

Det kongelige Nærings- og Fiskeridepartement  
Postboks 8004 Dep  
N-0030 OSLO  
[postmottak@nfd.dep.no](mailto:postmottak@nfd.dep.no)

Vår ref.  
15/05085-1

Vår dato:  
17.06.2015

Deres ref.  
15/1514-1

Deres dato:  
17.03.2015

Vår saksbehandler:  
Reidar Lunde

---

## Høring – Ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter

### 1. Innledning

Avinor viser til høringsbrev av 17. mars 2015 vedrørende ny forskrift om konsesjonskontrakter. I denne høringsuttalelsen vil vi først i punkt 2 si noe kort om bakgrunnen for at forslaget til forskrift om konsesjonskontrakter vil være aktuell for Avinor. Videre vil vi i punkt 3 kommentere noen forhold ved forslaget av særlig betydning for Avinor før vi til slutt i punkt 4 knytter noen kommenter til de øvrige forhold hvor departementet særlig har ønsket innspill.

### 2. Bakgrunn

Avinor har allerede før direktivet om konsesjonskontrakter og forslaget til ny forskrift vært igjennom flere diskusjoner for å avklare om enkelte av selskapets og datterselskapenes avtaler er å anse som konsesjonskontrakter. Avinor er tilfreds med at tjenestekonsesjoner nå vil bli regulert av et direktiv og en særnorsk forskrift. I fravær av direktiv/forskrift for tjenestekonsesjoner har det særlig vært utfordrende for Avinor å trekke opp grensen mellom avtaler som gjelder utleie av arealer, og som dermed i utgangspunktet ikke omfattes av reglene om offentlige anskaffelser, og konsesjonskontrakter der det frem til nå finnes noe praksis fra EU/EFTA-domstolen.

Eksempler på kontrakter hos Avinor hvor denne problemstillingen oppstår er avtaler om utleie av arealer på Avinors flyplasser til:

- drift av parkeringsanlegg
- drift av kiosk og serveringssteder
- drift av ulike typer butikker for varehandel
- drift av duty free
- drift av bilutleie
- reklame

I de ovennevnte avtalene så er reguleringen i hovedsak slik at en aktør leier et angitt areal til drift av den aktuelle virksomheten på en eller flere av de lufthavner Avinor eier og drifter. Aktøren innreder selv arealene slik at de er tilpasset den aktuelle virksomheten. Videre drives virksomheten for aktørens regning og risiko. Som vederlag for bruken av arealet betaler aktørene en fast leie og/eller omsetningsbasert leie, ofte i kombinasjon med en garantert minimumsleie.

Avhengig av størrelsen på den aktuelle flyplassen, herunder antallet reisende, så er det innenfor hver avtaletype stor forskjell på blant annet størrelsen på de leide arealene, utvalg m.v. og inntektsgrunnlaget/ omsetningen for selskapene.

De ovennevnte eksemplene vil, forutsatt at de skulle anses som konsesjonskontrakter, være tjenestekonsesjonskontrakter og ikke bygge- og anlegsskonsesjoner.

Utkastet til forskrift synes i hovedsak å trekke opp/problematisere skillet mellom tjenestekjøp (som for Avinor er underlagt reglene i forskriftene om innkjøpsregler i forsyningssektoren) og konsesjonskontrakter, mens grensen mellom utleie og konsesjonskontrakter i beskjedne grad er omtalt i utkastet og høringsbrevet. Forutsatt at rene utleiekontrakter er unntatt (se punkt 3 nedenfor), så oppfatter Avinor avgrensningen mellom utleiekontrakter og tjenestekonsesjoner som vesentlig, ettersom det for rene leiekontrakter ikke stilles formelle og konkrete krav til konkurranseprosess mv, i motsetning til hva som vil gjelde for tjenestekonsesjoner og tjenestekjøp.

Avinor AS og datterselskapet Oslo lufthavn AS har i en årrekke benyttet tilbudskonkurranser som et verktøy for å finne de beste leietakerne innenfor hvert av de forretningsområder som er nevnt ovenfor.

Vår klare hovedregel er å gjennomføre tilbudskonkurranser, uavhengig av om selskapene er forpliktet til det. Avinor har god erfaring med at tilbudskonkurransene gir et godt grunnlag for forhandlinger med leietakerne både på kvalitet, konsept og økonomi.

Konkurransesutsettingen har normalt vært gjennomført ved annonsering i media og på Avinors nettsider, samt ved henvendelser direkte til aktuelle tilbydere. Aktuelle interessenter har etter å ha meldt sin interesse fått tilsendt en tilbudsinnbydelse med regler for konkurransen, der blant annet kriterier for valg av tilbyder fremkommer. Det har i alminnelighet vært avholdt forhandlinger med tilbyderne.

Avinor har tilpasset prosessene til de aktuelle avtalene, slik at blant annet graden av offentliggjøring har vært vurdert opp mot den sannsynlige grenseoverskridende interesse. Avinor mener vi i dag forholder oss til de prinsippene som er fremkommet gjennom rettspraksis fra EU-domstolen.

Ettersom det nå skal forskriftsfestes konkrete krav til kunngjøring, konkurranseregler, terskelverdier m.m. vil det imidlertid fremover aktualiseres ytterligere hvor grensen mellom konsesjonskontrakter og utleie skal trekkes.

Vi ber på denne bakgrunn departementet se på om vurderingstemaene for grensen mellom tjenestekonsesjoner og utleie kan angis nærmere i forskriften.

### **3. Forhold av særlig betydning for Avinor AS**

#### **3.1 Forskriftens del I - Definisjonen av konsesjonskontrakter**

##### *3.1.1 Betydningen av hvordan vederlaget ytes og hvem som har vederlagsrisikoen*

I forslaget til forskrift § 3-1 bokstav b) er det gitt en definisjon av konsesjonskontrakter.

Definisjonen er slik vi leser den utelukkende knyttet opp mot hvordan vederlaget for å utnytte den aktuelle tjenesten ytes. Vederlaget skal bestå «*enten utelukkende av retten til å benytte tjenesten (...) eller en slik rett sammen med betaling*».

Når det gjelder overføringen av den økonomiske risikoen så oppfatter vi definisjonen slik at den kun omtaler tilfellet hvor:

- (1) tjenesten ytes uten noen form for vederlag hverken fra oppdragsgiver til leverandøren eller fra leverandøren til oppdragsgiveren
- (2) tjenesten ytes mot vederlag/ subsidiering fra oppdragsgiver til leverandøren.

Vi antar likevel at også kontrakter der leverandøren/leietaker betaler vederlag til oppdragsgiver for retten til å benytte tjeneste, i form av en omsetningsbaser leie eller lignende, vil kunne falle innenfor direktivets og forskriftens virkeområde. Det bes om at departementet avklarer dette forholdet i forbindelse med det videre arbeidet med forskriften.

### 3.1.2 Vurdering av typen avtale

Videre har Avinor oppfattet det slik at det ved vurderingen av om en avtale er definert som en tjenestekonsesjon, i tillegg til spørsmålet om overføring av den økonomiske risikoen, må vurderes hvilken type avtale det dreier seg om. Slik vi har oppfattet praksis fra EU-domstolen/EFTA-domstolen<sup>1</sup> er det tradisjonelt sett tjenester til oppfyllelse av offentlige serviceforpliktelser av mer generell interesse, slik som for eksempel offentlig transport, avfallshåndtering, vannforsyning eller telekommunikasjon, som er ansett som tjenestekonsesjonskontrakter. Disse kontraktene har som regel stor verdi og tildeling av disse til andre aktører tillater staten å tilby offentlige tjenester som staten ellers ikke ville kunne levere.

For Avinors virksomhet er det nærliggende å legge til grunn at det offentliges serviceforpliktelse ved en flyplass må knyttes til tjenester som har direkte sammenheng med flyplassens hovedformål, nemlig transport av passasjerer og gods. Tjenestekonsesjoner vil da i første rekke være kontrakter som står i sammenheng med dette hovedformålet slik som tjenester knyttet til kundeinformasjon, administrasjon av flyplassen og andre type tjenester som bidrar direkte til oppfyllelse av hovedformålet med flyplassen. På den andre siden (og der usikkerheten ligger for Avinor) finner man tjenester som ikke er strengt nødvendige for gjennomføring av flyplassens hovedformål slik som kiosk og servering, butikker (klær, elektronikk, bokhandel), bank- og valutatjenester og underholdning med mer.

Avinor mener at det kun er en avgrenset type avtaler som anses som tjenestekonsesjoner slik at typen avtale må vurderes i tillegg til spørsmålet om overføring av økonomisk risiko. Vi ber departementet om å avklare om typen avtale, herunder om det er må være snakk om en offentlig serviceforpliktelse, er et krav i tillegg til kravet om overføring av økonomisk risiko.

### 3.1.3 Avgrensningen mot avtaler om utleie av arealer

Ved avtaler om utleie er det ikke noe som anskaffes slik at rene avtaler om utleie av arealer ikke omfattes av regelverket om offentlige anskaffelser. Som nevnt i punkt 2 over så er det sentralt for Avinor å trekke opp grensen mellom tjenestekonsesjoner og avtaler om utleie av areal.

Både hos Avinor, og andre offentlige organer og selskaper, så vil en rekke avtaler hvor en oppdragsgivere yter tjenester på vegne av det offentlige, være knyttet opp mot bruken av (og som regel da utleie av) arealer som det offentlige eier. Den økonomiske risikoen vil ofte også være overført til leietaker, jfr. redegjørelsen over i punkt 2 for hvordan reguleringen er i Avinors avtaler.

Avtalene vil altså både kunne ha et tjenesteelement og et utleieelement og det vil ofte ikke være mulig å skille utleieelementet fra tjenesteelementet. Et eksempel kan være situasjonen der en aktør leie et areal på en av Avinors flyplasser til drift av restaurant fordi Avinor ønsker å tilby de reisende et serveringstilbud.

Forslaget til forskrift har regler om blandede anskaffelser i § 4-5 til § 4-10. Bestemmelsen i § 4-6 gjelder «*Blandede anskaffelser som bare delvis er omfattet av denne forskriften*». Vi forstår det slik at de avtaletypene vi har nevnt i punkt 2 over skal vurderes etter denne bestemmelsen.

Andre ledd i § 4-6 gjelder «*ytelser som ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte*». Etter vårt syn kan som nevnt over ikke utleieelementet og det eventuelle tjenesteelementet i Avinor sine avtaler skilles fra hverandre. Denne typen avtaler skal inngås etter de reglene som gjelder for «*ytelsen som utgjør kontraktens hovedelement*».

Bestemmelsen i § 4-6 bidrar til en overordnet klargjøring av hvordan disse avtalen skal vurderes. Avinor opplever likevel at det fortsatt vil være utfordrende å gjøre vurderingen av om

<sup>1</sup> Eksempler på relevante saker er Case C-91/08 Wall [2010] ECR I-2815), Case C-358/00 Die Deutsche Bibliothek [2002] ECR I-4685, Case C-458/03 Parking Brixen [2005] ECR I-8585, Case C-274/09 Privater Rettungsdienst [2001] ECR I-1335 og Case C324/98 Telaustria and Telefonadress [2000] ECR I-10745

utleieelementet eller tjenesteelementet er hovedelementet i en del av våre avtaler og vi antar at dette også vil være en problemstilling for andre som faller inn under forskriftens virkeområde.

Det kan etter Avinors syn ikke være slik at enhver avtale om utleie av arealer, som også inneholder et tjenesteelement, og hvor den økonomiske risikoen er overført til leietakeren, er underlagt regelverket for tjenstekonsesjoner. I tidligere vurderinger har Avinor lagt vesentlig vekt på hva slags type ytelse avtalen gjelder. Se her redegjørelsen i punkt 3.1.2 over som Avinor antar vil være lignende også ved vurderingen av tjenesteelementet eller utleieelementet skal anses som avtalens hovedelement.

Oppsummert så finnes det en del praksis som trekker opp grensen mellom tjenester og tjenstekonsesjoner, men for Avinor sin del så er det som nevnt grensen mellom tjenstekonsesjoner og utleiekontrakter som i praksis ofte den det er utfordrende å trekke opp og det er ønskelig at forskriften gir en nærmere avklaring av hvordan denne grensedragningen skal gjøres.

### 3.2 Forskriftens del II

I del II av forslaget til forskrift er det innført en egen nasjonal terskelverdi på 6 millioner kroner. Departementets begrunnelsen for forslaget er at EØS-terskelverdien er høy. Etter Avinors syn er ikke det at EØS-terskelverdien er høy et godt argument for å innføre en nasjonal terskelverdi. Grunnen til at terskelverdien er så vidt høy er nettopp at konsesjonskontrakter som hovedregel er kontrakter av stor økonomisk verdi. For kontrakter under denne verdien er vår vurdering at det må være tilstrekkelig å overholde de generelle kravene i EØS-avtalen/lov om offentlige anskaffelser om blant annet forutsigbarhet, likebehandling, etterprøvnbarhet, ikke-diskriminering m.v.

Over et 5 års perspektiv er en kontraktsverdi på over 39 millioner kroner ikke et særlig høyt beløp for denne typen kontrakter. Det er et fåtall av Avinors kontrakter angitt innledningsvis har årlig omsetning på under 8 millioner kroner, slik at de fleste av selskapets kontrakter vil ligge over EØS-terskelverdien. De kontraktene som ligger under denne verdien er i denne sammenhengen relativt små kontrakter på mindre og mellomstore lufthavner som konsernet mener kan håndteres på en konkurransemessig god måte, uten behov for egen særregulering i forskriften.

I høringsbrevet er det å bidra til økt fleksibilitet og det å redusere administrative byrder nevnt som hovedformål med revisjonsprosessen. Det å innføre en egen nasjonal terskelverdi er etter Avinor syn heller ikke i samsvar med disse uttalte formål. Innføringen av et særnorsk regelverk er etter Avinors syn heller ikke i tråd med forenklingen som er debattert knyttet til anskaffelsesregelverket. Av hensyn til utgangspunktet om en forenkling og avbyråkratisering vil oppdragsgivere være tjent med en større grad av fleksibilitet under EØS-terskelverdier, der EU (innforstått) har lagt til grunn at det i beskjedne grad forefinnes en grenseoverskridende interesse.

Dersom departementet likevel velger å opprettholde en egen nasjonal terskelverdi er det vår vurdering at denne uansett må settes vesentlig høyere enn 6 millioner kroner. Kontrakter til denne verdien, der leietakerne har en omsetning på i overkant av 1 millioner kroner per år, er kontrakter der kostnadene og arbeidsmengden knyttet til overholdelse av et eget regelverk neppe vil føre med seg noen samfunnsmessig gevinst.

### 3.3 Forskriftens del III:

#### 3.3.1 Avtalens lengde

I forslaget til forskrift § 7-12 er det lagt opp til en (normalt) maksimal lengde på konsesjonskontrakter på 5 år.

Etter Avinor syn bør varigheten på konsesjonskontrakter som hovedregel kunne være mer enn 5 år. Det finnes ingen slik regulering for enkeltstående kontrakter i andre forskrifter noe som tilsier at det er begrenset behov også for konsesjonskontrakter. Videre er det i forslaget til ny forsyningsforskrift foreslått at lengden rammeavtaler som hovedregel skal være maksimalt 8 år.

Etter Avinor syn er det ikke noen gode grunner for at fleksibiliteten knyttet til lengden på en konsesjonskontrakt, der det ofte vil være tale om større investeringer, skal være mindre enn for rammeavtaler i forsyningssektoren.

### 3.3.2 *Avvisningsreglene*

I forslaget til forskrift har departementet foreslått regler om avvisning som går lengere enn kravene i direktivet. I forslaget er det lagt opp til regler om avvisning på grunn av formalfeil og på grunn av forhold ved tilbudet. Etter Avinors syn er det her tilstrekkelig å innføre de avvisningsbestemmelsene som følger av direktivet og falle tilbake på de generelle prinsippene for øvrige tilfelle.

### 3.3.3 *Krav om elektronisk kommunikasjon*

Forskriftsforslaget har i del III bestemmelser som setter krav om at all kommunikasjon mellom oppdragsgiver og leverandørene skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

Ettersom bestemmelsen er tatt inn i del III antar vi at søknader om kvalifisering eller tilbud etter forskriftens del I og II kan skje ved innlevering pr post eller bud. Dersom det ikke er tilfelle bør det fremgå eksplisitt av forskriften.

## **4. Forhold departementet særlig har bedt om innspill på**

Departementet tar innledningsvis i punkt 8 av høringsbrevet opp problemstillingen knyttet til valget mellom økt fleksibilitet gjennom å forholde seg til de generelle prinsippene mot større klarhet og forutsigbarhet gjennom detaljerte regler for enkelte forhold. Overordnet så mener Avinor at departementet i størst mulig grad bør unngå å innføre reguleringer utover det man er pålagt gjennom direktivet. Dersom det etter noe tid viser seg at det er behov for særnorske krav/regulering bør dette kunne vurderes ved senere revisjoner av forskriften.

Når det konkret gjelder de eksemplene som nevnes av departementet i punkt 8 av høringsbrevet så ser ikke Avinor behov for regulering knyttet til bruk av kontraktsvilkår, alternative tilbud, adgang til felles innkjøp og vedståelsesfrist og frist for midlertidig forføyning.

**Med vennlig hilsen**

Avinor AS

Erik Skotland  
Leder Konsernjuridisk