvaltningene som fortsatt finnes i de europeiske medlemslandene.

EUs lovgivende organer jobber for tiden med et forslag til regelverk¹⁰⁶ for inngåelse av konsesjonskontrakter innenfor tjenestesektoren og bygg og anlegg. Selv om dette regelverket i første omgang nok kun vil ta sikte på å lovfeste noen overordnede prinsipper, som kravene til likebehandling og gjennomsiktighet, om tjenestekonsesjoner, kan dette være et tegn på at ytterligere lovgivning knyttet til området vil komme på plass i en ikke altfor fjern fremtid. Dette vil kanskje medføre en regulering og presisering av grensen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner, men at spørsmålet skal avgjøres av et annet vurderingstema enn plasseringen av den økonomiske risikoen, framstår med bakgrunn i EU-domstolens praksis, etter min mening, usannsynlig.

Jeg vil avslutningsvis rette en stor takk til Karl Inge Nygård for råd og veiledning underveis i oppgaven.

5. Kilderegister

5.1 Norsk regelverk

- **5.1.2 Lover og forskrift**

Lov om domstolene, Lov av 13. august 1915 nr. 5.

EØS-avtalen, Lov av 27. november 1992 nr. 109

¹⁰⁵ Doffin.no: http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=4337

¹⁰⁶ Per 1.6. 2013 er spørsmålet ennå ikke er avgjort av EUs lovgivende organer; http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=4507

Lov om offentlige anskaffelser, Lov av 16. juli 1999 nr. 69.

Forskrift om offentlige anskaffelser, FOR 2006-04-07 nr. 402.

Forsyningsforskriften, FOR 2006-04-07 nr. 403.

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002.

- **5.1.3 Forarbeider og veiledningsuttalelser:**

Ot.prp. nr. 71(1997-98)

Ot.prp nr. 3 (2000/2001)

Regjeringens veileder til reglene om offentlige anskaffelser:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2012/veiledner-offentlige-anskaffelser.html?id=696166

5.2 Internasjonalt regelverk

- **5.2.1 Traktater/konvensjoner:**

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, 2. mai 1992 (ODA)

- **5.2.2 EU-Direktiv**

Direktiv 90/531/EØF

Direktiv 92/50/EØF, Tjenestedirektivet

Direktiv 93/38/EØF, Forsyningsdirektivet

Direktiv 93/37/EØF, Bygg- og anleggsdirektivet

Direktiv 2004/17/EF, Forsyningsvirksomhetsdirektivet

Direktiv 2004/18/EF, Klassisk sektors direktiv

- **5.2.3 EU-forarbeider (Preamble)**

Dokument nr. 5250/90 ADD 1 av 22. mars 1990

Dokument nr. 4444/92 ADD 1 av 25. februar 1992, Knyttet til forsyningsdirektivet.

EFT C 264

5.3 Doms- og nemndspraksis:

- **5.3.1 EU-domstolen:**

C-324/98 (Telaustria)

C-358/00 (Deutsche Bibliothek)

C-458/03 (Parking Brixen GmbH)

C-410/04

C-206/08 (Gotha)

- **5.3.2 Norges Høyesterett:**

Rt. 1997 s.1954

Rt. 1997 s.1965

Rt.1998 s.1398 (Torghatten)

Rt 2000 s.1811 (Finanger)

Rt. 2002 s.391

Rt. 2005 s.1611

- **5.3.3 KOFA**

KOFA 2003/149 (Norgesbuss Østfold AS vs. Østfold kollektivtrafikk)

KOFA 2003/250 (Parajett AS vs. DSB)

KOFA 2005/24 (Parkeringselskapet AS vs. Sykehuset i Vestfold HF)

KOFA 2005/304 (Bergen-Nordhordland rutelag vs. Hordaland fylkeskommune)

KOFA 2009/119 (SB Skog AS vs. Våler kommune)

- **5.4 Litteratur:**

Arnhild Dordi Gjønnes(2007): *Regelsamling for offentlige anskaffelser*, 2. utgave, Fagbokforlaget

Kristian Dahle Trygstad (2006): *Tildeling av offentlige kontrakter*, 1. utgave, Gyldendal Akademisk

Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen (2004) *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave*, 2.utgave, Kommuneforlaget AS

- **5.5 Internettsider:**

Statistisk sentralbyrå: www.ssb.no/offinnkj

Universitetsbiblioteket:

<http://www.ub.uib.no/avdeling/iur/arkiv/eueos.htm#forarbeider>

Klagenemnda for offentlige anskaffelser: kofa.no

Database for offentlige innkjøp: doffin.no

EU: eur-lex.europa.eu

EU-domstolen: curia.europa.eu

Lovdata.no