

Vedlegg 3

Forslag til spesialmerknader til ny lov om konsesjonskontrakter

Forslag til spesialmerknader til lov om konsesjonskontrakter

Del I Innledende bestemmelser

Kapittel 1 Formål og innledende bestemmelser

§ 1-1 *Formål*

(1) Loven fastsetter regler for offentlige kontrakter som gjelder bygge- og anleggskonsesjoner eller tjenestekonsesjoner. Loven skal fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

(2) Dette innebærer blant annet at loven skal bidra til

- at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte
- omstilling til et lavutslippssamfunn
- at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres
- innovasjon
- anstendige arbeidsforhold
- konkurranse om offentlige kontrakter, herunder for små og mellomstore leverandører
- at det offentlige opptrer på en tillitsvekkende måte
- at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning
- å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn.

(3) Sammen med lov om offentlige anskaffelser, lov om forsyningsanskaffelser og lov om forsvarsanskaffelser gjennomfører loven Norges EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 4, og til NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 11.

Første ledd første punktum angir hva loven gjelder. Loven fastsetter regler for fremgangsmåten offentlige oppdragsgivere skal følge dersom de har til hensikt å inngå en offentlig kontrakt som er å anse som en konsesjonskontrakt. Konsesjonskontrakt er nærmere definert i § 1-2.

Det følger av andre punktum at loven skal fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Effektiv bruk av samfunnets ressurser betyr både hva som er effektivt i den konkrete anskaffelsen, og for samfunnet i et større samfunnsmessig perspektiv. Effektive anskaffelser er også både kostnadseffektive og formåleffektive. Bærekraftige anskaffelser er anskaffelser som tar hensyn til både økonomi, miljø og sosiale hensyn.

Tredje ledd angir at loven er gjennomføring av EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser. Loven gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet i norsk rett, og hensyntar Norges forpliktelser etter WTO-avtalen for offentlige innkjøp.

§ 1-2 *Hvilke anskaffelser som er omfattet av loven*

Loven gjelder når oppdragsgivere som nevnt i § 1-3 har til hensikt å inngå konsesjonskontrakter med en antatt verdi over 300 000 kroner. En konsesjonskontrakte er en bygge- og anleggskontrakt eller en tjenestekontrakt der vederlaget består enten utelukkende av retten til å utnytte bygge- og anleggsarbeidene eller å utføre tjenestene

eller en slik rett sammen med betaling, og der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiver til konsesjonsinnehaver.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 5 nr. 1 punkt a og b som definerer begrepet konsesjonskontrakt. Lovens avgrensning mot kontrakter under 300 000 kroner er en nasjonal regulering som er nærmere omtalt i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.1.

En konsesjonskontrakt er en gjensidig bebyrdende kontrakt der én eller flere oppdragsgivere overdrar utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller yting og forvaltning av tjenester til én eller flere konsesjonsinnehavere. Konsesjonen består av retten til å utnytte bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene, eller av slik rett sammen med en betaling.

En tjenestekonsesjon kan for eksempel være en tillatelse til å utplassere el-sparkesykler eller drift av parkeringshus. Andre eksempler kan være t tjenester som tilbys gjennom ordninger om brukerstyrt personlig assistanse eller enkelte typer drosjetjenester som omfatter enerett til å tilby drosjetjenester i et område.

En bygge- og anleggskonsesjon kan foreligge når en entreprenør overtar den økonomiske risikoen, ved at vederlaget for oppføringen av et bygg eller anlegg skjer gjennom senere utnyttelse og bruk.

Ifølge fortalen premiss 12 vil ren finansiering av aktivitet gjennom tilskudd fra en oppdragsgiver normalt ikke anses som en konsesjonskontrakt med mindre det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale. Slike tilskudd vil etter omstendighetene kunne utgjøre statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61, dersom vilkårene for statsstøtte er oppfylt. Hvorvidt støtten er lovlig må vurderes etter reglene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 og nr.3, og EØS-avtalen artikkel 59 nr.2.¹

Ordninger der alle økonomiske aktører som oppfyller visse vilkår har rett til å utføre en bestemt oppgave, uten noen form for utvelging, vil normalt ikke utgjøre en konsesjonskontrakt, jf. fortalen premiss 13. Dette skyldes at slike ordninger vanligvis er basert på en beslutning truffet av en offentlig myndighet som fastlegger oversiktlige og ikke-diskriminerende vilkår for de økonomiske aktørene sin adgang til å yte særlige tjenester. Kundene får da mulighet til å velge mellom de økonomiske aktørene. Grensedragningen mellom en tjenestekonsesjon og administrativ tillatelsesordning er til behandling i EFTA-domstolen, sak E-8/23 *Trannel International Limited mot Staten*. Saken gjelder spørsmål om tildeling av en enerett til å tilby pengespill på hest utgjør en tjenestekonsesjon. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse foreligger ikke i skrivende stund.

Godkjenninger eller lisenser er normalt ikke konsesjoner, dersom oppdragsgiver fastsetter vilkårene for utøvelsen av den økonomiske aktiviteten og de økonomiske aktørene fritt kan slutte å utføre bygge- og anleggsarbeidene eller yte tjenesten, se fortalen premiss 14. Vareleveranser faller også utenfor definisjonen av konsesjonskontrakt.

For at en kontrakt skal utgjøre en konsesjon må driftsrisikoen være overført fra oppdragsgiver til konsesjonsinnehaver. Risiko kan omfatte enten etterspørsels- eller tilbudsrisikoen, eller begge deler. Med driftsrisiko menes blant annet risikoen for å utsettes for markedets svingninger. Etterspørselsrisiko skal forstås som risikoen ved faktisk etterspørsel etter bygge-

¹ Kompensasjon for utførelsen av visse økonomiske tjenester som myndighetene anser som særlig viktige for innbyggerne og som ikke vil bli levert på en tilfredsstillende måte av markedet alene (såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning eller "SGEI") vil blant annet på nærmere vilkår ikke utgjøre statsstøtte. Vilråene er utviklet i praksis, jf. blant annet C-280/00 *Altmark* saken.

og anleggsarbeidene eller tjenestene som konsesjonskontrakten omfatter. Tilbudsrisiko skal forstås som risikoen ved leveringen av bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesten som konsesjonskontrakten omfatter, særlig risikoen for at tjenestene ikke samsvarer med etterspørselen, jf. fortalen premiss 20.

Overføring av driftsrisiko ved tildeling av en bygge- og anleggskonsesjon eller tjenestekonsesjon innebærer at konsesjonsinnehaveren bærer risikoen for at vedkommende ikke får dekket sine investeringer og driftskostnader. Risikoen kan ikke være ubetydelig. Det betyr at leverandøren ikke er garantert å tjene inn igjen investeringene og kostnadene til driften gjennom driften av bygget, anlegget eller tjenesten, under normale driftsforhold. Det følger av EU-domstolens sak C-274/09 avsnitt 37 at risikoen kan for eksempel følge av konkurranse fra andre virksomheter, at tilbudet av tjenester ikke oppfyller etterspørselen, at debitorerne ikke vil være i stand til å betale for ytelsene eller at utgifter i forbindelse med driften ikke vil bli dekket ved inntektene.

Dette gjelder uavhengig av om oppdragsgiveren bærer en del av risikoen, se fortalen premiss 18. Dersom inntjeningen av investeringene som konsesjonsinnehaver har gjort og de kostnadene vedkommende har hatt i forbindelse med utførelsen av bygge- og anleggsarbeidet eller tjenesten avhenger av den faktiske etterspørselen eller tilbudet av tjenesten eller eiendelen, anses ordningen som en konsesjon selv om den betales utelukkende av oppdragsgiveren.

Ifølge fortalen premiss 18 er ikke driftsrisikoen overført dersom oppdragsgiver kompensere konsesjonsinnehaver for mulige tap ved å garantere inntekt som er minst like høy som konsesjonsinnehavers investeringer og kostnader i forbindelse med gjennomføring av konsesjonskontrakten. Heller ikke dersom sektorspesifikke regler garanterer for at investeringer og kostnader som påløper i forbindelse med gjennomføringen av konsesjonskontrakten skal utjevnes, vil driftsrisikoen være overført, se fortalen premiss 19.

Hva som utgjør en konsesjonskontrakt etter § 1-2 må fastlegges i lys av denne og øvrige avgjørelser fra EU-domstolen, og det må også tas hensyn til fremtidig praksis fra EU-domstolen.

§ 1-3 Hvem loven gjelder for

(1) Loven gjelder for statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder også for sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i første punktum.

(2) Loven gjelder også for offentlige foretak og andre virksomheter som på bakgrunn av en enerett eller særrett inngår konsesjonskontrakter knyttet til utøvelsen av aktiviteter som fremkommer av konsesjonskontraktdirektivet vedlegg II.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 1 nr. 2, artikkel 6 nr. 1 og artikkel 7.

Bestemmelsen regulerer hvilke oppdragsgivere loven gjelder for. Loven gjelder både for oppdragsgivere i klassisk sektor, som er regulert av anskaffelsesdirektivet, og for oppdragsgivere i forsyningssektoren som er regulert av, forsyningsdirektivet, når disse inngår konsesjonskontrakter. Til forskjell fra anskaffelsesdirektivet, og i likhet med forsyningsdirektivet, er offentlige foretak og oppdragsgivere som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av en enerett eller særrett omfattet. Dette kan være private virksomheter.

Offentlig foretak er definert i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 7. nr. 4 og omfatter foretak som offentlige oppdragsgivere direkte eller indirekte kan utøve bestemmende innflytelse over i kraft av eierforhold, annen økonomisk deltakelse eller reglene som gjelder for foretaket. Bestemmende innflytelse antas å foreligge når slike myndigheter direkte eller indirekte²:

- eier majoriteten av foretakets tegnede kapital,
- kontrollerer flertallet av stemmene knyttet til andeler utstedt av foretaket, eller
- kan utpeke mer enn halvparten av medlemmene i foretakets administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan.

Hva som utgjør forsyningsaktiviteter som omfattes av loven fremkommer av konsesjonskontraktdirektivet vedlegg II. Loven gjelder ikke for oppdragsgivere som utøver annen aktivitet enn forsyningsaktivitetene som angitt i vedlegg II, på grunnlag av en enerett eller særrett. Særrett og enerett er definert i § 5-1.

Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.1, for en nærmere redegjørelse for avgrensningen av offentlige oppdragsgivere, som omtalt i § 1-3 første ledd.

§ 1-4 *Geografisk virkeområde*

(1) Loven gjelder også for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles i utlandet, hvis kontrakten har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. En slik tilknytning foreligger dersom det er klart at den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

(2) Departementet kan i forskrift bestemme at loven også skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og en kodifisering av rettspraksis knyttet til anskaffelsesdirektivenes geografiske virkeområde. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 7.

Første ledd fastslår at loven også kommer til anvendelse for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles utenfor EØS. Dette er en kodifisering av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. Oppdragsgiver må gjøre en konkret vurdering av kontraktens tilknytning til EØS. Det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning dersom det er klart at den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

Det skal være *klart* at kontrakten har en slik interesse, og dette betyr at ikke enhver mulig eller potensiell interesse fra aktører i EØS-området er tilstrekkelig. Kontrakten må ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS-fungerer. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 7 om de ulike momentene som kan inngå i en slik vurdering.

Andre ledd i bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Departementet får kompetanse til å bestemme at loven helt eller delvis skal gjelde for Svalbard. Det kan også gis særregler i den grad det er nødvendig for å tilpasse lovgivningen til de særlige forhold som gjør seg gjeldende.

² Dette vurderingstemaet ligner tilsvarende vurderingstema i selskapsretten, jf. allmennaksjeselskapsloven § 1-3 og aksjeselskapsloven § 1-3, samt regnskapsloven § 1-3 (hvor bestemmende innflytelse er avgjørende for konsolideringsplikt).

§ 1-5 *Rettighetshavere*

- (1) Rettighetshavere etter loven er
 - a. virksomheter etablert i Norge
 - b. virksomheter etablert i andre EØS-stater, i det omfang som følger av EØS-avtalen
 - c. virksomheter etablert i en stat som er part til WTO-avtalen om offentlige innkjøp, i det omfang som følger av denne avtalen
 - d. virksomheter etablert i en stat som er part til en annen internasjonal avtale som Norge er forpliktet av, i det omfang som følger av den aktuelle avtalen
- (2) Virksomheter som ikke omfattes av første ledd kan ikke delta i konkurransen om offentlige kontrakter i Norge uten godkjenning fra departementet.

Bestemmelsen gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen og internasjonale forpliktelser. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.19.

§ 1-6 *Offentlighet*

- (1) Oppdragsgiver skal oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden.
- (2) Oppdragsgiver som ikke er omfattet av offentleglova, skal gi allmennheten innsyn i vare- og tjenestekontrakter med en verdi på minst 10 millioner kroner eksklusive merverdiavgift, og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på minst 100 millioner kroner eksklusive merverdiavgift. Reglene i offentleglova om unntak fra innsyn gjelder tilsvarende.
- (3) Oppdragsgiver skal oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden.

Bestemmelsen er et tiltak for å sikre gjennomsiktighetsprinsippet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 22.4.

§ 1-7 *Taushetsplikt*

- (1) Reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven § 13 tilsvarende.
- (2) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte informasjon av fortrolig karakter som gjøres tilgjengelig for dem i forbindelse med en anskaffelse.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 28. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.15.

§ 1-8 *Habilitet*

- (1) Ved gjennomføring av en anskaffelse gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven §§ 11-10 og 13-3. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven §§ 6 til 10 tilsvarende.
- (2) Oppdragsgiver skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet.

Bestemmelsen er et tiltak for å oppfylle forpliktelsene i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 35. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.18.

Tiltakene som oppdragsgiver treffer i henhold til andre ledd, skal ikke gå lenger enn nødvendig.

§ 1-9 *Omgåelsesforbud*

En offentlig anskaffelse må ikke utformes med det formål å utelukke den fra anvendelsesområdet til lovens bestemmelser.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 3 nr. 1 andre avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.12.3.5 og 24.12.5.

Kapittel 2 Samfunnshensyn

[Eventuelle bestemmelser om ivaretagelse av samfunnshensyn].

Del II Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Kapittel 3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

§ 3-1 *Anskaffelser under EØS-terskelverdi*

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dette kan for eksempel skje ved at oppdragsgiver

- a. gjennomfører en markedsundersøkelse, og på grunnlag av denne innhenter tilbud
- b. innhenter to eller flere tilbud
- c. annonserer anskaffelsen, for eksempel på en relevant nettside eller ved frivillig kunngjøring i Doffin

(2) Hvis oppdragsgiver etter første ledd mottar mer enn ett tilbud skal oppdragsgiver samtidig underrette alle leverandører som har inngitt tilbud om hvilken leverandør som har vunnet. Etter anmodning skal oppdragsgiver begrunne beslutningen.

(3) Oppdragsgiver skal sikre at bruken av mulighetene i første ledd ikke over tid medfører favorisering av en eller et fåtall av leverandører.

(4) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal offentliggjøre at kontrakt er inngått.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 22.

§ 3-2 *Anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse*

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi som likevel har klar grensekryssende interesse innen EØS, som følge av særlige forhold knyttet til anskaffelsens karakter og leverandørmarkedet, skal oppdragsgiver

- a. annonsere kontrakten
- b. fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontrakten og gjøre denne kjent for interesserte leverandører
- c. underrette alle deltakere i konkurransen om utfallet, herunder også begrunnelsen for en eventuell avlysning.

(2) Bestemmelsen gjelder bare for anskaffelser av tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men kodifiserer forpliktelsene som følger av EØS-avtalens hoveddel for anskaffelse av tjenester under EØS-terskelverdi som har klar grensekryssende interesse. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 23.

Del III Anskaffelser over EØS-terskelverdi

Kapitel 4 Virkeområde og generelle prinsipper

§ 4-1 Virkeområde

Denne delen av loven gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet i norsk rett, og får anvendelse når oppdragsgivere som nevnt i § 1-3 inngår konsesjonskontrakter om bygge- og anleggsarbeider eller tjenester, og konsesjonskontraktens anslåtte verdi overstiger terskelverdien i kapittel 6.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 1 nr. 1. Bestemmelsen fastsetter virkeområdet til reglene i loven del III, og synliggjør at del III er gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser.

Reglene i del III i loven kommer bare til anvendelse når den antatte verdien av en konsesjonskontrakt er lik eller overstiger terskelverdien i kapittel 6. I samme kapittel er det også gitt regler for beregning av konsesjonens verdi.

§ 4-2 Prinsipper for offentlige anskaffelser

(1) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet ved gjennomføring av offentlige anskaffelser.

(2) Fremgangsmåten ved tildelingen av en konsesjonskontrakt må ikke utformes med formål kunstig å begrense konkurransen. Konkurransen anses kunstig begrenset dersom anskaffelsen utformes i den hensikt å favorisere eller forfordele visse leverandører.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 3 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.12.

Direktivet artikkel 3 nr. 2 stiller også krav om at oppdragsgiver og offentlige foretak fremmer gjennomsiktighet ved gjennomføring av konkurranser og tildeling av kontrakt, samtidig som at fortrolighet sikres jf. § 1-7 som oppstiller beskyttelse av for eksempel kommersielle opplysninger.

Kapitel 5 Definisjoner

§ 5-1 Definisjoner

I loven menes med

- a. konsesjonsinnehaver: en leverandør som er tildelt en konsesjon,
- b. bygg: resultatet av bygge- og anleggsarbeid eller ingeniørarbeid sett under ett, som i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon,
- c. elektroniske midler: elektronisk utstyr til behandling (herunder digital komprimering) og lagring av data som sendes, overføres og mottas via kabel, radiobølger, med optiske midler eller med andre elektromagnetiske midler,
- d. enerett: en rettighet som er gitt av en myndighet i en medlemsstat i henhold til en lov eller offentliggjort forskrift som er forenlig med EØS-avtalen, som medfører at utøvelsen av en virksomhet forbeholdes én enkelt leverandør, og som i vesentlig grad påvirker andre leverandørers muligheter til å utøve slik virksomhet,
- e. særrett: en rettighet som nevnt i bokstav d, men som forbeholdes to eller flere leverandører.
- f. konsesjonsdokument: ethvert dokument som oppdragsgiver har utarbeidet eller viser til for å beskrive eller bestemme elementer i konsesjonen eller prosedyren,
- g. innovasjon: innføring av nye eller vesentlige forbedrede produkter, tjenester eller prosesser, herunder, men ikke begrenset til, produksjons-, bygge- eller konstruksjonsprosesser, en ny markedsføringsmetode eller en ny organisasjonsmetode innen forretningspraksis, organisering av arbeidsplassen eller eksterne forbindelser, blant annet med sikte på å bidra til å løse samfunnsmessige utfordringer.

Bestemmelsen gjennomfører deler av konsesjonskontraktdirektivet artikkel 5. Definisjonen i artikkel 5 nr. 1 er foreslått gjennomført i § 1-2.

Enkelte av definisjonene er sammenfallende med definisjonene i anskaffelsesloven. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.2.

Bokstav f definerer begrepet konsesjonsdokument. Et konsesjonsdokument kan for eksempel være konsesjonskunngjøringen, de tekniske kravene og funksjonskravene, foreslåtte konsesjonsvilkår, opplysninger om alminnelige forpliktelser og eventuelle ytterligere dokumenter.

Kapittel 6 Terskelverdi og beregning av konsesjonskontraktens verdi

§ 6-1 Terskelverdi

Del III gjelder for konsesjonskontrakter med en anslått verdi lik eller høyere enn 57,8 millioner kroner.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 8 nr. 1. Terskelverdien er eksklusiv mva. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 38.3.4.

§ 6-2 *Utgangspunkter for beregning av konsesjonskontraktens verdi*

(1) Oppdragsgiveren skal beregne konsesjonskontraktens verdi på grunnlag av konsesjonsinnehaverens forventede samlede omsetning i konsesjonskontraktens løpetid, eksklusiv merverdiavgift. Verdien skal omfatte vederlaget for bygge- og anleggsarbeidene og tjenestene, og for varer som skal leveres i forbindelse med utførelsen av konsesjonskontrakten.

(2) Beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøring av konkurransen. For konsesjoner som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på tidspunktet oppdragsgiver innleder konsesjonsprosedyren. Dersom anskaffelsens verdi på tidspunktet for tildelingen av konsesjonen er mer enn 20 prosent høyere enn den anslåtte verdien ved kunngjøringen, skal verdien på tildelingstidspunktet legges til grunn.

(3) Oppdragsgiver skal ikke velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å omgå loven.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 8 nr. 2 og 4. Deler av bestemmelsen svarer til anskaffelsesloven. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.5.

Ved konsesjonskontrakter vil konsesjonsinnehaverens omsetning helt eller delvis komme fra tredjeparter. Omsetningen kan ligge langt frem i tid, og være usikker. Dette har sammenheng med at konsesjonsinnehaveren overtar driftsrisikoen i kontraktsperioden.³ Loven inneholder derfor mer detaljerte regler for bestemmelse om verdsettelse enn reglene i anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet.

Første ledd fastsetter på hvilket grunnlag konsesjonens verdi skal beregnes. Verdiberegningen er ofte mer utfordrende for konsesjonskontrakter enn for kontrakter som skal tildeles etter anskaffelsesdirektivet. Beregningen skal ta utgangspunkt i konsesjonsinnehaverens forventede samlede omsetning i konsesjonskontraktens løpetid, som anslått av oppdragsgiver.

Andre ledd fastsetter tidspunktet for beregning av konsesjonsverdien. Utgangspunktet er at det er kunngjøringstidspunktet som skal legges til grunn ved beregning av verdien. Dette gjelder likevel ikke dersom den anslåtte verdien på tildelingstidspunktet er 20 prosent høyere enn den anslåtte verdien på kunngjøringstidspunktet. I så fall skal verdien på tildelingstidspunktet legges til grunn. Dette gir i praksis oppdragsgiver en feilmargin på 20 prosent når konsesjonskontraktens verdi beregnes. For konsesjoner som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på tidspunktet oppdragsgiveren innleder konsesjonsprosedyren, for eksempel ved å kontakte økonomiske aktører i forbindelse med konsesjonskontrakten.

§ 6-3 *Metode for beregning av konsesjonskontraktens verdi*

³ Dette er anerkjent i EU-domstolens praksis, se sak C-486/21 *Sharengo* avsnitt 79, der det vises til at "(...)Ikke desto mindre har »konsesjonsinnehaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms«, nødvendigvis som sådan en fremadrettet og pr. definition usikker karakter

Metoden for beregningen av konsesjonskontraktens verdi skal beskrives i konsesjonsdokumentene. Ved beregningen skal oppdragsgiver, der dette er relevant, særlig ta hensyn til:

- a. verdien av enhver form for opsjon og eventuelle forlengelser av konsesjonen,
- b. inntekter fra betaling av gebyrer og bøter fra brukerne av bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene, ut over dem som kreves inn på vegne av oppdragsgiver,
- c. betaling eller økonomiske fordeler i enhver form fra oppdragsgiver eller en annen offentlig myndighet til konsesjonsinnehaveren, herunder godtgjøring for å oppfylle en forpliktelse til å yte en offentlig tjeneste og offentlige investeringstilskudd,
- d. verdien av tilskudd eller økonomiske fordeler i enhver form fra tredjemann til gjennomføringen av konsesjonen,
- e. inntekter fra salg av eiendeler som er en del av konsesjonen,
- f. verdien av alle varer og tjenester som oppdragsgiverne stiller til rådighet for konsesjonsinnehaveren, forutsatt at de er nødvendige for å utføre bygge- og anleggsarbeidene eller yte tjenestene, og
- g. eventuelle premier eller betaling til konsesjonsinnehaveren

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 8 nr. 3.

Bestemmelsen fastsetter en ikke-uttømmende metode for verdiberegningen. Metoden skal være objektiv og angis i konsesjonsdokumentene. Verdien av enhver form for opsjon og eventuelle forlengelser av konsesjonskontrakten skal tolkes på samme måte som i anskaffelsesdirektivet.

§ 6-4 Beregning av verdi ved visse former for anskaffelser

(1) Dersom oppdragsgiver planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger terskelverdien i § 6-1, kommer loven til anvendelse.

Bestemmelser gjennomfører artikkel 8. nr. 5 og 6. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.5.

Kapittel 7 Unntak

I. Generelle unntak

§ 7-1 Unntak for tjenestekonsesjonskontrakter som inngås på grunnlag av enerett

(1) Loven gjelder ikke for tjenestekonsesjon som tildeles en oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 på grunnlag av en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare hvis eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak.

(2) Loven gjelder ikke for tjenestekonsesjonskontrakter som tildeles en leverandør på grunnlag av en enerett til å utføre tjenesten. Unntaket gjelder bare hvis eneretten er tildelt i samsvar med EØS-regler om adgang til å utøve forsyningsaktiviteter som nevnt i

konsesjonskontraktdirektivet vedlegg II. Dersom EØS-reglene ikke fastsetter krav til gjennomsiktighet, skal oppdragsgiveren kunngjøre kontraktsinngåelsen etter § 10-5.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 1 og 2. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.7.

Bestemmelsen regulerer visse typer av tjenestekonsesjoner som ikke er omfattet av loven. Bakgrunnen for unntakene er at når en tjenestekonsesjon tildeles på bakgrunn av en enerett, gjør eneretten det umulig å gjennomføre en konkurranse ved tildelingen.

Første ledd stadfester at loven ikke gjelder hvis en oppdragsgiver tildeler en annen oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 en tjenestekonsesjon på grunnlag av en eksklusiv rettighet. Oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 er offentlige oppdragsgivere eller offentlige foretak. Vilkåret om at eneretten må være tildelt i henhold til lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak følger av fortalen til direktivet premiss 32.

Andre ledd stadfester at loven ikke gjelder hvis en oppdragsgiver tildeler en tjenestekonsesjon til en leverandør, og tildelingen skjer på grunnlag en enerett. Unntaket gjelder bare hvis eneretten er tildelt i overensstemmelse med EØS-retten, enten de grunnleggende traktater eller rettsakter gitt i medhold av disse.

Det er også et krav om at konsesjonskunngjøringen skal kunngjøres i henhold til § 10-5, dersom det ikke allerede i sektorregelverket gis regler som sikrer gjennomsiktighet i forbindelse med eneretten eller tildelingen.

§ 7-2 Unntak for konsesjonskontrakter om lufttransport eller offentlig persontransport

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter om lufttransport eller offentlig persontransport som oppdragsgiveren inngår på grunnlag av en lisens etter forskrift 12. august 2011 nr. 833 om lufttransporttjenester i EØS, eller forskrift 17. desember 2010 nr. 1673 om offentlig persontransport.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 3.

Bestemmelsen unntar konsesjonskontrakter om lufttransport eller offentlig persontransport. Slike konsesjonskontrakter er underlagt sektorspesifikt regelverk som angir egne tildelingsprosedyrer.

§ 7-3 Anskaffelser som er omfattet av internasjonale regler

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver er forpliktet til å tildele etter andre regler, og som er innført ved følgende

- a. en internasjonal avtale med offentlige myndigheter utenfor EØS-området, og som gjelder bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenesteytelser som er beregnet på et felles prosjekt som avtalepartene gjennomfører eller utnytter, eller
- b. som er fastsatt av en internasjonal organisasjon.

(2) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver velger å gjennomføre etter anskaffelsesregler som er fastsatt av en internasjonal organisasjon eller finansieringsinstitusjon, forutsatt at organisasjonen eller institusjonen fullt ut finansierer anskaffelsen. Dersom en slik organisasjon eller institusjon finansierer hoveddelen av anskaffelsen, skal partene avtale hvilke regler som skal gjelde.

(3) Unntaket i denne bestemmelsen gjelder ikke for konsesjoner på forsvars- og sikkerhetsområdet, som er regulert av forsvarsanskaffelsesdirektivet.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.7.4.

§ 7-4 Unntak for konsesjonskontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet

Loven gjelder for konsesjoner på forsvars- og sikkerhetsområdet, med mindre

- a. konsesjonen er omfattet av særlige saksbehandlingsregler jf. forsvarsanskaffelsesdirektivet artikkel 12 bokstavene a til c.
- b. konsesjonen kan unntas på grunnlag av forsvarsanskaffelsesdirektivet artikkel 13 bokstavene c, f eller g, eller som på annet grunnlag er unntatt fra virkeområdet til denne loven.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 5 og 6.

Utgangspunktet er at konsesjoner innenfor forsvar og sikkerhetsområdet er underlagt reglene som gjelder for alminnelige konsesjonskontrakter. I bokstavene a og b er det nærmere angitt i hvilke tilfeller lov om konsesjonskontrakter likevel ikke skal få anvendelse. Unntakene reflekterer unntakene som gjelder for forsvars- og sikkerhetskontrakter som oppstilt i forsvarsanskaffelsesdirektivet. Unntakene i forsvarsanskaffelsesdirektivet artikkel 12 bokstavene a til c omhandler kontrakter som tildeles i henhold til internasjonale regler. I artikkel 13 er det gitt særlige unntak for enkelte tilfeller. Bokstav c gjelder kontrakter som er tildelt innenfor rammen av et samarbeidsprogram. Bokstav f gjelder kontrakter som er levering av militært eller følsomt utstyr. Bokstav g gjelder voldgifts- og meglings tjenester.

§ 7-5 Unntak av hensyn til vesentlige sikkerhetsinteresser

Loven gjelder ikke dersom anvendelsen av denne vil forhindre oppdragsgiveren fra å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser. Loven gjelder likevel dersom oppdragsgiveren kan ivareta disse interessene ved mindre inngripende tiltak, for eksempel ved å pålegge leverandørene taushetsplikt.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 7.

Bestemmelsen stadfester at loven ikke gjelder dersom anvendelsen vil forplikte oppdragsgiver til å gi opplysninger i strid med vesentlige sikkerhetsinteresser. Loven gjelder heller ikke dersom tildelingen og gjennomføringen av konsesjonen er erklært hemmelig eller skal ledsages av særlige sikkerhetstiltak. Dette gjelder imidlertid kun såfremt sikkerhetsinteressene ikke kan beskyttes ved hjelp av mindre inngripende tiltak.

Det er gitt et tilsvarende unntak i anskaffelsesdirektivet artikkel 15 nr. 3. Det vises også til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.11.

§ 7-6 Unntak for visse tjenestekonsesjonskontrakter

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter om

- a. erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom
- b. leie av bygning som skal oppføres. Dette gjelder likevel ikke dersom avtalen i realiteten er en bygge- og anleggsanskaffelse.

- c. anskaffelse, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmateriale som er beregnet på kringkasting eller audiovisuelle bestillingstjenester, og som en kringkaster eller tjenestetilbyder inngår, eller konsesjonskontrakter om sendetider eller programtilbud som oppdragsgiveren inngår med en kringkaster eller tjenestetilbyder
- d. voldgifts- og meglings-tjenester
- e. følgende juridiske tjenester:
 - i. representasjon ved advokat i tvistesaker for nasjonale eller internasjonale domstoler, nemnder, offentlige myndigheter eller institusjoner, eller ved nasjonal eller internasjonal voldgift eller meglings
 - ii. juridisk rådgivning ved advokat til forberedelse av en sak som nevnt i nr. 1 eller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at spørsmålene rådgivningen gjelder, vil bli gjenstand for en slik sak
 - iii. notarialforretninger
 - iv. tjenester som blir utført av en formuesforvalter, verge eller annen person som er oppnevnt av en domstol eller nemnd eller ved lov til å utføre bestemte oppgaver under tilsyn fra en domstol eller nemnd
 - v. juridiske tjenesteavtaler som er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet
- f. følgende finansielle tjenester:
 - i. tjenester i forbindelse med emisjon, salg, kjøp eller annen overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter
 - ii. sentralbank-tjenester
 - iii. prosjekter som oppdragsgiveren utfører sammen med European Financial Stability Facility eller European Stability Mechanism
- g. lån
- h. sivilforsvars-, beredskaps- eller forebyggingstjenester som oppdragsgiveren inngår med ideelle organisasjoner, og som er omfattet av CPV-kodene 75250000 (brannvesen og redningstjenester), 75251000 (tjenester utført av brannvesenet), 75251100 (brannbekjempelse), 75251110 (brannforebygging), 75251120 (bekjempelse av skogbranner), 75252000 (redningstjenester), 75222000 (sivilforsvarstjenester), 98113100 (kjernefysiske sikkerhetstjenester) eller 85143000 (ambulansetjenester) med unntak av pasienttransport med ambulanse

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 10. nr. 8 i konsesjonskontraktdirektivet, bortsett fra bokstav h om politiske kampanjer. Unntaket for politisk kampanjer anses ikke relevant for Norge. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.7.5.

§ 7-7 Unntak for lotteritjenester

Loven gjelder ikke for tjenestekonsesjoner for lotteritjenester som omfattes av CPV-kode 92351100-7, og som tildeles på grunnlag av en enerett kunngjort i Den Europeiske Unions Tidende.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 9.

Loven gjelder ikke for tildelinger av retten til å drive lotterier som omfattes av CVP-koden som angitt i bestemmelsen, der konsesjonen tildeles på grunnlag av en enerett, jf. konsesjonskontraktdirektivet artikkel 7. nr. 2. CPV-kode 92351100-7 gjelder drift av lotteri.

Ifølge fortalen premiss 35 bør ikke konsesjonskontraktdirektivet påvirke medlemsstatenes frihet til å velge måte å organisere og kontrollere driften av pengespill og veddemål, herunder gjennom tillatelser, såfremt dette er i samsvar med EØS-retten. Unntaket gjelder likevel ikke der grunnlaget for eneretten er at leverandøren har vunnet en konsesjonskontrakt i en tidligere konkurranse som involverte kunngjøring og tildeling på bakgrunn av objektive kriterier, for eksempel etter dette regelverket. Dette skiller seg fra situasjonen der en leverandør har enerett etter loven til å permanent operere et lotteri.⁴ Slike lotteritjenester faller gjerne også utenfor definisjonen av en konsesjonskontrakt, jf. § 5-1.⁵

§ 7-8 Unntak for konsesjonskontrakter knyttet til utøvelsen av aktiviteter i tredjeland

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som oppdragsgivere tildeler for å kunne utøve sin aktivitet i en stat som ikke er part i EØS-avtalen. Unntaket gjelder bare når aktiviteten etter konsesjonskontrakten ikke innebærer fysisk utnyttelse av et nettverk eller et geografisk område innenfor EØS.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 10.

Loven gjelder som et utgangspunkt kun for tildeling av konsesjonskontrakter der aktiviteten skal utøves innenfor EØS-området.

§ 7-9 Konsesjonskontrakter som gjelder elektronisk kommunikasjon

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som hovedsakelig har til formål å sette oppdragsgiver i stand til å stille til rådighet eller drive et offentlig kommunikasjonsnett eller levere en eller flere offentlige elektroniske kommunikasjontjenester.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 11 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.7.3.

§ 7-10 Unntak for konsesjonskontrakter knyttet til drikkevannsaktiviteter

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som gir adgang til å utøve aktiviteter eller er knyttet til utøvelse av oppdragsgivers aktiviteter som nevnt i lov om anskaffelser i forsyningssektorene § 4-5 første og andre ledd.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 12. Bestemmelsen er en særregel som ikke gjenfinnes i anskaffelsesdirektivet.

Forsyningsdirektivet artikkel 10 nr. 1 og 2 gjelder aktivitet innen drikkevannsektoren, og aktivitet knyttet til denne sektoren, for eksempler prosjekter innen vanning og tømning og rensing av kloakk. Ifølge fortalen premiss 40 er konsesjoner i vannsektoren ofte omfattet av komplekse særordninger, fordi vann er viktig som et offentlig gode. Disse særordningene begrunner unntaket.

⁴ Arrowsmith 2018 avsnitt 14-65

⁵ Ibid.

§ 7-11 *Unntak for aktivitet som er direkte utsatt for konkurranse*

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som tildeles av oppdragsgivere, dersom det er fastsatt at aktiviteten er direkte utsatt for konkurranse i henhold til lov om anskaffelser i forsyningssektorene § 7-7.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 16.

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som i henhold til forsyningsdirektivet artikkel 35, jf. artikkel 34, er direkte utsatt for konkurranse. Dette kan for eksempel være begrunnet i at oppdragsgiveren har blitt tildelt kontrakten om å drifte forsyningsaktiviteten etter offentlige anskaffelsesprosedyrer. Formålet med regelen er at vedkommende oppdragsgiver ikke skal behøve å følge anskaffelsesregelverket når den senere inngår konsesjonskontrakter knyttet til gjennomføringen av kontrakten den har blitt tildelt.

Unntaket gjelder kun for forsyningssektoren, og har ingen parallell i anskaffelsesdirektivet. Vedtak om fritak som gjelder EFTA-EØS-statene fattes av EFTAs overvåkningsorgan ESA, men av EU-kommisjonen for fritak som gjelder EU-medlemsstatene. En oversikt over ESAs vedtak om fritak fra regelverket finnes på ESAs hjemmesider. Fritakene gjelder blant annet busstransporttjenester, oppstrøms petroleumsaktivitet, produksjon og videresalg av elektrisk kraft i grossistmarkedet, samt enkelte posttjenester.

II. Samarbeid i offentlig sektor

§ 7-12 *Utvidet egenregi*

(1) Loven gjelder ikke ved utvidet egenregi, det vil si når oppdragsgiver inngår kontrakter med et annet rettssubjekt

- a. som oppdragsgiver utøver en kontroll med som tilsvarer den kontroll som utøves over egne avdelinger
- b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer, og
- c. som det ikke er direkte private eierandeler i.

(2) Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer på samme måte. Når vilkårene i første ledd er oppfylt, gjelder heller ikke loven når det kontrollerte rettssubjektet inngår kontrakter med

- a. det kontrollerende rettssubjektet, eller
- b. andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer. Dette gjelder bare når det ikke er direkte private eierandeler i rettssubjektene som angitt i bokstav a og b.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 17. nr. 1 og 2 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.8.

§ 7-13 *Felles kontroll*

(1) Selv om oppdragsgiver ikke alene oppfylder vilkårene i § 7-12 første ledd, gjelder loven heller ikke når det inngås kontrakter med et annet rettssubjekt

- a. som oppdragsgiver og andre oppdragsgivere i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sine egne avdelinger
 - b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer og
 - c. som det ikke er direkte private eierandeler i.
- (2) Kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når
- a. det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne
 - b. de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, og
 - c. det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 17. nr. 3 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.8.

§ 7-14 Samarbeidsavtaler

Loven gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

- a. som har til formål å sikre at offentlige tjenester blir utført for å oppnå et felles mål
- b. som blir utført utelukkende av hensyn til allmennhetens interesse og
- c. der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet gjelder, blir utført på det åpne markedet av de deltagende oppdragsgiverne

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 17. nr. 4 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.8.

§ 7-15 Beregning av aktivitet

Beregningen av den prosentvise aktiviteten etter §§ 7-12 første ledd bokstav b, 7-13 første ledd bokstav b og 7-14 bokstav c skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.

Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 17. nr. 5 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.8.

§ 7-16 Kontrakter med foretak i samme gruppe

- (1) Loven gjelder ikke for kontrakter

- a. som oppdragsgiver inngår med et foretak i samme gruppe, eller
 - b. som et fellesforetak, som er sammensatt utelukkende av oppdragsgivere for å utøve forsyningsaktivitet, inngår med et foretak i samme gruppe som en av disse oppdragsgiverne.
- (2) Et foretak i samme gruppe er et foretak som
- a. har årsregnskaper som er konsolidert med oppdragsgivers årsregnskaper i samsvar med regnskapsloven
 - b. oppdragsgiver direkte eller indirekte kan utøve bestemmende innflytelse over,
 - c. kan utøve bestemmende innflytelse over oppdragsgiver, eller
 - d. sammen med oppdragsgiver er under bestemmende innflytelse fra et annet foretak i kraft av eierskap, annen økonomisk deltakelse eller reglene for virksomheten.
- (3) Første ledd gjelder bare
- a. for varekontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av varer skriver seg fra varekontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.
 - b. for tjenestekontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av tjenester skriver seg fra tjenestekontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.
 - c. for bygge- og anleggskontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av bygge- og anleggsarbeider skriver seg fra bygge- og anleggskontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.

(4) Beregningen etter tredje ledd skal baseres på foretakets leveranser av henholdsvis varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeider, de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dersom det ikke finnes relevante omsetningstall for de siste tre årene, fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt i perioden, er det tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

(5) Dersom flere foretak i samme gruppe leverer de samme eller lignende varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, skal beregningen baseres på den samlede omsetningen av henholdsvis varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider i foretakene i gruppen.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 13 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises kapitlet med merknader til de enkelte paragrafer i forsyningsloven og merknaden til § 9-5.

§ 7-17 *Kontrakter som tildeles av eller til et fellesforetak*

- (1) Loven gjelder ikke for kontrakter
- a. som et fellesforetak inngår med en eller flere av oppdragsgiverne som fellesforetaket er satt sammen av, eller
 - b. som oppdragsgiver inngår med et fellesforetak som oppdragsgiver er en del av.
- (2) Første ledd gjelder bare fellesforetak som er sammensatt utelukkende av oppdragsgivere med det formål å utøve forsyningsaktivitet i minst tre år, og der

oppdragsgiverne har angitt i stiftelsesdokumentet at de vil være en del av fellesforetaket i minimum den samme perioden.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 14 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises kapittel med merknader til de enkelte paragrafer i forsyningsloven og merknaden til § 9-6.

Kapittel 8 Generelle bestemmelser

I. Konsesjonens varighet og særlige tjenesteytelser

§ 8-1 Konsesjonens varighet

(1) Konsesjonskontrakter skal være tidsbegrenset. Varigheten fastsettes av oppdragsgiver på grunnlag av bygge- og anleggsarbeidene som skal utføres, eller tjenestene som skal ytes.

(2) Hvis oppdragsgiver fastsetter en kontraktsvarighet på mer enn fem år, skal varigheten ikke overstige tiden konsesjonsinnehaveren trenger for å tjene inn igjen investeringene, samt få en avkastning på den investerte kapitalen. I vurderingen skal det tas hensyn til hvilke investeringer som kreves for å nå de særskilte målene i konsesjonskontrakten.

(3) Investeringene som det tas hensyn til ved fastsettelse av kontraktslengden skal omfatte både de første investeringene og eventuelle ytterligere investeringer under konsesjonskontraktens løpetid.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 18 nr.1 og 2.

Første ledd angir at det gjelder et krav om tidsbegrensning for konsesjonskontrakter. En konsesjonskontrakt kan ikke ha uendelig varighet, men må inneholde en sluttdato.

Bestemmelsen har ingen direkte parallell verken i anskaffelsesdirektivet eller i forsyningsdirektivet. Formålet med å begrense varigheten til konsesjonskontrakter er å unngå utestenging fra markedet og begrensning av konkurransen jf. fortalen premiss 52. Utestengning fra markedet vil kunne hindre fri bevegelighet for tjenester og etableringsfrihet, jf. fortalen premiss 52. I tillegg følger det av EØS-avtalen artikkel 59 nummer 1 at konkurransereglene og statsstøttereglene skal respekteres ved tildeling av eneretter og særretter. En langvarig eksklusiv rettighet kan etter omstendighetene være i strid med EØS-avtalen artikkel 53 (forbud mot konkurransebegrensende samarbeid); EØS-avtalen artikkel 54 (forbud mot misbruk av dominerende stilling) og EØS avtalen artikkel 61 (forbud mot ulovlig statsstøtte).

I sak C-451/08 *Helmut Müller* viste EU-domstolen til at tungtveiende grunner, særlig hensynet til konkurranse, taler for at en konsesjonskontrakt uten en tidsbegrensning er i strid med EU-retten.

Andre ledd angir nærmere hvordan oppdragsgiver skal gå frem dersom kontraktslengden skal være lengre enn fem år. Vilkaet for at oppdragsgiver kan fastsette en lengre varighet enn fem år er hvis det er nødvendig for å gi konsesjonsinnehaver mulighet til å tjene inn igjen investeringene som planlegges for å gjennomføre konsesjonskontrakten, samt for å oppnå avkastning på den investerte kapitalen. Oppdragsgiver må gjøre en forsvarlig, eller *gyldig* vurdering på tidspunktet for konsesjonstildelingen jf. fortalen premiss 52.

Konsesjonens lengste varighet bør angis i konsesjonsdokumentene, med mindre varighet benyttes som et tildelingskriterium jf. premiss 52. Oppdragsgivere kan også tildele konsesjonskontrakt for en kortere tidsperiode enn tiden som er nødvendig for å tjene inn investeringene, forutsatt at tilknyttede vederlaget fra oppdragsgiver ikke eliminerer driftsrisikoen, jf. fortalen premiss 52.

§ 8-2 *Sosiale og andre særlige tjenesteytelser*

Konsesjoner for sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser som er listet i vedlegg IV til konsesjonskontraktdirektivet, skal kun oppfylle forpliktelsene som følger av §§ 10-2, 10-5, og 16-1.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 19.

Reglene for konsesjoner for sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser er lempeligere enn for andre konsesjonskontrakter. Tjenestene det gjelder er listet opp i vedlegg IV til direktivet, og omfatter blant annet helsetjenester. Terskelverdien er den samme som for andre typer konsesjonskontrakter.

Det er kun reglene for kunngjøring og håndheving som er obligatoriske for slike prosedyrer. Også disse reglene er imidlertid lempeligere enn de alminnelige reglene i del III i loven. For eksempel er kravet til innhold i kunngjøringsskjemaet vesentlig forenklet. Oppdragsgiver trenger heller ikke å sende ut kunngjøring om kontraktsinngåelser innen 48 dager, men kan sendes samlet innen 48 dager etter utgangen av hvert kvartal.

II. Blandede kontrakter

§ 8-3 *Blandede kontrakter*

(1) Reglene i § 8-4 gjelder for blandede kontrakter som gjelder flere typer kontrakter som alle er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet.

(2) Reglene i §§ 8-5 til 8-8 gjelder for blandede kontrakter som delvis er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet, og delvis er omfattet av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet, og forsvarsanskaffelsesdirektivet.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men angir en overordnet inndeling av lovens videre bestemmelser om blandede kontrakter.

Det følger av fortalen til konsesjonskontraktdirektivet, premiss 29, at hvilke regler som kommer til anvendelse bør bestemmes ut fra hva som er kontraktens hovedgjenstand i tilfeller hvor en kontrakt ikke objektivt kan deles opp. I tilfeller hvor kontrakten kan deles opp, gir direktivet regler om hvilke regler som skal komme til anvendelse for de enkelte delene av kontrakten. Enkelte av reglene om blandede anskaffelser er en kodifisering av EU-domstolens praksis.

Hvorvidt en kontrakt kan deles opp eller ikke, må bero på en konkret vurdering jf. fortalen premiss 29. Oppdragsgivers hensikt med kontrakten danner et utgangspunkt for vurderingen, men oppdragsgivers vurdering må kunne støttes av objektiv dokumentasjon. Oppdragsgivers behov for å tildele en samlet kontrakt kan ha en begrunnelse som er både av teknisk og økonomisk art.

§ 8-4 Blandede kontrakter som inneholder flere konsesjoner som er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet

(1) Kontrakter som gjelder både bygge- og anleggsarbeider og tjenesteytelser, skal tildeles etter reglene som gjelder for den ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand.

(2) Hvis en blandet anskaffelse består delvis av sosiale og andre særlige tjenesteytelser jf. § 8-2 og delvis av andre tjenester, skal hovedgjenstanden fastsettes i overensstemmelse med den høyeste anslåtte verdi.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 20 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.3 som gir en nærmere omtale av begrepet «kontraktens hovedgjenstand».

§ 8-5 Blandede kontrakter som er omfattet av flere direktiver

Hvis en kontrakt objektivt kan deles opp, gjelder reglene i §§ 8-6 og 8-7. Hvis en kontrakt ikke objektivt kan deles opp gjelder reglene i § 8-8.

Hvis deler av en kontrakt kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123, eller er underlagt reglene om forsvarsanskaffelser, så gjelder reglene i § 8-9.

Hvis en kontrakt skal dekke flere former for virksomhet, herunder forsyningsaktiviteter, gjelder reglene i § 8-10 og reglene i lov om anskaffelser i forsyningssektorene § 5-6.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 20 nr. 2.

Bestemmelsen gir veiledning til hvilke bestemmelser oppdragsgiver skal benytte for å velge regelsett når det er tale om en blandet kontrakt, som inneholder delkontrakter som er regulert av to eller flere direktiver.

Første ledd oppstiller et skille mellom kontrakter der de ulike delkontraktene objektivt sett kan deles opp, eller ikke. Dersom kontrakten kan deles opp, gjelder reglene i §§ 8-6 og 8-7, og hvis ikke gjelder bestemmelsen i § 8-8.

I *andre og tredje ledd* er det henvist videre til spesialregler for forsvarsanskaffelser og anskaffelser knyttet til forsyningsaktiviteter.

§ 8-6 Blandede kontrakter som kan deles opp på en objektiv måte

(1) Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet, og delvis ikke, kan oppdragsgiver velge å inngå separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten.

(2) Hvis oppdragsgiver velger å tildele én kontrakt, skal oppdragsgiver følge reglene i konsesjonskontraktdirektivet, med mindre noe annet følger av §§ 8-7 eller 8-9.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 20 nr. 3.

Bestemmelsen gjelder for blandede kontrakter som delvis er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet og delvis av en av de andre anskaffelsesdirektivene, og som kan deles opp på en objektiv måte. Oppdragsgiver kan velge mellom å inngå separate delkontrakter eller en blandet kontrakt.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan velge å inngå separate kontrakter for hver delkontrakt. Hvis oppdragsgiver velger å inngå separate kontrakter, er det hver delkontrakt som bestemmer hvilket regelsett som får anvendelse på den enkelte delkontrakten.

Andre ledd angir at oppdragsgiver kan velge å inngå en samlet kontrakt, en blandet kontrakt, etter reglene i konsesjonskontraktdirektivet. Reglene i konsesjonskontraktdirektivet får da anvendelse uavhengig av verdien av de delene som ellers ville ha vært regulert etter en av de andre direktivene. Oppdragsgiver kan ikke inngå en blandet kontrakt etter reglene i konsesjonskontraktdirektivet hvis noe annet følger av §§ 8-7 eller 8-9.

§ 8-7 Blandede kontrakter som delvis er regulert av konsesjonskontraktdirektivet, og delvis av anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet

Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av reglene i konsesjonskontraktdirektivet og delvis av anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet, skal den blandede kontrakten tildeles i samsvar med reglene i anskaffelsesloven eller lov om anskaffelser i forsyningssektorene.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 20. nr. 4.

Bestemmelsen gjelder dersom anskaffelsen gjelder en blandet anskaffelse med kontrakter som objektivt kan deles opp, jf. § 8-5. Hvis anskaffelsen inneholder elementer som delvis er en konsesjon og delvis enten er omfattet av anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet, skal reglene i en av de to sistnevnte direktivene anvendes.

Den praktiske konsekvensen av bestemmelsen er at en anskaffelse som delvis er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet og delvis av anskaffelsesdirektivet, skal følge reglene i anskaffelsesdirektivet. Videre at en anskaffelse som delvis er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet og delvis av forsyningsdirektivet, skal følge reglene i forsyningsdirektivet.

§ 8-8 Blandede kontrakter som ikke kan deles opp på en objektiv måte

(1) Dersom de forskjellige delene av en kontrakt ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte, skal kontrakt inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand.

(2) Dersom slike kontrakter både omfatter elementer av en tjenestekonsesjon og en varekontrakt, er det ytelsen som har den høyeste verdien som er kontraktens hovedgjenstand.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 20 nr. 5.

Første ledd regulerer blandede kontrakter som inneholder elementer som delvis er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet og delvis et av de andre direktivene som gjelder offentlige anskaffelser. Hvis kontrakten objektivt ikke kan deles opp, skal anskaffelsen følge reglene som gjelder for kontraktens hovedgjenstand.

Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.3 som gir en nærmere omtale av begrepet «kontraktens hovedgjenstand».

Andre ledd regulerer det tilfelle at en blandet kontrakt, som ikke objektivt kan deles opp, inneholder elementer av en tjenestekonsesjon og en varekontrakt. Oppdragsgiver må i disse tilfellene foreta en vurdering av de ulike elementene i kontrakten for å se om det er tjenestene eller varene som har høyeste verdi. Elementet med høyest verdi skal være å anse som

kontraktens hovedgjenstand, og er bestemmende for hvilke regler oppdragsgiver skal følge jf. første ledd.

§ 8-9 *Blandede kontrakter som omfatter forsvars -og sikkerhetslementer*

(1) Reglene i denne bestemmelsen skal få anvendelse hvis en blandet kontrakt inneholder elementer av en konsesjon som er omfattet av loven, og anskaffelse eller andre elementer som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet.

(2) For kontrakter som dekker flere former for aktiviteter, der en av disse er omfattet av enten forsyningsaktivitet jf. vedlegg II til konsesjonskontraktdirektivet eller av forsyningsdirektivet, og en annen av EØS-avtalen artikkel 123 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet, gjelder § 8-11 og § 8-3 i forsyningsloven.

(3) Hvis en kontrakt inneholder elementer som kan deles opp på en objektiv måte, kan oppdragsgiver velge å inngå separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller å tildele én kontrakt.

(4) Hvis oppdragsgiver i tilfeller nevnt i tredje ledd velger å tildele én kontrakt, gjelder følgende:

- a. dersom en del av kontrakten er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, eller forskjellige deler er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet, kan kontrakten tildeles uten å anvende loven, forutsatt at tildelingen av én samlet kontrakt er objektivt begrunnet.
- b. dersom en del av kontrakten er omfattet av forsvarsanskaffelsesdirektivet kan oppdragsgiver velge om reglene i loven eller reglene i forsvarsanskaffelsesdirektivet skal anvendes, forutsatt at tildelingen av én samlet kontrakt er objektivt begrunnet.

(4) Dersom de forskjellige delene av kontrakten ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte, og kontrakten inneholder elementer som omfattes av EØS-avtalen artikkel 123, kan oppdragsgiver tildele kontrakten uten å anvende loven. I andre tilfeller kan oppdragsgiver velge om reglene i denne loven eller forsvarsanskaffelsesdirektivet skal anvendes.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 21.

Bestemmelsen gir særregler for hvilke regler som skal anvendes når oppdragsgiver skal tildele en blandet kontrakt som inneholder forsvars- og sikkerhetsaspekter. Den gjelder for kontrakter som består av elementer av konsesjoner omfattet av loven og elementer omfattet av forsvarsanskaffelsesdirektivet. Et eksempel på en slik kontrakt er anskaffelse av et militærfly og vedlikehold som ytes under en form for konsesjon hvor konsesjonsinnehaver i tillegg vedlikeholder andre flytyper på egen risiko.⁶

§ 8-10 *Kontrakter som omfatter elementer av forsyningsaktiviteter*

(1) Reglene i denne bestemmelsen skal få anvendelse hvis en blandet kontrakt inneholder aktivitet som nevnt i konsesjonskontraktdirektivet vedlegg II, eller andre former for aktivitet som er regulert i lov om anskaffelser for forsyningssektorene.

⁶ Arrowsmith 2018 avsnitt 14.38

(2) Oppdragsgiver kan velge å tildele separate kontrakter, eller tildele én samlet kontrakt, dersom anskaffelsen gjelder flere former for aktivitet nevnt i første ledd.

(3) En kontrakt som skal dekke flere former for aktivitet, bør omfattes av de reglene som gjelder for virksomheten som kontrakten hovedsakelig er beregnet på.

(4) Hvis det ikke er mulig å fastslå hvilken form for aktivitet kontrakten hovedsakelig er beregnet på, gjelder følgende

- a. konsesjonen skal tildeles i samsvar med denne lovens bestemmelser, som gjelder for oppdragsgivere nevnt i § 1-3 første ledd, dersom konsesjonen gjelder aktivitet som er omfattet av denne loven
- b. kontrakten skal følge reglene i anskaffelsesdirektivet, dersom én av formene for aktivitet som kontrakten er beregnet på er omfattet av denne loven, og de andre formene for virksomhet er omfattet av anskaffelsesdirektivet
- c. kontrakten skal følge reglene i denne loven dersom én av formene for virksomhet som kontrakten er beregnet på, er omfattet av denne loven og de andre formene for aktivitet ikke er omfattet av denne loven, anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 22.

Bestemmelsen er et unntak fra artikkel 20, ved at det gis særegne regler om valg av regelsett for en anskaffelse dersom den inneholder elementer av forsyningsaktiviteter.

Første ledd angir at bestemmelsen får anvendelse hvis en blandet kontrakt inneholder som nevnt i konsesjonskontraktdirektivet vedlegg II eller andre former for aktivitet som er regulert av forsyningsdirektivet. Det er ikke fullt ut samsvar mellom de forsyningsaktiviteter som er listet i vedlegg II, og de som er omfattet av forsyningsdirektivet.

Dersom en blandet kontrakt inneholder elementer av forsyningsaktiviteter og i tillegg inneholder virksomhet som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet, gjelder reglene i § 8-11, som gir særregler for slike anskaffelser.

Det følger av konsesjonskontraktdirektivet artikkel 22 nr. 1 tredje avsnitt at valget mellom å tildele én kontrakt eller å tildele flere separate kontrakter ikke skal tas for å unngå at kontrakten eller kontraktene omfattes av dette direktivs virkeområde, eller der hvor det er relevant, anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet. Dette er en gjengivelse av omgåelsesforbudet i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 3 nr. 1 andre avsnitt, som er foreslått gjennomført i ny § 1-9.

Andre ledd angir at oppdragsgiver kan velge mellom å tildele separate kontrakter eller tildele én samlet kontrakt. Hvis oppdragsgiver velger å inngå separate kontrakter, er det hver delkontrakt som bestemmer hvilket regelsett som får anvendelse på den enkelte delkontrakten.

Tredje ledd regulerer det tilfellet at oppdragsgiver tildeler én samlet kontrakt, og angir at en kontrakt som skal dekke flere former for aktivitet bør følge de reglene som gjelder for aktivitet som kontrakten hovedsakelig er beregnet på.

Fjerde ledd gir detaljerte føringer på valg av regler i de tilfeller oppdragsgiver i henhold til andre ledd velger å tildele én samlet kontrakt, og det jf. tredje ledd ikke er mulig å angi hva kontrakten hovedsakelig er beregnet på.

§ 8-11 *Konsesjoner som omfatter forsyningsaktivitet og virksomhet som omfatter forsvars- og sikkerhetslementer*

(1) Oppdragsgiver kan velge å tildele separate kontrakter, eller tildele én samlet kontrakt.

(2) Hvis en kontrakt gjelder virksomhet omfattet av denne loven og annen virksomhet som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 kan oppdragsgiver tildele kontrakt uten å anvende reglene i dette direktivet.

(3) Hvis en kontrakt gjelder virksomhet omfattet av denne loven og annen virksomhet som er omfattet av forsvarsanskaffelsesdirektivet kan oppdragsgiver velge mellom å følge reglene i denne loven eller reglene i forsvarsanskaffelsesdirektivet.

(4) Reglene i andre og tredje ledd gjelder bare dersom tildelingen av én samlet kontrakt er objektivt begrunnet.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonsdirektivet artikkel 23.

Første ledd angir oppdragsgivers handlingsrom ved tildeling av konsesjoner som omfatter både forsyningsaktivitet som nevnt i vedlegg II og aktivitet som omfatter forsvars- og sikkerhetslementer. Oppdragsgiver kan velge mellom å tildele separate kontrakter, eller tildele én samlet kontrakt. Hvis oppdragsgiver velger å inngå separate kontrakter, er det de separate kontraktene som bestemmer hvilke regler som får anvendelse. Oppdragsgiver kan ikke velge mellom én eller samlet kontrakt med hensikt om å unnta kontrakten fra regelverket.

Fjerde ledd presiserer at reglene i andre og tredje ledd bare gjelder dersom tildelingen av én samlet kontrakt er objektivt begrunnet. Direktivet presiserer ikke nærmere hva som ligger i begrepet objektive grunner, men det må etter alminnelig tolkning være noe annet enn oppdragsgivers subjektive betraktninger.

Kapittel 9 Særlige situasjoner

§ 9-1 Konsesjonskontrakter med forbehold

Oppdragsgiver kan begrense deltakelse i en konkurranse til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette gjelder bare når minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har nedsatt funksjonsevne eller er vanskeligstilt. Konsesjonskunngjøringen skal inneholde en henvisning til direktiv 2014/23/EU artikkel 24.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 24. Det følger av bestemmelsen at oppdragsgiver kan begrense deltakelsen i konkurransen på nærmere vilkår. Anskaffelsesdirektivet har en tilsvarende bestemmelse i artikkel 20, og det vises til fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.14.

Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 24 angir at tjenestekonsesjoner som definert i artikkel 19, den veiledende kunngjøringen, skal vise til direktivbestemmelsen om konsesjonskontrakter med forbehold. Siden kunngjøringen skjer i TED, må henvisningen vise til direktivbestemmelsen, og ikke til den norske kunngjøringsbestemmelsen.

§ 9-2 Konsesjonskontrakter som gjelder forsknings- og utviklingstjenester

Loven gjelder bare for tildelingen av kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester, som er omfattet av CPV-kodene 73000000-2 til 73120000- 9, 73300000-5, 73420000-2 og 73430000-5 dersom

- a. utbyttet fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet, og
- b. oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 25 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.10.

§ 9-3 *Leverandørens organisering*

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten vedkommende er etablert.

(2) Oppdragsgiver kan kreve at en leverandør som er en juridisk person, oppgir navn og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten. Opplysningene skal gis i forespørselen om å delta i konkurransen eller i tilbudet.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 26 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.13.

Første ledd stenger for at oppdragsgiver kan avvise en leverandør med henvisning til vedrommenes organisasjonsform. Dette forutsetter at leverandøren har rett til å levere den aktuelle ytelsen i henhold til lovgivningen i den stat hvor leverandøren, i EØS-rettslig sammenheng, anses etablert.

Andre ledd regulerer oppdragsgivers adgang til å kreve opplysninger om hvem som skal utføre kontrakten.

§ 9-4 *Sammenslutninger av leverandører*

(1) Sammenslutning av leverandører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan ikke kreve at sammenslutningen skal ha en bestemt juridisk form.

(2) Oppdragsgiver kan presisere hvordan sammenslutninger av leverandører må oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner. Presiseringen må være objektiv begrunnet og forholdsmessig.

(3) Alle vilkår for gjennomføringen av en kontrakt som pålegges en sammenslutning av leverandører og som avviker fra vilkår som pålegges individuelle leverandører, skal være objektivt begrunnet og være forholdsmessig.

(4) Uavhengig av første til tredje ledd kan oppdragsgiver kreve at en sammenslutning av leverandører antar en bestemt juridisk form når de er tildelt kontrakten, dersom dette er nødvendig for å sikre en tilfredsstillende utførelse av kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 26 nr. 2 og 3. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.13.

§ 9-5 CPV-koder

Når loven krever at oppdragsgiver bruker CPV-koder til å klassifisere en anskaffelse, skal oppdragsgiver bruke CPV-koder som er fastlagt i EU. Departementet kan gi forskrift om hvilke CPV-koder oppdragsgiver skal bruke.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 27. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.17.

CPV-koder er EU-kommisjonens felles klassifikasjon for offentlige innkjøp, Common Procurement Vocabulary (CPV).

§ 9-6 Regler for kommunikasjon

(1) All kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandør skal skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(2) Verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon skal være ikke-diskriminerende og allment tilgjengelige og ikke begrense leverandørens mulighet til å delta i konkurransen.

(3) Kommunikasjonsmidler skal være kompatible med alminnelige teknologiske løsninger og produkter.

(4) Unntakene i anskaffelsesloven § 9-8 gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 29 nr. 1 og 2.

Kapitel 10 Regler for tildeling av konsesjonskontrakter

I. Alminnelige regler

§ 10-1 *Generelle prosedyreregler*

(1) Oppdragsgiver kan fritt organisere prosedyren som fører til valget av konsesjonsinnehaver, forutsatt at reglene i denne loven overholdes.

(2) Prosedyren ved tildeling av konsesjonskontrakter skal være i samsvar med prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. Oppdragsgiver skal ved tildelingen av konsesjonskontrakter ikke gi opplysninger på en måte som innebærer forskjellsbehandling, eller som kan gi enkelte leverandører en fordel i forhold til andre.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 30.

Første ledd angir at oppdragsgiver fritt kan bestemme hva slags anskaffelsesprosedyre som skal benyttes. Det er ingen krav til å bruke en særskilt prosedyre, i motsetning til i anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet. Dette gir oppdragsgiver fleksibilitet, og reflekterer at konsesjonsinnehaverne påtar seg ansvar og risiko som tradisjonelt bæres av oppdragsgivere og normalt ligger innenfor deres ansvarsområde, jf. fortalen premiss 68. Regelen må ses i sammenheng med oppdragsgivers plikt til å fastlegge prosedyren i forkant av anskaffelsen. Oppdragsgiver må overholde prinsippene i artikkel 3 ved tildeling av konsesjonskontraktene.

Andre ledd fastslår at oppdragsgiver plikter å sikre gjennomsiktighet ved gjennomføring av konkurransen og tildeling av konsesjonskontrakten.

II. Kunngjøring

§ 10-2 Konsesjonskunngjøring

(1) Oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen om en konsesjonskontrakt gjennom en konsesjonskunngjøring.

(2) Konsesjonskunngjøringene skal inneholde opplysninger som nevnt i vedlegg V, og eventuelt andre opplysninger som oppdragsgiver anser som nyttige, i samsvar med standardskjemaene for kunngjøring.

(3) Konsesjoner som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser jf. § 8-2, skal gjøre sine planlagte konsesjonstildelinger kjent gjennom offentliggjøring av en veiledende kunngjøring som inneholder opplysninger angitt i vedlegg VI.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 31 nr. 1 til 3.

§ 10-3 Unntak fra kunngjøring

(1) Kunngjøring er ikke påkrevet dersom bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytelsen kun kan leveres av én bestemt leverandør som følge av at

- a. formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller en unik kunstnerisk fremføring
- b. konkurranse er umulig av tekniske årsaker
- c. leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter.

(2) Unntakene i første ledd bokstavene b og c gjelder bare når det ikke foreligger andre rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset konsesjonsdokumentene til en bestemt leverandør.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 31 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.20.7.1.2.

§ 10-4 Unntak for gjentatt kunngjøring

Kunngjøring er ikke påkrevet dersom oppdragsgiver ikke mottok forespørsler om å delta eller tilbud, eller dersom disse ikke var egnede. Oppdragsgiver kan i så fall ikke gjøre vesentlige endringer i vilkårene for konsesjonskontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 31 nr. 5. Det følger av konsesjonskontraktdirektivet artikkel 31 nr. 5 andre avsnitt at et tilbud anses for ikke å være egnet dersom det er irrelevant for konsesjonen, og det er åpenbart at tilbudet ikke kan oppfylle oppdragsgivers behov uten vesentlige endringer. Oppdragsgivers behov er definert i konsesjonsdokumentene.

Det følger av konsesjonskontraktdirektivet artikkel 31 nr. 5 tredje avsnitt bokstav a at et tilbud anses for ikke å være egnet dersom det foreligger avvisningsgrunner jf. konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 nr. 4 til 9, eller at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskrav som er fastsatt av oppdragsgiver.

Bruk av unntaket utløser opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 39.

§ 10-5 *Kunngjøring av konsesjonstildeling*

(1) Oppdragsgiver skal kunngjøre tildeling av en konsesjonskontrakt senest innen 48 dager etter at konsesjonskontrakten er tildelt. Kunngjøringen skal inneholde opplysninger som angitt i vedlegg VII.

(2) For kontraktstildelinger som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser jf. § 8-2, skal kunngjøringen inneholde opplysninger angitt i vedlegg VIII, og sendes samlet innen 48 dager etter utgangen av hvert kvartal.

(3) Kunngjøringen av kontraktsinngåelsen skal offentliggjøres i samsvar med § 10-6.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 32.

Første ledd angir at oppdragsgiver må kunngjøre kontraktsinngåelsen senest 48 dager etter at konsesjonskontrakten er tildelt, til forskjell fra anskaffelsesdirektivet artikkel 50 nr. 1, som oppstiller en 30-dagers frist for kunngjøring av kontraktsinngåelse.

Andre ledd regulerer kunngjøring av kontraktsinngåelsen for sosiale og andre særlige tjenesteytelser. For slike konsesjoner gis oppdragsgiver en større fleksibilitet ved at slike kunngjøringer av kontraktsinngåelser kan sendes samlet 48 dager etter utgangen av hvert kvartal.

§ 10-6 *Krav til innholdet i kunngjøringer*

(1) Kunngjøringer som nevnt i §§ 10-2 til 10-5 skal inneholde opplysninger som fremgår av vedlegg V, VI, VII, VIII og XI til konsesjonskontraktdirektivet. Opplysningene skal gis i kunngjøringsskjema.

(2) Departementet kan gi forskrift om hvilke opplysninger som skal fremgå av kunngjøringer, og hvilken informasjon som skal fremgå av kunngjøringsskjema.

(2) Kunngjøringen skal være på ett av de offisielle EU-språkene, og det er bare kunngjøringen på EU-språket som er gyldig.

(3) Oppdragsgiver skal motta og oppbevare kvittering på kunngjøringen.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 33 nr. 1 til 3.

§ 10-7 *Nasjonal kunngjøring*

(1) Kunngjøringene i §§ 10-2 til 10-5, eller opplysningene i disse, skal ikke kunngjøres nasjonalt eller på annen måte gjøres kjent før den dagen de publiseres i TED-databasen. Dette gjelder likevel ikke hvis TED-databasen ikke har publisert kunngjøringen innen 48 timer etter at oppdragsgiver har mottatt bekreftelse på mottak av kunngjøringen.

(2) Den nasjonale kunngjøringen skal ikke inneholde andre opplysninger enn dem som blir publisert i TED-databasen eller på en kjøperprofil.

(3) Oppdragsgiver kan ikke offentliggjøre veiledende kunngjøringer på sin kjøperprofil før den dagen offentliggjøring om bruk av kjøperprofilen sendes til TED-databasen. Oppdragsgiver skal angi dato for oversendelsen.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 33 nr. 4.

§ 10-8 *Elektronisk tilgang til konsesjonsdokumenter*

(1) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konsesjonsdokumentene fra kunngjøringsdatoen, eller fra det tidspunktet invitasjon til å inngi tilbud ble sendt. Konsesjonskunngjøringen skal inneholde internettadressen der konsesjonsdokumentene er tilgjengelig.

(2) Dersom det i særlige tilfeller, av ekstraordinære sikkerhetsmessige eller tekniske årsaker som følge av særlig følsomme opplysninger som krever en høy grad av beskyttelse, ikke kan tilbys jf. første ledd, skal oppdragsgiver angi i kunngjøringen eller i invitasjonen at dokumentene blir oversendt på annen måte. Tilbudsfristen skal i disse tilfeller forlenges.

(3) Oppdragsgiver skal svare på spørsmål eller levere tilleggsopplysninger knyttet til konsesjonsdokumentene til alle leverandører som deltar i tildelingsprosedyren. Dette gjelder likevel så langt forespørselen er fremsatt i tide, og senest seks dager før tilbudsfristen.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 34.

Kapittel 11 Planlegging og gjennomføring av konkurransen

§ 11-1 *Kravspesifikasjoner*

(1) Kravspesifikasjonen skal angi kravene som stilles til egenskapene til tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som konsesjonskontrakten gjelder, i form av tekniske eller funksjonelle krav. Kravene skal ha tilknytning til leveransen og angis i konsesjonsdokumentene.

(2) Kravspesifikasjonen kan vise til alle sider av og trinn i livssyklusen til tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene

(3) Kravspesifikasjonen kan ikke vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. En slik henvisning er likevel tillatt dersom en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden ikke er mulig å utarbeide. Henvisningen skal følges av uttrykket «eller tilsvarende»

(4) Oppdragsgiver kan ikke avvise et tilbud med den begrunnelsen at de tilbudte bygge- og anleggsarbeidene og tjenestene ikke oppfyller de tekniske kravene og funksjonskravene, dersom leverandøren på egnet måte godtgjør i tilbudet at de løsningene som foreslås på en likeverdig måte oppfyller de tekniske kravene i spesifikasjonen.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 36.

Kravspesifikasjonene kan for eksempel omfatte kvalitetsnivåer, miljø- og klimaprestasjoner, universell utforming og samsvarsvurdering, ytelse, sikkerhet eller dimensjoner, terminologi, symboler, prøving og prøvingsmetoder, merking eller bruksanvisninger.

Bestemmelsen forbyr oppdragsgiver å avvise et tilbud på grunn av at de tekniske kravene og funksjonskravene ikke er oppfylt, dersom leverandøren godtgjør at de tilbudte løsningene oppfyller kravene på tilsvarende måte. Regelen skiller seg fra anskaffelsesdirektivet ved at oppdragsgiver ikke kan kreve spesifikke krav til dokumentasjon. Leverandører har frihet til å bestemme hvordan de vil dokumentere at de tilbudte løsningene er en fullgod måte å oppfylle kravene på.

Likebehandlingsprinsippet tilsier at oppdragsgiver også bør opplyse om adgangen til å tilby løsninger som på tilsvarende måte oppfyller de tekniske kravene og funksjonskravene i konsesjonsdokumentene.⁷

Ifølge fortalen premiss 67 bør kravene inngå i konsesjonsdokumentene og følge prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. De bør utformes slik at begrensning av konkurranse unngås, særlig gjennom krav som begunstiger en bestemt leverandør. En oppdragsgiver bør for eksempel unngå å angi viktige egenskaper ved varene, bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene som vedkommende leverandør normalt tilbyr.

§ 11-2 *Generelle krav til gjennomføring av konkurransen*

(1) Konsesjoner skal tildeles på grunnlag av tildelingskriterier som er fastsatt av oppdragsgiveren i samsvar med § 11-11, forutsatt at følgende vilkår er oppfylt

- a. tilbudet oppfyller minstekravene
- b. leverandøren oppfyller vilkårene for å delta i konkurransen jf. § 11-3
- c. tilbyderer ikke er avvist jf. reglene i kapittel 12

(2) Oppdragsgiver kan begrense antallet leverandører til et hensiktsmessig antall, forutsatt at dette gjøres på en åpen måte og på grunnlag av objektive kriterier. Antallet leverandører skal være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

(3) Oppdragsgiveren skal oversende alle deltakerne beskrivelsen av plan for organiseringen av prosedyren og en veiledende frist for gjennomføring. Alle endringer skal formidles til alle deltakere, og hvis endringene gjelder opplysninger som er angitt i konsesjonskunngjøringen, skal alle potensielle leverandører orienteres.

(4) Oppdragsgiver skal sørge for egnet dokumentasjon av trinnene i anskaffelsesprosessen.

(5) Oppdragsgiver kan gjennomføre forhandlinger med leverandører. Konsesjonens gjenstand, tildelingskriteriene og kvalifikasjonskravene skal ikke endres under forhandlingene.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 37.

Første ledd angir overordnet hvordan tildelingsprosessen skal skje.

⁷ Ibid. avsnitt 14-93

Andre ledd gir oppdragsgiver mulighet til å begrense antall leverandører i konkurransen. Til forskjell fra anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet, oppstiller ikke direktivet et minimum antall leverandører som skal inviteres til å delta i konkurransen. For prosedyrene konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurransen om innovasjonspartnerskap og konkurransepreget dialog i anskaffelsesdirektivet er minimumsnivået tre leverandører. Fravær av et minimumsantall kan tilsi at det, etter en konkret vurdering, kan holde kun å invitere to leverandører til å delta i konkurransen.

Tredje ledd angir viktige føringer på fremgangsmåten til oppdragsgiver. Oppdragsgiver må på forhånd forklare hvordan prosedyren er tenkt gjennomført, med veiledende frister. Fremgangsmåten skal formidles til alle som deltar i konkurransen. Dersom oppdragsgiver endrer opplysninger som er angitt i konsesjonskunngjøringen, må oppdragsgiver orientere alle leverandører, noe som i praksis vil si en oppdatert kunngjøring med nye opplysninger.

Fjerde ledd er et utslag av gjennomsiktighetsprinsippet. Til forskjell fra anskaffelsesdirektivet er det ingen generell plikt til å utforme en anskaffelsesprotokoll, men oppdragsgiver skal dokumentere trinnene i prosedyren på en måte den anser hensiktsmessig. Oppdragsgiver må hensynta eventuelle kommersielt sensitive opplysninger i forbindelse med dokumentasjonen.

Femte ledd angir utgangspunktet om at oppdragsgiveren alltid kan forhandle med leverandører. Andre setning begrenser hva det kan forhandles om, og sikrer at oppdragsgiver ikke får ubegrenset valgfrihet med hensyn til valget av konsesjonsinnehaver.

§ 11-3 Kvalifikasjonskrav

(1) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner, inkludert krav til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner.

(2) Oppdragsgivere skal kontrollere kvalifikasjonskravene som gjelder leverandørens faglige og tekniske dyktighet og finansielle og økonomiske evne, på grunnlag av egenerklæringer eller referanser. Dette skal framlegges som dokumentasjon i samsvar med kravene angitt i konsesjonskunngjøringen.

(3) Kravene skal være ikke-diskriminerende og stå i rimelig forhold til hva konsesjonskontrakten gjelder.

(4) Kravene skal ha tilknytning til leveransen og være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre konsesjonskontrakten. Det skal tas hensyn til hva konsesjonskontrakten gjelder og målet om å sikre reell konkurranse.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 nr. 1.

Første ledd angir at en oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner, herunder til faglig og teknisk dyktighet og finansiell og økonomisk evne. Opplistingen er ikke uttømmende, jf. sak C-486/21 *Sharengo* avsnitt 86 og 87.

Andre ledd oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å kontrollere om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Dette skal gjøres på grunnlag av egenerklæringer eller referanser, gitt i samsvar med kravene oppstilt i konsesjonskunngjøringen. Bestemmelsen gir oppdragsgiver en skjønnsfrihet med hensyn til hvilken dokumentasjon som kan underbygge at et kvalifikasjonskrav er oppfylt. For eksempel kan en egenerklæring vurderes av oppdragsgiver som utilstrekkelig dokumentasjon dersom det dreier seg om en langvarig konsesjonskontrakt med få leverandører.

Tredje ledd fremholder at kvalifikasjonskravene må stå i rimelig forhold til hva konsesjonskontrakten gjelder og være ikke-diskriminerende.

§ 11-4 *Andre aktørers kapasitet*

(1) For å oppfylle kvalifikasjonskravene kan en leverandør, når det er relevant og i forbindelse med en bestemt konsesjonskontrakt, utnytte andre leverandørers kapasitet, uavhengig av hvordan vedkommende rettslig sett er tilknyttet de aktuelle leverandørene.

(2) Dersom en leverandør ønsker å utnytte andre leverandørers kapasitet, skal vedkommende dokumentere overfor oppdragsgiveren at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene i konsesjonsperioden, for eksempel ved å framlegge en erklæring om dette fra de aktuelle leverandørene.

(3) Når det gjelder finansiell evne, kan oppdragsgiveren kreve at leverandøren og de andre leverandørene er solidarisk ansvarlige for gjennomføringen av konsesjonskontrakten.

(4) På samme vilkår kan en gruppe av leverandører som nevnt i § 9-4 utnytte kapasiteten til deltakere i gruppen eller til andre leverandører.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 nr. 2 og 3.

Første ledd fastsetter at leverandører kan bygge på andre leverandørers kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskrav. Reglene gjelder uavhengig av hvordan leverandøren er tilknyttet de ulike aktørene og uavhengig av om leverandøren deltar alene eller i et fellesskap.

Andre ledd krever at leverandøren må råde over de nødvendige ressursene til den andre leverandørene i konsesjonsperioden. Leverandøren plikter å dokumentere dette overfor oppdragsgiver. Dette kan for eksempel gjøres ved å fremlegge en erklæring til oppdragsgiver.

Tredje ledd gir oppdragsgiver mulighet til å kreve at leverandøren og de andre leverandørene, skal være solidarisk ansvarlig for finansiell evne.

Fjerde ledd angir at tilsvarende regler gjelder for en gruppe av leverandører.

§ 11-5 *Fastsettelse av frister*

(1) Når oppdragsgiver setter frister for mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen, skal det tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsel eller tilbud.

(2) Når det bare er mulig å gi tilbud etter en befaring eller en gjennomgang av supplerende konsesjonsdokumenter på stedet, skal oppdragsgiver sette en tilbudsfrist som er forholdsmessig lenger enn minimumsfristen.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 39. nr. 1 og 2. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.32.

§ 11-6 *Minimumsfrister*

(1) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager fra den datoen da konsesjonskunngjøringen sendes til TED-databasen. Dette gjelder uavhengig av om forespørselen inkluderer tilbud.

(2) Dersom konkurransen foregår i flere trinn, skal fristen for mottak av det innledende tilbudet være minst 22 dager fra den datoen oppdragsgiver sender invitasjon til å gi tilbud.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 39.

Første ledd fastsetter at det gjelder en minimumsfrist på 25 dager fra datoen kunngjøringen sendes til TED. Dette gjelder, til forskjell fra reglene om konkurranse med forhandling i anskaffelsesdirektivet, uavhengig av om forespørselen inkluderer tilbud. Det er ikke anledning til å sette en kortere frist. Oppdragsgivere er imidlertid forpliktet til å ta hensyn til konsesjonens kompleksitet og tiden som er nødvendig for å utarbeide tilbud eller forespørsler når frister fastsettes. Dette kan føre til at det må settes en lenger frist for mottak av tilbud enn minimumsfristen som følger av andre ledd.

Andre ledd fastsetter frist for mottak av tilbud i tilfeller hvor konkurransen foregår i flere trinn. Oppdragsgiver må også her ta hensyn til konsesjonens kompleksitet når fristen fastsettes, noe som kan føre til en lengre frist enn minimumsfristen.

§ 11-7 *Inngivelse av tilbud*

(1) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud skal være minst 25 dager regnet fra den dagen den alminnelige kunngjøringen sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiveren ikke krever at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 30 dager.

(2) I konkurranser hvor bare leverandørene som blir invitert av oppdragsgiveren, kan gi tilbud, skal fristen for mottak av det første tilbudet være minst 22 dager regnet fra den dagen oppdragsgiveren sender invitasjonen til å gi tilbud.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 39 nr. 3 til 5. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.20.

§ 11-8 *Meddelelse fra oppdragsgiver*

(1) Oppdragsgiver skal så raskt som mulig gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutning om å tildele en konsesjonskontrakt, herunder:

- a. navn på valgte leverandør
- b. begrunnelsen for at leverandørens forespørsel eller tilbud ble avvist
- c. begrunnelse for å avlyse eller gjenoppta konkurransen

(2) Meddelelse om tildelingsbeslutningen skal inneholde informasjon om hvilken leverandør som har vunnet kontrakten og hvorfor. Oppdragsgiver skal også opplyse om karenperioden.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 40 nr. 1 første avsnitt.

§ 11-9 *Meddelelse etter forespørsel fra en berørt leverandør*

På forespørsel fra en berørt leverandør skal oppdragsgiver så fort som mulig, og uansett innen femten dager fra å ha mottatt en skriftlig henvendelse, informere enhver

leverandør som har innlevert et gyldig tilbud, om egenskapene og de relative fordelene ved det valgte tilbudet.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 40 nr. 1 andre avsnitt.

§ 11-10 *Opplysninger som kan unntas fra meddelelser*

Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra begrunnelsen dersom utsendelse vil hindre håndhevingen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller skade konkurransen mellom leverandørene.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 40 nr. 2.

§ 11-11 *Tildelingskriterier*

(1) Konsesjonskontrakter skal tildeles på grunnlag av objektive tildelingskriterier som er i samsvar med prinsippene i § 4-2, og som sikrer at tilbudene vurderes på reelle konkurransevilkår. Kriteriene skal angis i prioritert rekkefølge.

(2) Tildelingskriteriene skal være knyttet til det konsesjonen gjelder og skal ikke gi oppdragsgiveren ubegrenset valgfrihet. Tildelingskriteriene kan blant annet omfatte miljøkriterier, sosiale kriterier eller kriterier som fremmer innovasjon.

(3) Oppdragsgiver skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium. Dokumentasjonskravene skal gjøre det mulig å kontrollere leverandørens opplysninger på en effektiv måte. Oppdragsgiveren skal kontrollere om det er reell overensstemmelse mellom tilbudene og tildelingskriteriene.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 41 nr. 1 til 3 første ledd. Bestemmelsene skiller seg delvis fra reglene i anskaffelsesdirektivet ved at de gir et større handlingsrom både ved utformingen av og ved evaluering av kriteriene.

Første ledd angir at konsesjonskontrakter skal tildeles på grunnlag av objektive tildelingskriterier. Tildelingskriteriene skal fastsettes i overensstemmelse med prinsippene i § 4-2. I tillegg skal tildelingskriteriene være utformet på en måte som sikrer at tilbudene i konkurransen blir vurdert på reelle konkurransevilkår, slik at oppdragsgiver kan oppnå en overordnet økonomisk fordel.

Tildelingskriteriene skal angis i prioritert rekkefølge, med de viktigste først. Det er ingen plikt til å angi tildelingskriterienes relative vekt, jf. motsetningsvis i anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 5.

Andre ledd første setning har, i likhet med anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 4, en bestemmelse om at tildelingskriteriene ikke må gi oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet. I dette ligger et krav om at det må være mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å fortolke dem på samme måte, jf. sak C-19/00 *Siac*. De må også være utformet så presist at de ikke gir oppdragsgiver et ubegrenset skjønn.

Tredje ledd krever, i likhet med anskaffelsesdirektivet, at det må stilles dokumentasjonskrav under hvert tildelingskriterium. Kravene til dokumentasjon skal sørge for at oppdragsgiver effektivt kan kontrollere hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. Plikten til å

kontrollere om det er reell overensstemmelse mellom tilbudene og tildelingskriteriene må antagelig forstås på samme måte som i anskaffelsesdirektivet, det vil si at plikten til å kontrollere bare foreligger i tilfeller hvor det er tvil knyttet til slik overensstemmelse.⁸

§ 11-12 *Valg av tilbud når det foreslås en innovativ løsning*

(1) Dersom oppdragsgiver mottar et tilbud som inneholder en innovativ løsning med en usedvanlig god funksjonell ytelse som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne ha forutsett, kan oppdragsgiver endre rekkefølgen på tildelingskriteriene for å ta hensyn til denne innovative løsningen.

(2) I slike tilfeller skal oppdragsgiver meddele alle leverandører som har inngitt tilbud om endringen i prioriteringsrekkefølgen og kunngjøre en ny konkurranse som tar hensyn til minstefristene som er nevnt i § 11-6 andre ledd. Oppdragsgiveren skal kunngjøre konkurransen på nytt i samsvar med minstefristene som er nevnt i § 11-6 første ledd dersom tildelingskriteriene ble publisert samtidig med kunngjøring av konkurransen.

(3) Endringen av prioriteringsrekkefølgen skal ikke føre til forskjellsbehandling.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 41 nr. 3 andre avsnitt. Bestemmelsen er en særbestemmelse for konsesjonskontraktdirektivet.

Første ledd angir et unntak fra utgangspunktet om at rekkefølgen for tildelingskriterier skal fastsettes på forhånd. I ett særskilt tilfelle kan oppdragsgiver endre på denne rekkefølgen. Oppdragsgiver kan endre rekkefølgen dersom den mottar et tilbud som foreslår en innovativ løsning med funksjonsytelse på et ekstraordinært nivå. Dette gjelder kun såfremt en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutsett en slik innovativ løsning. Unntaket gir oppdragsgiver anledning til å ta hensyn til de muligheter som den innovative løsningen gir, jf. fortalen premiss 73.

Andre ledd gir nærmere føringer på hvordan oppdragsgiver skal gå frem for å endre tildelingskriteriene, ved tilfeller av innovative løsninger.

Tredje ledd er et utslag av likebehandlingsprinsippet. Endring av rekkefølgen til tildelingskriteriene skal ikke medføre forskjellsbehandling. Endringen i rekkefølgen av tildelingskriteriene må derfor kommuniseres, enten ved at det utstedes ny invitasjon til å inngi tilbud eller ved at konkurransen kunngjøres på nytt. Dette må gjøres i samsvar med minstefristene som er nevnt i § 11-6.

Kapittel 12 Regler om avvisning

I. Avvisning på grunn av formalfeil

§ 12-1 *Avvisning på grunn av formalfeil*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør eller et tilbud

- a. når tilbudet ikke er mottatt innen tilbudsfristen
- b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør eller et tilbud dersom det ikke er uforholdsmessig

- a. når forespørselen om å delta i konkurransen ikke er mottatt innen fristen

⁸ Arrowsmith (2018), side 84.

- b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet ikke oppfyller kravene til utforming som oppdragsgiver har fastsatt

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Bestemmelsen er utslag av likebehandlingsprinsippet, og innebærer en delvis kodifisering av EU-domstolens rettspraksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.2.

II. Avvisning på grunn av forhold ved leverandør

§ 12-2 *Avvisning knyttet til betaling av skatt, avgift og trygdeavgift*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandøren er etablert, eller i Norge, og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak, med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig.

(2) Oppdragsgiver kan også avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandør er etablert, eller i Norge, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i første ledd.

(3) Oppdragsgivere som nevnt i § 1-3, første ledd skal avvise en leverandør for overtredelser som nevnt i første ledd.

(4) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter denne bestemmelsen dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale.

(5) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren.

Bestemmelsens *første til fjerde ledd* gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38. nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.4.

Femte ledd gjennomfører artikkel 38 nr. 6 første avsnitt. Bestemmelsene svarer i hovedsak til bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 2 og 3, men konsesjonskontraktdirektivet presiserer at plikten til å avvise leverandører kun gjelder for oppdragsgivere som er nevnt i § 1-3, første ledd. Det gjelder også hvis disse oppdragsgiverne inngår konsesjonskontrakter knyttet til forsyningsaktivitet som er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet vedlegg 2, jf. konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 og artikkel 7 nr. 1 bokstav b. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.5.

12-3 *Avvisningsgrunner som følge av straffbare forhold*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold:

- a. deltakelse i en kriminell organisasjon
- b. korrupsjon
- c. bedrageri
- d. terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet
- e. hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme

f. barnarbeid og andre former for menneskehandel.

(2) Oppdragsgivere som nevnt i § 1-3, første ledd skal avvise en leverandør for overtredelser som nevnt i første ledd..

(3) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren.

(4) Dersom utelukkelsesperioden ikke er fastsatt gjennom endelig dom, skal leverandøren maksimalt utestenges i fem år fra den datoen for den rettskraftige dommen eller vedtakelsen av forelegget i tilfellene nevnt i første ledd.

Bestemmelsen *første ledd* gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 nr. 4 bokstav a til f og andre avsnitt. At bestemmelsen også gjelder for et vedtatt forelegg er en nasjonal regulering som ikke følger av direktivet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.

Bestemmelsen *andre ledd* gjennomfører art 38 nr. 4, tredje avsnitt.

Tredje ledd gjennomfører artikkel 38. nr. 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.5.

Fjerde ledd gjennomfører artikkel 38 nr.10. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.10.

§ 12-4 *Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av habilitet*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiver ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf.§ 1-8

(2) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og det er skjedd en urimelig konkurransevridding som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiver gi leverandøren en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridding.

Første ledd gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 nr. 7 bokstav d. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.6.

Andre ledd følger ikke direkte av en direktivbestemmelse, men har en side til konsesjonskontraktdirektivet artikkel 35. Prinsippet om likebehandling taler for at leverandøren må avvises i disse situasjonene, og bestemmelsen er derfor videreført Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.6.

§ 12-5 *Frivillige avvisningsgrunner*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når

- a. oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg X
- b. som er konkurs, gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling, har fått tvungen gjeldsordning eller stanset forretningsførselen, har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller retten, eller er i en tilsvarende prosess

- c. dersom oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlig yrkesmessig forsømmelse, som medfører tvil om leverandørens integritet
- d. når oppdragsgiver har tilstrekkelig holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen
- e. som tidligere har vist betydelige eller vedvarende kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av et vesentlig krav i en tidligere offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivene. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner.
- f. som har gitt grovt uriktige opplysninger, har tilbakeholdt opplysninger eller ikke har inngitt supplerende dokumenter knyttet til avvisning og utvelging.
- g. som utilbørlig har forsøkt å påvirke beslutningsprosessen hos oppdragsgiver, å innhente fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren urettmessige konkurransefordeler ved tildeling, eller uaktsomt å gi villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger om avvisning, utvelging eller tildeling.
- h. når oppdragsgiver skal inngå en konsesjonskontrakt på forsvars- og sikkerhetsområdet som nevnt i direktiv om forsvarsanskaffelser der det kan dokumenteres at den økonomiske aktøren ikke er tilstrekkelig pålitelig til å utelukke sikkerhetsrisiko

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør etter bokstavene a, c, d og e i inntil tre år fra den relevante hendelsen.

Bestemmelsens *første ledd* gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 nr. 7, med unntak av artikkel 38 nr. 7 bokstav d. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.6.

Første ledd bokstav e viser til kontrakter som er inngått etter anskaffelsesdirektivene. Med dette menes denne lov, lov om forsyningsanskaffelser, lov om offentlige anskaffelser eller lov om forsvar og sikkerhetsanskaffelser.

Bestemmelsens *andre ledd* gjennomfører konsesjonskontraktdirektiv artikkel 38 nr. 10. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.10. Dersom leverandøren er ilagt sanksjoner av en kompetent myndighet skal perioden regnes fra denne avgjørelsen.

§ 12-6 Identifikasjon etter §§ 12-3 til 12-5

(1) Ved vurderingen av om en leverandør skal avvises etter § 12-3, skal oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(2) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 12-4 og 12-5, kan oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av personer som nevnt i første ledd, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(3) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 12-3 til 12-5 kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.

Bestemmelsens *første ledd* gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 nr. 7 andre avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.

Bestemmelsens *andre ledd* gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men svarer innholdsmessig til artikkel 38 nr. 7 andre avsnitt og kodifiserer EU-domstolens praksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.

Tredje ledd gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men er et utslag av omgåelsesbetraktninger som følger av direktivet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.

§ 12-7 Tiltak for å unngå avvisning etter §§ 12-3 til 12-5

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter §§ 12-3 til 12-5, dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført følgende tiltak som viser at leverandøren likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart

- a. betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,
- b. aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og
- c. truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser.

(2) Ved vurderingen av om tiltakene som nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdragsgiver legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen. Dersom oppdragsgiver ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige, skal oppdragsgiver gi leverandøren en begrunnelse.

(3) En leverandør som ved en endelig dom er utelukket fra å delta i en offentlig anskaffelse, kan ikke unngå avvisning ved å vise til self cleaning tiltak i henhold til denne bestemmelsen i løpet av avvisningsperioden som følger av den endelige dommen i den medlemsstaten der dommen er gyldig.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 38 nr. 9. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.9.

§ 12-8 Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner

(1) Oppdragsgiver skal godta følgende dokumentasjon som tilstrekkelig bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner

- a. vandelsattest eller et tilsvarende dokument utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 12-3.
- b. attest utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 12-1 første og andre ledd og § 12-5 bokstav b.

(2) Dersom det ikke utstedes dokumenter som nevnt i første ledd i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, eller dersom de ikke dekker alle avvisningsgrunnene som nevnt i § 12-1 første ledd, 12-3 og § 12-5 bokstav b, kan oppdragsgiver godta en egenerklæring som tilstrekkelig bevis. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren i stedet skal fremlegge en erklæring avgitt under ed eller en forsikring

avgitt for et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den stat hvor leverandøren er etablert, når dette er angitt i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører 38 nr. 9 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 10.

§ 12-9 *Avvisning av leverandør som følge av andre forhold*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan avvise når det foreligger en interessekonflikt mellom oppdragsgiver og leverandør som kan ha negativ innvirkning på kontraktoppfyllelsen.

Første ledd gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av likebehandlingsprinsippet og har en side til artikkel 38 nr. 1 og kodifiserer EU-domstolens praksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.3.1.

Andre ledd gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men har en side til likebehandlingsprinsippet og artikkel 38.nr.1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.3.2.

III. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

§ 12-10 *Obligatorisk avvisningsgrunn knyttet til tilbudet*

Oppdragsgiver har plikt til å avvise

- a. tilbud som ikke anses bindende
- b. tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av artikkel 30 og de anskaffelsesrettslige prinsippene. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.4.2 og 12.4.3.

§ 12-11 *Frivillig avvisningsgrunner knyttet til tilbudet*

Oppdragsgiver kan avvise tilbud

- a. som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige
- b. ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg X
- c. som overstiger oppdragsgivers budsjett som er fastsatt på forhånd
- d. oppdragsgiver for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til c

Bokstav b i bestemmelsen gjennomfører artikkel 30 nr. 3 i konsesjonskontraktdirektivet. De øvrige delene av bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av de anskaffelsesrettslige prinsippene. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.4.4 til 12.4.7.

IV. Fremgangsmåten ved avvisning

§ 12-12 Beslutning om avvisning

(1) Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet.

Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i konkurransen avvise en leverandør fra konkurransen dersom det viser seg at vilkårene for å avvise er oppfylt.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avvisningen.

Første ledd gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet direktivet artikkel 38 nr. 8. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.8. Adgangen til å avvise gjelder både for handlinger eller unnlaterer som er gjennomført før eller underveis i konkurransen.

Andre ledd gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men har sammenheng med artikkel 40 og gjennomsiktighetsprinsippet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.8.

Kapittel 13 Regler for gjennomføring av konsesjoner

§ 13-1 Underleverandører

(1) Oppdragsgiver kan angi i konsesjonsdokumentene at leverandøren i tilbudet skal oppgi hvilke deler av kontrakten som det er planlagt at en underleverandør skal utføre. Dette har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiver.

(2) Ved bygge- og anleggskonsesjoner, og tjenester på steder som er under oppdragsgivers direkte tilsyn, skal oppdragsgiver kreve at leverandøren oppgir navn, kontaktopplysninger og hvem som har signaturrett for underleverandøren. Opplysningene skal innleveres senest ved kontraktsoppstart, dersom opplysningene er kjent på dette tidspunktet. Oppdragsgiver skal også stille krav om å bli informert om endringer i slike opplysninger i kontraktsperioden, inkludert opplysninger om nye underleverandører.

(3) Oppdragsgiver kan kreve opplysninger som angitt i andre ledd også for leverandører lenger ned i leverandørkjeden.

(4) Oppdragsgiver kan kontrollere om en underleverandør i en situasjon som nevnt i §§ 12-2 til 12-5. Oppdragsgivere som ønsker å kontrollere om en underleverandør er i en situasjon som nevnt i §§ 12-1 første og andre ledd, 12-3 og 15 bokstav b kan innhente dokumentasjon som nevnt i § 12-8. Hvis underleverandøren er i en situasjon som nevnt i §§ 12-2 til 12-4 skal oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter underleverandør. Dersom underleverandør er i en situasjon som nevnt i § 12-5, kan oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter ut underleverandør.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 42. Det vises til den den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.37.

§ 13-2 Endringer i inngått kontrakt

(1) Kontrakter kan endres uten ny konkurranse når endringene ikke er vesentlige. En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.

- (2) En endring er alltid vesentlig når den
- a. innfører vilkår som ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør
 - b. endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren
 - c. utvider kontraktens omfang betydelig eller
 - d. gjelder bytte av leverandøren som ble tildelt kontrakten i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 13-4.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 43 nr. 4 i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.38.

§ 13-3 *Endringsklausuler*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt uten ny anskaffelsesprosess dersom endringen er gjort i medhold av en endringsklausul.

(2) Endringsklausuler skal angis i konsesjonsdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausuler kan ikke åpne for at konsesjonens overordnede art blir endret.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 43 nr. 1 bokstav a i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.38.

§ 13-4 *Bytte av kontraktspart*

(1) Oppdragsgiver kan erstatte leverandøren som opprinnelig ble tildelt kontrakten med en ny leverandør, når denne helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens posisjon i kontraktsforholdet som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Den nye leverandøren må oppfylle de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og det kan ikke gjøres andre vesentlige endringer i kontrakten. Utskiftning av leverandøren må ikke skje for å omgå loven.

(2) Oppdragsgiver kan også skifte ut leverandøren dersom dette fremgår av en endringsklausul som oppfyller vilkårene i § 13-3 andre ledd.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 43 nr. 1 bokstav d i konsesjonskontraktdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.38.

§ 13-5 *Nødvendige endringer*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt uten ny anskaffelsesprosess dersom det blir nødvendig med tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette gjelder bare dersom bytte av leverandøren ikke kan gjøres av økonomiske eller tekniske årsaker, og vil medføre betydelige ulemper eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver.

(2) Det kan også gjøres endringer uten ny anskaffelsesprosess dersom endringene er nødvendige på grunn av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, og anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) For kontrakt som ikke er forsyningsaktivitet som er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet vedlegg 2, kan endringer i medhold av denne bestemmelsen ikke medføre en verdiøkning som overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Gjøres det flere endringer etter hverandre, gjelder denne begrensningen for hver enkelt endring. Slike påfølgende endringer må ikke gjøres for å omgå loven.

(4) Når det gjelder beregningen av verdien nevnt i første til tredje ledd, skal den oppdaterte verdien være referanseverdien dersom konsesjonen inneholder en indeksklausul. Dersom konsesjonen ikke inneholder en indeksklausul, skal den oppdaterte prisen beregnes ved å ta hensyn til den gjennomsnittlige inflasjonen i Norge.

(5) Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i medhold av denne bestemmelsen etter § 10-2.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 43 nr. 1 bokstav b og c, nr. 3 og nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.38.

Artikkel 43 nr. 1 bokstav b andre ledd og c iii og nr. 3 er særskilte for konsesjonskontraktdirektivet.

Tredje ledd inneholder en særbestemmelse for oppdragsgivere som inngår konsesjonskontrakter som ikke er knyttet til forsyningsaktivitet som er omfattet av vedlegg II i konsesjonskontraktdirektivet. Det er kun når en økning i verdi overstiger 50 prosent av den opprinnelige konsesjonens verdi at en ny konkurranse må gjennomføres. Det er endring i verdien, og ikke kun endringer i prisen, som skal legges til grunn for vurderingen av om endringen kan gjennomføres uten ny anskaffelsesprosess. Ifølge fortalen premiss 76 gir dette oppdragsgiver en viss grad av fleksibilitet til å tilpasse konsesjonen til nye ytre omstendigheter, sett i lys av at gjennomføringen av konsesjonen kan strekke seg over lang tid. Det må gjelde omstendigheter som ikke kunne forutses til tross for at oppdragsgiver har gjort rimelig grundige forberedelser i forkant av den opprinnelige tildelingen. Fortalen peker på at bestemmelsen ikke kan få anvendelse på tilfeller der en endring fører til at hele konsesjonens karakter endres, jf. premiss 76. Som eksempel nevnes det å skifte ut bygge- og anleggsarbeidene som skal utføres, eller tjenestene som skal ytes, med noe helt annet.

Fjerde ledd inneholder en særbestemmelse for beregning av verdien av en endring for konsesjonskontrakter med og uten en indeksklausul. For tilfelle at konsesjonskontrakten ikke inneholder en indeksklausul skal verdien beregnes ved å ta hensyn til den gjennomsnittlige inflasjonen i Norge.

§ 13-6 *Endringer med lav verdi*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt uten ny anskaffelsesprosess og uten at det vurderes om vilkårene i §§ 13-2 til 13-5 oppfylt dersom verdien av endringen er lavere enn begge de følgende verdiene

a. terskelverdien i § 6-1 og

b. 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien

(2) Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede nettoverdien av alle endringene. Bestemmelsen i § 13-5, fjerde ledd gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 43 nr. 2 og 5 i konsesjonskontraktdirektivet. Bestemmelsen angir at en endring som fører til en verdiendring som er høyere enn terskelverdien i § 6-1 og 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien ikke er tillatt. Grensen på 10 prosent av opprinnelig kontraktsverdi gjelder alle konsesjonskontrakter. I motsetning til anskaffelsesdirektivet har konsesjonskontraktdirektivet ikke en egen grense på 15 prosent for bygg- og anleggskontrakter. EU-domstolen har lagt til grunn at bestemmelsen også gjelder endringer som medfører verdireduksjoner, se blant annet sak C-549/14 *Finn Frogne*.

§ 13-7 *Oppsigelsesrett*

Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom

- a. det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. § §§ 13-2 til 13-6
- b. leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt i §§ 12-2 til 12-5
- c. EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har begått et brudd på EØS-avtalen som innebærer at oppdragsgiver ikke skulle ha inngått kontrakten med den valgte leverandøren
- d. leverandøren i løpet av kontraktens løpetid blir omfattet av en av avvisningsgrunnene i §§ 12-2 til 12-5 og ikke kan dokumentere sin pålitelighet etter § 12-7.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 44. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.39.

§ 13-8 *Oppsigelsesplikt*

(1) Oppdragsgiver skal si opp en kontrakt som er inngått på bakgrunn av en tildelingsbeslutning som er satt til side ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolene. Kontrakten skal sies opp med et passende varsel.

(2) Plikten i første ledd gjelder ikke der det foreligger særlige forhold som tilsier at kontrakten videreføres.

(3) Oppdragsgivers eventuelle beslutning om å videreføre kontrakten skal offentliggjøres samme sted som anskaffelsesdokumentene senest syv kalenderdager etter offentliggjøringen av den endelige avgjørelsen av klagenemnda eller domstolene.

(4) Bestemmelsen gjelder ikke der § 27-1 i anskaffelsesloven om uten virkning kommer til anvendelse.

(5) Er det under en klagesak nedlagt påstand om å sette til side en tildelingsbeslutning, kan klagenemnda etter påstand fra klager eller oppdragsgiver avgi en ikke-bindende foreløpig uttalelse av om det foreligger særlige forhold, som tilsier at kontrakten videreføres, jf. første ledd.

(6) En klage på oppdragsgivers videreføring av en kontrakt som er satt til side i henhold til første ledd må påklages til klagenemnda innen 20 kalenderdager fra dagen etter at oppdragsgiver har meddelt sin beslutning.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men er en nasjonal regulering. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 37.

Del IV Håndheving

§ 14-1 Håndheving

Reglene i lov om offentlige anskaffelser kapittel 25 til 33 gjelder tilsvarende for konsesjonskontrakter som er omfattet av denne lov.

Bestemmelsen gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet artikkel 46 og 47.

Artikkel 46 og 47 endrer håndhevingsdirektivet for klassisk sektor og forsyningssektorene, slik at disse også får anvendelse for konsesjonskontrakter. Konsesjonskontrakter omfattet av klassisk sektor er omfattet av reglene i direktiv 89/665/EØF, og konsesjonskontrakter i forsyningssektorene er omfattet av reglene i direktiv 92/13/EØF.

Del V Avsluttende bestemmelser

Kapittel 15 Avsluttende bestemmelser

§ 15-1 Ikrafttredelse og overgangsregler

(1) Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves [gjeldende anskaffelsesregelverk].

(2) Departementet kan gi forskrift om overgangsregler.