

## ***Del I – Forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser***

|     |                                                                                                            |    |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1   | Innledning.....                                                                                            | 2  |
| 2   | Hvilken betydning har organiseringen av et OPS?.....                                                       | 3  |
| 2.1 | Tildeling av kontrakt til OPS-selskaper.....                                                               | 3  |
| 2.2 | OPS-selskapers tildeling av kontrakter til (under)leverandører .....                                       | 4  |
| 2.3 | Særlig om OPS-selskap på forsyningsområdet.....                                                            | 4  |
| 3   | I hvilken grad påvirker innholdet i ytelsen forholdet til anskaffelsesregelverket?.....                    | 5  |
| 3.1 | Innledning.....                                                                                            | 5  |
| 3.2 | Verdien av ytelsene .....                                                                                  | 5  |
| 3.3 | OPS-selskap som kun skal yte tjenester .....                                                               | 5  |
| 3.4 | OPS-selskap som skal yte en kombinasjon av tjenester, varer og/eller bygg og anlegg .....                  | 5  |
| 3.5 | OPS og fast eiendom .....                                                                                  | 6  |
| 4   | Betydningen av hvilken risiko som overføres til OPS-selskapet, særlig om etterspørselsrisiko.....          | 6  |
| 4.1 | Innledning.....                                                                                            | 6  |
| 4.2 | Reglene for tildeling av konsesjoner (oppstrøms fase).....                                                 | 7  |
| 4.3 | Nærmere om konsesjoner og konsesjonstyper .....                                                            | 7  |
| 4.4 | Konsesjonærens anskaffelser (nedstrøms fase) .....                                                         | 8  |
| 5   | Hvilken prosedyre må benyttes, og i hvilken grad kan forhandlinger benyttes ved anskaffelser av OPS? ..... | 9  |
| 5.1 | Innledning.....                                                                                            | 9  |
| 5.2 | Bruk av forhandlet prosedyre ved OPS .....                                                                 | 9  |
| 5.3 | Nye forslag til prosedyre med relevans på OPS .....                                                        | 12 |
| 6   | Hva kan vektlegges ved tildeling av kontrakter?.....                                                       | 13 |
| 6.1 | Innledning.....                                                                                            | 13 |
| 6.2 | Sosiale hensyn .....                                                                                       | 13 |
| 6.3 | Miljøhensyn.....                                                                                           | 14 |
| 6.4 | Hensynet til utvikling av OPS .....                                                                        | 14 |
| 6.5 | Hensynet til samarbeid .....                                                                               | 14 |
| 6.6 | Hensyn til aksept av standard kontraktsvilkår .....                                                        | 14 |
| 7   | Endringer etter tildeling ved OPS.....                                                                     | 15 |
| 8   | Konklusjoner .....                                                                                         | 15 |

## ***Del II – Momenter til en standardkontrakt om offentlige anskaffelser***

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| Avtale mellom oppdragsgiver og OPS-selskap..... | 17 |
| Kontakt med långivere.....                      | 19 |

## ***Del I – Forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser***

### **1 Innledning**

I denne delen skal vi se på hvilken måte regelverket om offentlige anskaffelser spiller inn ved bruk av OPS. Vi har søkt å fremstille og systematisere de forhold som enten er særskilt relevante eller spesielle for OPS og oversikt over regler og forhold rundt dette.

Alle offentlige anskaffelser vil være omfattet av de generelle kravene i EØS-avtalen hva gjelder krav til ikke-diskriminering, likebehandling, proporsjonalitet og transparens. Vi skal imidlertid konsentrere oss om de anskaffelser som er omfattet av de særlige regler for offentlige anskaffelser (heretter kalt anskaffelsesregelverket). Disse er i EU detaljert i bygg- og anleggsdirektivet<sup>1</sup>, tjenstedirektivet<sup>2</sup>, varedirektivet<sup>3</sup> samt Direktivet for enheter på forsyningssektoren<sup>4</sup> (Forsyningsdirektivet).

I Norge er anskaffelsesregelverket nå implementert ved lov<sup>5</sup> og forskrift<sup>6</sup> om offentlige anskaffelser? (sistnevnte heretter kalt anskaffelsesforskriften), samt forskrift vedrørende anskaffelser innenfor forsyningssektoren<sup>7</sup> (heretter kalt forsyningsforskriften).

I utgangspunktet ikke er det i forhold til anskaffelsesforskriften ikke noen prinsipiell forskjell på å tildele kontrakter ved OPS enn ved mer ordinære anskaffelsesformer. De samme spørsmål om forskriftens yttergrenser, om kategoriseringen av anskaffelsestypen, om terskelverdier osv. oppstår ved OPS som ved ordinære anskaffelser.

Forutsatt at man er innenfor yttergrensene for forskriftens anvendelse– forutsatt at man vil man ved offentlige anskaffelser være omfattet av anskaffelsesforskriftens (eller, hvor aktuelt, forsyningsforskriftens) krav til gjennomføring av konkurranse.

Disse kravene stiller generelle krav til offentlighet, konfidensialitet, habilitet og opplysningsplikt mv. i forbindelse med konkurransen<sup>8</sup>. I tillegg stilles det krav til selve gjennomføringen av konkurransen, relatert til de viktigste fasene (i tilnærmet kronologisk orden)<sup>9</sup>:

1. Valg av anskaffelsesprosedyre<sup>10</sup>.
2. Krav til anbudsgrunnlaget, herunder til bruk av tekniske spesifikasjoner og krav til leverandøren<sup>11</sup>.
3. Kunngjøring av konkurranse<sup>12</sup>.
4. Gjennomføring av konkurranse, herunder med frister og vilkår for avvisning av tilbud<sup>13</sup>.
5. Eventuell gjennomføring av forhandlinger (hvis tillatt)<sup>14</sup>.
6. Tildeling av kontrakt og avslutning av konkurransen<sup>15</sup>.

<sup>1</sup> Direktiv 93/37/EEC av 14 juni 1993 om tildeling av bygg-og anleggskontrakter

<sup>2</sup> Direktiv 93/50/EEC av 18 juni 1992 om tildeling av tjenstekontrakter

<sup>3</sup> Direktiv 93/36/EEC av 14 juni 1993 om tildeling av varekontrakter

<sup>4</sup> Direktiv 93/38/EEC av 14 juni 1993 om tildeling av kontrakter fra enheter innenfor forsyningssektoren (vann, energi, transport og telekommunikasjon)

<sup>5</sup> Lov av 16. juli 1999

<sup>6</sup> Forskrift av 15 juni 2001

<sup>7</sup> Forskrift av 16 desember 1994

<sup>8</sup> Anskaffelsesforskriftens kapittel 1

<sup>9</sup> Henvisningene i følgende fornoter er ment som generell illustrasjon. Vi har ikke tatt med henvisninger til de særlige prosedyrene (kapittel 18 – 20) eller prosedyrene etter forsyningsforskriften, som kan spille inn på hvilke krav som gjelder i de nevnte faser.

<sup>10</sup> Anskaffelsesforskriftens kapittel 4 og 11

<sup>11</sup> Anskaffelsesforskriftens kapittel 5 og 12

<sup>12</sup> Anskaffelsesforskriftens kapittel 6 og 13

<sup>13</sup> Anskaffelsesforskriftens kapittel 7 og 8, samt 14 og 15

<sup>14</sup> Anskaffelsesforskriftens kapittel 9 og 16

<sup>15</sup> Anskaffelsesforskriftens kapittel 10 og 17

Selv om tildelinger av kontrakter ved OPS følger det samme regelverket som ordinære anskaffelser, skiller likevel OPS seg fra slike ordinære anskaffelser på en rekke punkter. Det er derfor hensiktsmessig å gjennomgå en del problemstillinger med utgangspunkt i OPS. Det er dette vi vil gjøre i det følgende, ved å fokusere på følgende hovedspørsmål:

- Det finnes forskjellige modeller for OPS. Per definisjon har alle private deltakere, men kan ha en større eller mindre grad av offentlig deltakelse. Hvilken betydning har organiseringen av et OPS?
- Slik vi definerer et OPS, vil alle ha det til felles at det innebærer at et OPS omfatter en *teneste*, for eksempel i form av vedlikehold av en bygning, drift av en kantine eller utføring av medisinske tjenester. I tillegg vil et OPS også omfatte ytelser knyttet til *fasiliteter* (typisk bygg eller anlegg) og/eller *varer*. Eksempel på det første er der OPS-selskapet bygger et eldrehjem som en omsorgstjeneste skal drives fra, typisk der bygningen skal overføres til det offentlige ved kontraktens utløp. Eksempel på det siste er der OPS-selskapet skal levere militærkjøretøyer og vedlikehold av disse. I hvilken grad påvirker innholdet i ytelsen forholdet til anskaffelsesregelverket?
- Den risiko som overføres i det enkelte tilfellet kan variere, og et annet spørsmål blir da hvorvidt den risikoen vil påvirke den rettslige stilling i lys av anskaffelsesregelverket. Særlig vil konsesjoner ha en annen stilling enn "ordinære" anskaffelseskontrakter. Den typiske konsesjon tildeler leverandøren betydelig risiko for etterspørsel etter hans tjenester (jf. rapportens kapittel 4). Spørsmålet er hvilken rolle den grad av slik risiko som overføres påvirker anskaffelsens stilling i forholdet til anskaffelsesregelverket.
- Spørsmålet om hvilken anskaffelsesprosedyre som må følges, spesielt muligheten for forhandlinger dukker, ofte opp i kompliserte anskaffelser. I slike anskaffelser er det gjerne et ønske fra begge parter side om en stor grad av avklaringer underveis i prosessen. Hvilken prosedyre må benyttes, og i hvilken grad kan forhandlinger benyttes ved anskaffelser av OPS?
- Langt de fleste tildelinger av OPS-kontrakter vil gjerne gjelde store og omfattende prosjekter eller oppgaver. De vil i mange tilfeller kan ha betydelig sosial eller miljømessig konsekvenser. Det kan være spørsmål om arbeidstakeres stilling. Og det vil være særlig viktig med samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør. I hvilken grad kan slike forhold tildeles vekt ved tildelingen?
- Avslutningsvis, siden OPS gjerne strekker seg over flere år, vil det være en større risiko for endringer underveis enn ved vanlige anskaffelser. Hva skjer ved slike endringer?

## 2 Hvilken betydning har organiseringen av et OPS?

### 2.1 Tildeling av kontrakt til OPS-selskaper

I offentlig privat samarbeid ligger at en offentlig myndighet tildeler kontrakt til et selskap med private, eventuelt også offentlige, eiere. Dermed er det i utgangspunktet liten tvil om at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.

Riktignok kan det reises spørsmål om tildeling av kontrakt til et OPS-selskap i form av et joint venture, der det offentlige har sterk kontroll, kan være å anse som egenregi. Tiltak i egenregi faller utenfor rekkevidden av anskaffelsesregelverket. Det må imidlertid anses som klart at tildeling av kontrakter til selvstendige juridiske enheter, normalt vil falle utenfor definisjonen av egenregi, selv om det dreier seg om selskaper som er offentligrettslig organ. Dette vil nok i enda større grad gjelde der det er et privatrettslig element av eierskap, selv om dette ikke har en kontrollerende eierandel i OPS-selskapet.

Vi antar derfor at – slik vi definerer OPS – vil egenregiproblemstillingen ikke være et relevant argument ved tildelingen.

Konklusjonen er altså at enhver tildeling av kontrakt til et OPS-selskap som utgangspunkt vil måtte skje etter anskaffelsesregelverket. Hvordan disse konkret slår inn i anskaffelsen vil imidlertid, som vi skal se nedenfor, variere. Vi går derfor her ikke konkret inn på hvordan anskaffelsen må foretas.

De ovennevnte er relevant i de tilfeller der det er selve tildelingen av kontrakter der opprettelsen av et OPS-selskap er et ledd i tildelingen. Man kan også tenke seg at det opprettes et OPS-selskap før konkurransen er gjennomført og kontrakten er tildelt. En slik opprettelse er ikke i seg selv omfattet av kravene i anskaffelsesregelverket, men konsekvensen er at OPS-selskapet må konkurrere med andre selskaper om kontrakten for selve leveransen.

## **2.2 OPS-selskapers tildeling av kontrakter til (under)leverandører**

Et OPS-selskap som er å anse som et offentligrettslig organ<sup>16</sup> vil være underlagt anskaffelsesregelverket, slik at OPS-selskapets tildelinger av kontrakter vil omfattes av reglene i anskaffelsesforskriften. Offentligrettslig vil organet være dersom det bl.a. er en offentlig kontroll over det, for eksempel ved at eierandelene eller styret har en majoritet av offentlige interesser. Dette kravet utelukker imidlertid stort sett de OPS-modeller som anvendes i dag. Disse er ikke organisert med slik offentlig kontroll, og normalt ikke med offentlig eierinteresser overhodet. Se for eksempel situasjonen i UK, der man spesifikt ønsker at private interesser skal drive OPS-prosjektet, og la den offentlige kontrollen kun skje gjennom kontrakt og ikke eierandeler. Dette innebærer med andre ord at de fleste OPS-modeller som synes aktuelle i dag kan tildele kontrakter uten at forskriften kommer til anvendelse.

Dette kan eller vil imidlertid stille seg annerledes dersom OPS-selskapet anses å ha konsesjon, eller dersom det dreier seg om et selskap på forsyningssektoren, noe vi kommer tilbake til nedenfor.

## **2.3 Særlig om OPS-selskap på forsyningsområdet**

En viktig gruppe av OPSer yter tjenester innenfor forsyningssektoren. Dersom myndighetene tildeler enerett til å utføre tjenester innenfor denne sektoren, vil det anses som en konsesjonstildeling, jf nedenfor.

Det er viktig å merke seg at de OPS-selskaper som har fått seg tildelt en slik enerett, må følge egne regler for anskaffelser i forsyningsforskriften, uavhengig av om selskapet er et offentligrettslig organ eller ikke<sup>17</sup>.

Reglene vil gjelde for OPS-selskap som leverer vann, energi, transporttjenester eller telekommunikasjonstjenester. Dersom et OPS for eksempel får tillatelse til å anlegge og drive en flyplass, vil de falle innenfor definisjonen av selskap i forsyningssektoren. Anskaffelser som foretas av slike selskaper vil omfattes av kravene til anskaffelsesprosedyrer som fremgår av forsyningsforskriften, og må følges enten OPS-selskapet skal anskaffe varer, tjenester eller bygg og anlegg. I forhold til øvrige anskaffelser er det særlig relevant å merke seg kravene i forbindelse med kjøp etter forhandlinger<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Jf definisjon i anskaffelsesforskriftens § 1-2 (2)

<sup>17</sup> Forsyningsforskriftens § 3.

<sup>18</sup> Forsyningsforskriftens § 28

### 3 I hvilken grad påvirker innholdet i ytelsen forholdet til anskaffelsesregelverket?

#### 3.1 Innledning

Vi skal her konsentrere oss om de typer av ytelser som erfaringsmessig er mest aktuelle for OPS, nemlig de ytelser som sikrer tilgang til varer, tjenester og bygg- og anlegg. Vi vil fokusere på tildelingen av kontrakter til OPS-selskapet. Selv om det normalt er slik at OPS-selskapet vil ha underkontrakter ( gjerne selskapets egne deltakere), vil vurderingen av tildeling til OPS-selskapet måtte ses under ett og vurderes som en enkelt anskaffelse.

#### 3.2 Verdien av ytelsene

Behandlingen av forholdet mellom anskaffelsesregelverket og OPS forutsetter i og for seg at det dreier seg om forhold som er innenfor regelverket også i forhold til terskelverdier. Det som kan være et spørsmål, er hvordan terskelverdier skal beregnes i forhold til sammensatte OPS. Vi vil imidlertid anta at spørsmålet om terskelverdier hovedsakelig er av akademisk interesse for OPS, ettersom det sjelden vil være aktuelt med OPS der ytelsene, i hvert fall samlet, ikke overstiger terskelverdien. Spørsmålene i forhold til OPS er derfor i langt større grad relatert til ytelsenes karakter enn verdi, og dermed har vi ikke sett det nødvendig å kommentere spørsmål om terskelverdier her. Erfaringer fra UK synes å bekrefte at spørsmål knyttet til terskelverdi sjelden eller aldri er relevante for OPS.

Derimot vil det innbyrdes forholdet mellom verdien av ytelsene kunne få betydning, noe vi skal se på nedenfor.

#### 3.3 OPS-selskap som kun skal yte tjenester

Enkelte OPS-kontrakter omfatter bare tjenester, for eksempel der OPS-selskapet skal yte tjenester fra egne fasiliteter. Dette kan være tilfellet der et selskap skal drive helsetjenester fra egne lokaler. I så fall skal selvsagt reglene for anskaffelser av tjenester anvendes. I anskaffelsesregelverket er det for tjenester et skille mellom prioriterte<sup>19</sup> og uprioriterte<sup>20</sup> tjenester og regelverket. Noen av de mest relevante *tjenester* sett fra OPS-perspektiv, for eksempel jernbanetransport og helse- og sosialtjenester, er å anse som uprioriterte.

Det er avvikende regler for anskaffelser av henholdsvis prioriterte og uprioriterte tjenester<sup>21</sup>. For OPS vil det spesielt være naturlig å trekke frem forskjellen i adgangen til forhandlinger. For tildeling til OPS-selskap som skal yte prioriterte tjenester gjelder det som utgangspunkt krav om åpen eller begrenset anbudskonkurranse, og med kun en begrenset adgang til forhandlinger (se nedenfor). Dersom OPS-selskapet skal yte uprioriterte tjenester vil det derimot ikke foreligge de samme begrensninger i adgangen til forhandlinger i anskaffelsesprosessen<sup>22</sup>.

Der en OPS-leveranse kun består av tjenester, men både prioriterte og uprioriterte, for eksempel at det skal leveres både omsorgstjenester og medisinske tjenester i et aldershjem, vil verdien av de enkelte deler av kontrakten avgjøre<sup>23</sup>. Er over halvdelen uprioriterte, vil hele anskaffelsen vurderes som en uprioritert tjeneste.

#### 3.4 OPS-selskap som skal yte en kombinasjon av tjenester, varer og/eller bygg og anlegg

Stort sett inneholder OPS ytelser som dekker flere kategorier i henhold til anskaffelsesreglene. Typiske eksempler er OPS-selskapet som skal bygge og drive et sykehjem, som skal bygge en vei og utføre vedlikeholdstjenester på denne, eller som skal levere militærkjøretøyer som også skal vedlikeholdes.

<sup>19</sup> Anskaffelsesforskriften § 2-4

<sup>20</sup> Anskaffelsesforskriften § 2-5

<sup>21</sup> Se henholdsvis anskaffelsesforskriftens del II og del III

<sup>22</sup> Se henholdsvis anskaffelsesforskriftens §§ 4-2/4-3 og 163

<sup>23</sup> Anskaffelsesforskriften § 2-6 (2) – se nærmere om plassering av prioriterte og uprioriterte tjenester detaljene i CPC-nomenklaturet: <http://simap.eu.int>.

I alle disse tilfellene vil anskaffelsen være omfattet av anskaffelsesregelverket, men det kan være et spørsmål om hvilke konkrete regler som kommer til anvendelse.

Grensen mellom vare og tjenestereglene kan for eksempel være aktuell i eksemplet med leveranse av militærkjøretøyer og vedlikeholdstjenester på disse. Her bestemmer forskriftene<sup>24</sup> at forholdet skal anses som vareleveranse dersom verdien av varene er høyere enn verdien av de aktuelle tjenester. Når det gjelder vurderingen av løpende tjenester, skal verdien regnes ut fra vederlag fordelt på månedlige rater multiplisert med 48<sup>25</sup>, inklusive eventuelle opsjoner.

En svært aktuell grense er grensen i kontrakter som inneholder både bygg av fasilitet og ytelse av tjenester basert på fasiliteten. Dette kommer til anvendelse for alle prosjekter der OPS-selskapet skal bygge en fasilitet, hva enten OPS-selskapet skal eie denne eller den leies ut til eller (før eller senere) overføres til oppdragsgiver. Typiske eksempler er bygging og vedlikehold av skoler eller bygging av sykehus og yting av medisinske tjenester. For å finne ut om en anskaffelse gjelder en tjeneste eller bygg og anlegg må man se på på hovedformålet med anskaffelsen. Dette er fastslått blant annet i den såkalte "Casinodommen"<sup>26</sup>, avsagt av EF-domstolen. Er hovedformålet å anskaffe aldershjemmet eller at OPS-selskapet skal drifte det? Dette vil bero på en individuell bedømmelse, der såvel kontraktsverdi som risikoforhold kan spille inn. Vi vil imidlertid stille spørsmål ved at det forhold at OPS-formen er valgt, med det fokus som finnes på tjenesteyting og tjenestekvalitet, jevnlig vil innebære en risikooverføring til OPS-selskapet. Det kan da, i tilfeller der det ellers kan være tvil om rubriseringen, være et utgangspunkt at man anser tildelingen gjelder på tjenesteområdet, med mindre innslaget av bygg og anlegg synes klart dominerte. Det siste vil kunne være tilfellet for eksempel der det offentlige har anledning til å erverve en fasilitet, og den korresponderende tjenestekontrakten kan sies opp, etter relativt kort tid. Et eksempel kan være en kontrakt om bygg og vedlikehold av en skole.

### **3.5 OPS og fast eiendom**

En del særlige spørsmål reiser seg i forhold til OPS der fast eiendom inngår i samarbeidet. Det kan typisk være at OPS-selskapet på egen grunn oppfører skole mens det offentlige skal leie bygningen, muligens med rett til å kjøpe eiendommen etter en periode. Det finnes eksempler på at foreldre, fordi det ikke var et skoletilbud i rimelig nærhet, har organisert skole på grunn de har ervervet, for så å leie denne ut til kommunen med rett for kommunen til å overta etter en del år. Tildeles OPS-selskapet her en byggekontrakt, eller er det å anse som erverv av fast eiendom?

Her vil grensen mellom bygg og anlegg og tjenester som gjelder fast eiendom (som er uprioriterte iht anskaffelsesregelverket), som i de andre grensetilfellene over, bedømmes ut fra hovedformålet med ytelsen være relevant. I ovennevnte eksempel, vil det for eksempel være naturlig å se på kommunen hadde andre reelle og gode tomtealternativer på stedet. Hvis ikke kan det være et argument for å anse at det var eiendommen som var det sentrale. Hadde kommunen derimot også andre gode alternative tomter, vil dette være et argument for at det dreier seg om en bygg- og anleggskontrakt, ettersom det da var det å få et ferdig bygg, og ikke den konkrete beliggenheten, som var sentral.

## **4 Betydningen av hvilken risiko som overføres til OPS-selskapet, særlig om etterspørselsrisiko**

### **4.1 Innledning**

Et helt sentralt punkt i et OPS er spørsmålet om overføring av risiko. Dette spørsmål har mange implikasjoner, men er til dels betydelig mer kompleks ved OPS enn i andre kontrakter. Hva gjelder type risiko, viser vi for øvrig til det som er sagt om risiko i rapporten kapittel 4.

<sup>24</sup> Anskaffelsesforskriften § 2-6

<sup>25</sup> Anskaffelsesforskriftens § 2-3 (7) og (9).

<sup>26</sup> C-331/92

Først og fremst er selvsagt spørsmålet om risiko et kommersielt spørsmål som reflekteres i kontrakter og har avgjørende betydning for prisen på anskaffelsen. Men spørsmålet om fordeling av risiko kan ha innvirkning på hvilke regler som regulerer anskaffelsen, og dette er særlig relevant ved OPS. Vi sikter i denne sammenheng ikke til spørsmålet om rubrisering av anskaffelsestypen som er kommentert overfor. Vi sikter derimot til vurderingen av om tildelingen, uansett ytelsestype, gjelder en ordinær kontrakt eller en konsesjon (Vi skiller i det følgende mellom ordinær kontrakt og konsesjon, selv om tildelingen av konsesjoner også vil skje gjennom et kontraktsdokument). Siden dette skillet har stor betydning for hvilke regler som berører tildelingen, er det nødvendig å se nærmere på hva som ligger i begrepet konsesjon. Først kan det imidlertid være hensiktsmessig å se på hvilke anskaffelsesregler som gjelder for det som anses som konsesjoner.

## 4.2 Reglene for tildeling av konsesjoner (oppstrøms fase)

Tildeling av *konsesjoner* behandles vesentlig forskjellig fra tildeling av *ordinære kontrakter* i regelverket. Det er imidlertid også forskjell på *typen* av konsesjon; bygg- og anleggskonsesjoner og tjenestekonsesjoner er i forskjellig stilling hva gjelder formelle krav som kommer til anvendelse.

Tildeling av bygg- og anleggskonsesjoner, er eksplisitt regulert i anskaffelsesforskriften<sup>27</sup>. Disse kan følge en enklere prosedyre der det viktigste er kravet om kunngjøringen av at det skal tildeles konsesjon, i tillegg til de generelle krav som følger av EØS-avtalen om ikke-diskriminering, likebehandling, proporsjonalitet og transparens.

Tjenestekonsesjoner er ikke nevnt i anskaffelsesforskriften, og det er klart at tildeling av slike overhodet ikke er omfattet av andre krav enn de generelle krav som følger av EØS-avtalen<sup>28</sup> med krav til ikke-diskriminering, gjennomsiktighet, proporsjonalitet og gjensidighet.

Konsesjoner er heller ikke nevnte i forsyningsforskriften. Det må derfor antas at tildeling av konsesjoner til OPS-selskaper fra selskap innenfor forsyningssektoren, ikke er omfattet av reglene i forsyningsforskriften.

I neste punkt ser vi nærmere på grensen mellom ordinær kontrakt og konsesjon, og mellom de to forskjellige typer av konsesjon.

## 4.3 Nærmere om konsesjoner og konsesjonstyper

Det som kjennetegner en konsesjon er at OPS-selskapet har økonomisk risiko ikke bare for en vellykket gjennomføring eller oppfyllelse av sine oppgaver (for eksempel at fasiliteten ferdigstilles i tide eller at tjenesten leveres i henhold til kravene), men også for selve utnyttelsen av det konsesjonen omfatter. Dette skjer i form av at OPS-selskapet gis retten til det vederlag brukerne av tjenesten eller fasiliteten erlegger. I så fall er det gitt en konsesjon fra oppdragsgivers side. Dette er i all hovedsak det samme som vi har betegnet som etterspørselsrisiko i rapportens kapittel 4.

Kriteriet om slik risiko-overføring kan reise spørsmål. I mange tilfeller tar ikke OPS-selskapet hele den økonomiske risiko for utnyttelse. Det synes klart at i den grad det foreligger garantier fra oppdragsgiver for at OPS-selskapets omkostninger skal dekkes, er det ikke snakk om en konsesjon, men om en ordinær kontrakt. For at det skal anses som en konsesjon, må i hvert fall en vesentlig del av risikoen falle på OPS-selskapet<sup>29</sup>. Men dette kravet kan være oppfylt selv om det skjer en grad av betaling fra det offentlige, eksempelvis betaling av en del av byggekostnadene eller subsidiering for å redusere det vederlaget konsesjonæren kan ta av brukerne.

Konsesjoner kan deles inn i

1. bygg- og anleggskonsesjoner, for eksempel der OPS-selskapet finansierer og bygger en vei som skal inntjenes ved bompenger.

<sup>27</sup> Se § 2-1 (5), jf. bygg- og anleggsforskriften Art. 3 (1).

<sup>28</sup> Traktatens art 52-60.

<sup>29</sup> Se [\(1999\) OJ 94/4 side 5](#)

2. tjenestekonsesjoner, for eksempel der OPS-selskapet får tillatelse til i tilknytning til sykehuset å drive parkeringshus mot brukerbetaling.

De fleste OPS-selskaper involverer som tidligere nevnt en kombinasjon av tjenesteyting og bygging av fasiliteter, og dette gjelder i like stor grad de OPS-selskaper som har en konsesjon. Videre vil konsesjonen alltid være tidsbegrenset, og i mange tilfeller der konsesjonen innebærer bygging av en fasilitet vil forutsetningen for konsesjonstildelingen være at fasiliteten på et eller annet tidspunkt tilbakeføres til det offentlige etter en viss periode. Typisk, men ikke nødvendigvis, vil dette skje når eneretten til å utføre tjenesten opphører. I disse tilfeller oppstår spørsmålet om tildelingen av en utnyttelsesrett (konsesjonen) i realiteten er et middel for en anskaffelse snarere enn en utsetting av økonomisk risiko for anskaffelsen. Det må antas at det relevante er hovedformålet med forholdet.

Kommisjonen har i en uttalelse<sup>30</sup> konkludert med at det avgjørende er hvorvidt kontrakten (som tildeler konsesjonen) innebærer at det skal bygges en fasilitet på oppdragsgivers vegne. Forholdet vil da omfattes av reglene som gjelder bygg- og anleggskontrakter i anskaffelsesforskriften, selv om det også ligger et betydelig tjenesteelement i tildelingen. Dette gjelder selv om det ikke er konsesjonæren, men en tredjepart som står for selve byggingen av fasiliteten.

Konsekvensen er at det bare er tilfeller som enten ikke er knyttet til en fasilitet, eller der tjenesten skal ytes på eksisterende fasilitet, som helt faller utenfor anskaffelsesreglene i direktivene. Ut fra uttalelsen synes det imidlertid klart at det ikke er noe til hinder for at man tildeler eksempelvis en bygningskonsesjon og en tjenestekonsesjon i den grad utnyttelsen av disse ikke avhenger av hverandre.

Det er verd å nevne at de fleste OPS-prosjekter i UK, som har mest erfaring med OPS, anses som konsesjoner.

Det er også verd å merke seg at i situasjoner der det synes å være tvil om den risiko som overføres er tilstrekkelig til å kalle tildelingen en konsesjon, vil det være klokt å benytte prosedyrene for tildeling av kontrakter. Dermed kan man forhindre at en eventuell endring av risikobildet underveis medfører at anskaffelsen ikke lenger kan gjennomføres etter de prosedyrer man opprinnelig la opp til.

#### 4.4 Konsesjonærens anskaffelser (nedstrøms fase)

Vi skal her se på hvilke regler som gjelder for et OPS-selskap som innehar en konsesjon, når selskapet skal tildele underkontrakter (herunder underkonsesjoner).

En tildeling av konsesjon er som det fremgår overfor omfattet av reglene for bygg- og anleggskontrakter i anskaffelsesforskriften, dersom den inneholder et element av bygging av en *fasilitet*. Det er imidlertid i OPS normalt ikke selskapet selv som utfører arbeidet eller yter tjenester. Dette utføres derimot av tredjepart, ofte tredjepart som er deltaker i OPS-selskapet (konsortiet). Det er krav til hvordan OPS-selskapet som konsesjonær skal gjennomføre tildelinger av kontrakter til slike tredjeparter.

- Dersom konsesjonæren selv er en offentlig myndighet (for eksempel et OPS som må anses som et offentligrettslig organ) vil konsesjonærens tildeling av kontrakter følge de vanlige regler om tildeling av kontrakter om bygg og anlegg, tjenester og/eller varer.
- Det klart mest praktiske er at OPS-selskapet ikke er å anse som offentlig myndighet, og i så fall er kravet at OPS-selskapet som minstekrav må følge visse kunngjøringsregler<sup>31</sup>, dersom kontrakter skal tildeles til andre enn såkalt tilknyttede selskaper. For slike tilknyttede selskaper, typisk deltakere i OPS-selskapet, kan man med andre ord foreta tildeling uten å måtte kunngjøre dette. For at et selskap skal anses som tilknyttet konsesjonæren (OPS-selskapet) kreves det at dette fremgår av konsesjonssøknaden, og at eventuelle endringer

<sup>30</sup> Se [\(1999\) OJ 94/4 side 13](#)

<sup>31</sup> Se anskaffelsesforskriftens § 19-1.

underrettes tildelingsmyndigheten. Tildelende myndighet kan også stille krav om at en viss andel av underliggende kontrakter skal tildeles utenforstående selskaper.

Siden konsesjoner ikke er regulert i forhold til tjenester, er det heller ikke krav til hvordan et OPS-selskap som tildeles en tjenestekonsesjon, tildeler en underkontrakt, med mindre konsesjonæren er å anse som offentligrettslig organ, og således at reglene for tildeling av tjenestekontrakter kommer direkte til anvendelse på konsesjonæren.

En spesiell situasjon oppstår der OPS-selskapet er innenfor forsyningssektoren. Konsesjonen til OPS-selskapet vil da kunne innebære en slik enerett som medfører at forsyningsforskriften kommer til anvendelse. Dette innebærer at OPS-selskapet må følge reglene i forsyningsforskriften for tildeling av underkontrakter (selv om det er en konsesjon på bygg- og anleggsområdet). Forsyningsforskriften åpner imidlertid normalt ikke<sup>32</sup> for uten kunngjøring å kunne tildele til tilknyttede selskaper, slik man har etter anskaffelsesforskriften hva gjelder bygg- og anleggs-konsesjoner. Dette innebærer en vesentlig skranke for den måte OPS vanligvis gjennomføres på, og på et felt der OPS i høy grad er en aktuell anskaffelsesform. EU-kommisjonen har innsett dette, og har<sup>33</sup> tolket det slik at det er reglene i bygg- og anleggsforskriften, ikke i forsyningsforskriften, som har forrang der det dreier seg om en konsesjon. Det gjenstår å se om denne tolkning vil få tilslutning fra domstolene, og inntil videre fremstår dette som en potensiell risiko for OPS-selskaper innen forsyningssektoren.

## 5 Hvilken prosedyre må benyttes, og i hvilken grad kan forhandlinger benyttes ved anskaffelser av OPS?

### 5.1 Innledning

Utgangspunktet i anskaffelsesregelverket er at det skal benyttes enten åpen eller begrenset anbudskonkurranse<sup>34</sup>. I tillegg er det, i visse sammenhenger, tillatelse til å benytte en prosedyre med forhandlinger<sup>35</sup>. Dette gjelder også for tildeling av kontrakter for OPS. Regelverket stiller i utgangspunktet krav til prosedyren for tildeling, i form av kunngjøring av at kontrakter skal tildeles, i form av prosessuelle krav til gjennomføringen av anskaffelsen, og i form av hvilke kriterier som kan tillegges vekt. Som vi allerede har sett, vil det normalt være plikt til å kunngjøre at man har til hensikt å anskaffe gjennom et OPS. Dette gjelder enten det tildeles en tradisjonell anskaffelseskontrakt eller det tildeles en konsesjon. Dersom det dreier seg om et OPS på forsyningsområdet, vil også OPS-selskapets tildeling av kontrakter til underliggende selskaper etter ordlyden være omfattet av plikten til kunngjøring, men her er det usikkerhet som vi har referert til ovenfor. Tildeling av konsesjoner som helt og holdent gjelder tjenester, vil derimot som vi har kommentert tidligere ikke være omfattet av plikten til kunngjøring.

### 5.2 Bruk av forhandlet prosedyre ved OPS

Kjennetegnet på OPS er at det gjerne dreier seg om komplekse kontraktsforhold, der faktorer som har stor innvirkning på den kommersielle balanse mellom partene ofte ikke er avklart på det tidspunkt konkurransen utlyses. Det vil kunne være sentrale spørsmål spesielt knyttet til fiansielle forhold, ytelsesens innhold og graden av risiko som skal overføres. I praksis er derfor OPS gjennomført ved en forhandlet prosedyre, der man etter en gjennomført konkurranse forhandler (gjør i flere faser av prosessen) nærmere om de enkelte deler av den eller de avtaler som skal på plass.

Dette fremgår klart av den "[step by step guide](#)"<sup>36</sup> som finnes på hjemmesidene til Office of Government Commerce – OGC-modellen. Denne fremtrer som en standard anskaffelsesmodell ved OPS prosjekter i UK. En nærmere forklaring på innholdet i de enkelte fasene ved denne prosessen

<sup>32</sup> Unntatt i spesielle tilfeller, jf. forsyningsforskriftens § 11 nr. 8. Vi antar at et mindretall av OPS-selskapers deltakere vil oppfylle kravet om å yte minst 80 % av sine tjenester til OPS-selskap.

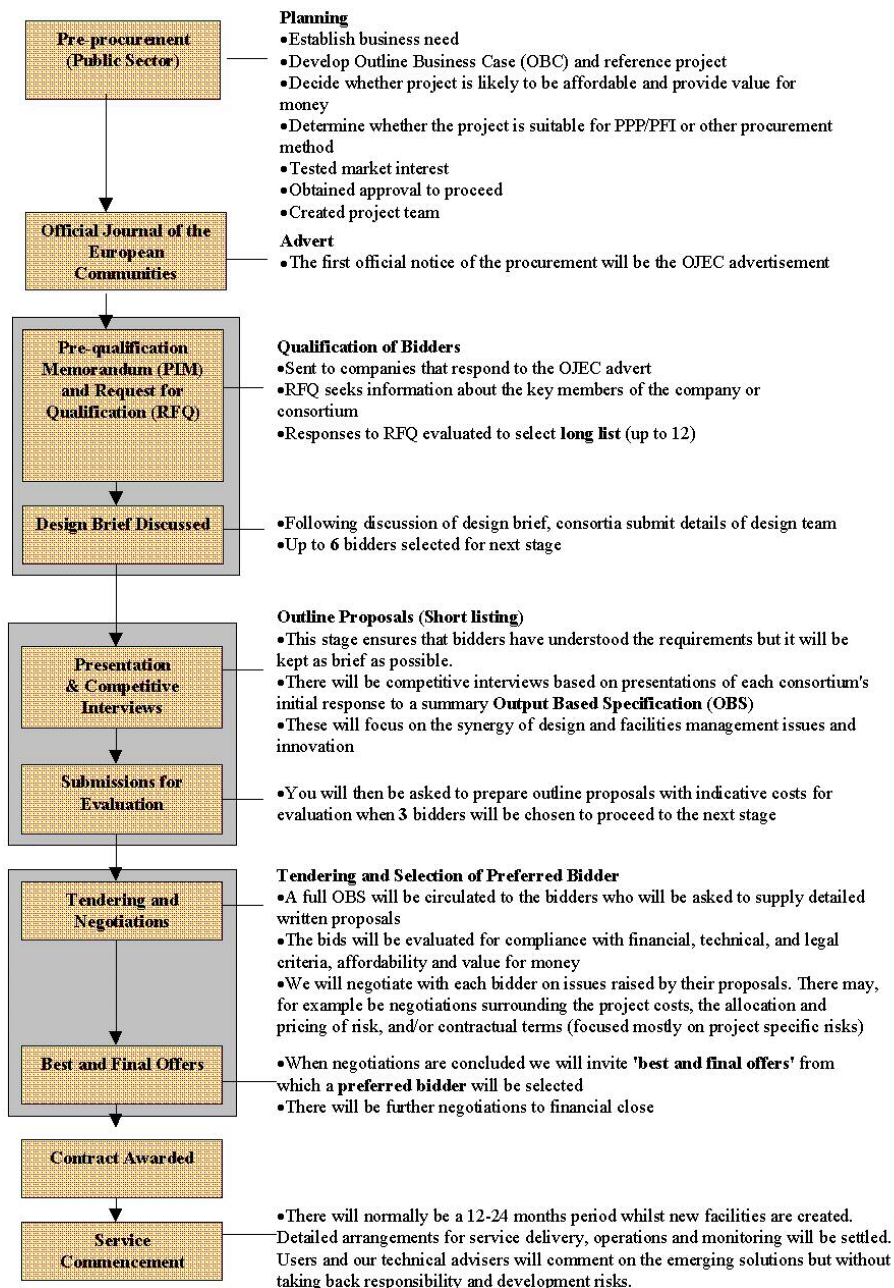
<sup>33</sup> Kommisjonens grønnbok om offentlige anskaffelser av 26. november 1996, art 5.24.

<sup>34</sup> Anskaffelsesforskriften § 4-1

<sup>35</sup> Anskaffelsesforskriften § 4-2 og 4-3

<sup>36</sup> [http://www.ogc.gov.uk/pfi/series\\_1/step/step0.htm](http://www.ogc.gov.uk/pfi/series_1/step/step0.htm)

finnes på [Lord chancellors office](#). Denne gir kommentarer til innholdet i prosessen, og inntas derfor nedenfor.



Som vi ser, forutsettes det i prosedyren en dialog mellom partene på flere punkter i prosessen. Denne dialog vil i mange tilfeller inneholde elementer av forhandlinger, spesielt i forbindelse med en eventuell shortlisting (hvor det velges ut selskaper som skal få gi tilbud basert på den kunnskap om anskaffelsen de har fått så langt i prosessen), og forhandlingene om avgitte tilbud. OGC-modellen understreker at det er hensiktsmessig at en del av disse forhandles før det endelige tilbudet – ”best and final offer” - oversendes.

Et nærliggende spørsmål er om en slik prosedyre (uansett når i prosessen forhandlinger skjer), overhodet er i overensstemmelse med de krav som stilles til bruk av forhandlet prosedyre.

Før vi ser på dette, må det bemerkes at spørsmålet ikke er relevant for alle tildelinger av OPS-kontrakt. OPS-kontrakt som er å anse som konsesjon, vil ikke omfattes av kravene hva gjelder anskaffelsesprosedyrer overhodet (annet enn kunngjøring av bygg- og anleggskonsesjoner) og vil ha en

relativt vid adgang til å gjennomføre anskaffelser med forhandlinger. Også for OPS som i hovedsak omfatter uprioriterte tjenester<sup>37</sup>, samt OPS-selskap på forsyningssektoren<sup>38</sup>, er det vid adgang til forhandlinger, og problemstillingene nedenfor er ikke relevante. For alle slike tildelinger minnes det imidlertid om at de generelle kravene i EØS-avtalen til ikke-diskriminering, likebehandling, proporsjonalitet og transparens sette rammen for hvordan forhandlinger skal gjennomføres.

Ved tildeling av tradisjonelle anskaffelseskontrakter er bruk av forhandlet prosedyre etter en forutgående konkurranse<sup>39</sup> – forutsatt kunngjøring – tillatt i følgende tilfeller:

1. Bygg- og anlegg og tjenestekontrakter: Særlige tilfeller hvor samlet prisfastsettelse i forkant ikke er mulig<sup>40</sup> (Priskriteriet)
2. Tjenestekontrakter: Tilfeller der det er umulig med nøyaktige spesifikasjoner<sup>41</sup>. (Spesifikasjonskriteriet)
3. Øvrige tilfeller, som vi ikke går inn på her, omfatter mangelfulle eller ukorrekte tilbud, samt visse bygg- og anleggskontrakter til forsknings- forsøks- og utviklingsformål.

I tillegg er det i visse begrensede tilfeller tillatt med forhandlinger uten å kunngjøre disse<sup>42</sup>. Vi antar at spørsmål om hvorvidt kriteriene for disse er oppfylt i et OPS-tilfelle, ikke skiller seg nevneværdig ut fra forholdene ved andre anskaffelser, og vi går derfor ikke nærmere inn på disse.

I vår sammenheng er det særlig priskriteriet og spesifikasjonskriteriet over som er interessant, og da fremfor alt spørsmålet om når man er i stand til å sette en pris på OPS-ytelsen.

Et av de mest sentrale skiller mellom OPS og andre typer anskaffelsekontrakter relaterer seg til at OPS-anskaffelsen har et mer komplisert samspill mellom risiko (som vi har behandlet over) og pris. Selve poenget med OPS er nettopp en ”tjenestebasert spesifikasjon”, der det ikke er fasiliteten (”input”), men selve ytelsen (”output”), det fokuseres på. I mange OPSer er selve fasiliteten i utgangspunktet kun et middel til å yte tjenester. Anbudsgrunnlaget gir normalt, slik praksis er i UK, bare en skisse til den endelige løsning av ytelsen/tjenesten.

Kontrakter som fokuserer på ytelsen som krav til tjenesteytelse innebærer et betydelig behov for avklaringer av risikofordeling og ytelsesspesifikasjon mellom kunde og leverandør. Der er, for å ta et eksempel, langt flere og mer komplekse spørsmål knyttet til drift av et fengsel enn til bygging av et fengsel. Partene vil ikke ha avklart detaljene i risikofordelingen og spesifikasjonene av de tjenester som skal ytes, og derved ha forutsetninger for å finne prisen før man er nær slutten på anskaffelsesprosessen. Den nevnte OGC-modellen anbefaler da også at tilbudene inngis først etter at man har forhandlet om sentrale prinsipper, og da med en adgang til ytterligere ”best and final offer” i evalueringsfasen av tilbudene. Som vi ser, er det med andre ord et betydelig element av forhandlinger. Forhandlinger vil dermed opptre i flere faser av prosjektet.

I forbindelse med et OPS-prosjekt som omfattet oppgradering av en skole i London (Pimlico) uttalte imidlertid EU-kommisjonen<sup>43</sup> at kriteriene for en forhandlet prosedyre ikke var oppfylt. EU-kommisjonen viste til at regelen fremstår som et unntakstilfelle som kun kan anvendes i ”særlig tilfelle” og at man ikke kunne se at dette kravet var oppfylt i dette tilfelle. Selv om EU-kommisjonen kun vurderte anvendelsen ut fra det foreliggende tilfellet, har dette vært tolket som en oppfatning om at adgangen er snevrere en man tidligere har lagt til grunn. Det mest sentrale er kanskje det forhold at den aktuelle anskaffelsen var et OPS, ikke i seg selv var tilstrekkelig til å utløse unntaket. Uttalelsen har vakt en del bestyrkelse i hvert fall i England, hvor man fra enkelte hold var av den oppfatning at dette

<sup>37</sup> Se anskaffelsesforskriftens del III

<sup>38</sup> Se forsyningsforskriften

<sup>39</sup> Se anskaffelsesforskriften § 4-2

<sup>40</sup> Se anskaffelsesforskriften § 4-2 bokstav b, jf. bygg- og anleggsforskriften art. 7 nr. 2. (c), tjenesteforskriften art. 11 nr. 2. (b)

<sup>41</sup> Se anskaffelsesforskriften § 4-2 bokstav c, jf. tjenesteforskriften art. 11 nr. 2. (c)

<sup>42</sup> Se anskaffelsesforskriften § 4-3

<sup>43</sup> [Pimlico-uttalelsen av 13 sept 2000.](#)

kunne være et skudd for baugen for mange OPSer som sådan. Det er derfor naturlig å se litt nærmere på rettstilstanden på bakgrunn av disse uttalelsene.

Selv om det er klart at et OPS ikke per definisjon vil gi adgang til en forhandlet prosedyre, kan det klart være tilfeller der man er innenfor kriteriene fordi det i realiteten er umulig å prissette anskaffelsen. Vi antar at dette vil være tilfellet der det foreligger OPS av en type eller med innhold som ikke tidligere har vært gjennomført. I slike tilfeller vil det være nødvendig med forhandlinger mellom partene for å avklare risikomomenter og dermed avklare grunnlaget for prisfastsettelse. Der man på den annen side gjennomfører OPS med innhold som er godt kjent for aktuelle aktører, og der det er eller kunne vært utarbeidet standard kontrakt kan det være situasjoner der en må si at det ikke foreligger tilstrekkelige særlige grunner til at den forhandlede prosedyre kan benyttes. Dette innebærer at det kan være et poeng at erfaringer med OPS samles, også i form av utarbeidelse av standard kontrakter, slik at man etter hvert opparbeider seg prinsipper for risikofordeling. Disse prinsipper kan benyttes til å gjennomføre standard OPS uten at man legger forhandlinger inn i prosedyren.

### 5.3 Nye forslag til prosedyre med relevans på OPS

Likevel er det ingen tvil om at det, uten bruk av en forhandlet prosedyre, vil bli noe statisk ved anskaffelsene. Dette vil kunne stride mot et hovedpoeng ved OPS, nemlig innovasjonstanken. En av fordelene ved OPS er nettopp at de private parter kan bidra til løpende innovasjon og forbedringer, ikke minst fordi fokuset ikke er på fasiliteter og spesifikasjoner av utstyr, men på kvaliteten av det som skal ytes.

Slik innovasjon forutsetter ofte utdypinger og avvik fra opprinnelig spesifikasjon, som normalt kun oppnås gjennom forhandlinger.

Også EU-kommisjonen har sett dette. I art 30 i det nye forslag<sup>44</sup> fra EU-kommisjonen til anskaffelsesdirektiv foreslås noe som i realiteten er en ny prosedyre ved særskilt kompliserte leveranser<sup>45</sup>, her er ikke minst tenkt på OPS, der det åpnes for en såkalt *"konkurransepreget dialog"* mellom aktuelle parter. Den foreslåtte prosedyre kan i korthet beskrives slik:

1. Tildelende myndighet beskriver behov og krav i kunngjøring (eller vedlegg til kunngjøring).
2. Dialog med prekvalifiserte tilbydere om hvilke løsninger som er best egnet til å oppfylle oppdragsgivers behov og krav. Dialogen skal ivareta hensyn til klarhet og likebehandling av alle parter.
3. Utarbeidelse av anbudsgrunnlag basert på de løsningene som er fremkommet overfor.
4. Gjennomføring av en anbudskonkurranse (begrenset til et utvalg av dem som har inngitt tilbud under punkt 1) basert på løsningsforslaget under punkt 3).
5. Tildeling av kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det er ikke adgang til forhandlinger.

Forslaget fremstår som et forsøk på å imøtekomme den kritikk som har vært av at gjeldende regelverk er lite tilpasset OPS, men også forslaget har møtt kritikk. I betraktning av spørsmål rundt rettigheter og muligens konfidensialitet knyttet til det at deltagerens individuelle løsningsforslag skal utgjøre et anbudsgrunnlag, er det særlig hevdet at det er lite realistisk at denne prosedyren vil fremme den kreativitet og nyskapning som er en del av hensikten med OPS. I tillegg kan det stilles spørsmål ved om oppdragsgiver etter forslaget vil kunne "plukke" og sette sammen de mest fordelaktige elementer i de forskjellige tilbud på en måte som skaper ubalanse sammenlignet med en normal forhandlingssituasjon. Det gjenstår derfor å se om en slik ordning, skulle den bli vedtatt, rent faktisk vil bli benyttet.

<sup>44</sup> Se art. 30 - samt definisjon av "konkurransepreget dialog" i art. 1 - i endret direktivforslag i COM(2002) 236 final 2000/0115 (COD). Sistnevnte inneholder endringer til utkast til direktiv om vare, tjeneste og bygg og anleggsområdet, COM(2000) 275 final/2 2000/0115 (COD).

<sup>45</sup> Se definisjonen i direktivforslagets art. 29 (1) (b).

## 6 Hva kan vektlegges ved tildeling av kontrakter?

### 6.1 Innledning

Siden OPS-prosjekter normalt er komplekse, både i organisering og omfang, reiser spørsmålet seg om det er mulig å ta andre hensyn ved tildelingen enn de relativt begrensede hensyn som er tillatt i henhold til anskaffelsesregelverket. Drøftelsen nedenfor er relevant for tildeling av ordinære kontrakter. For tildeling av konsesjoner er den ikke direkte relevant. Likevel er det også her krav til at tildelingen skal skje etter prinsipper for ikke-diskriminering, likebehandling, proporsjonalitet og transparens, noe som også vil virke inn på hvilke kriterier som legges til grunn for tildelingen.

De tillatte utvelgelseskriterier fremgår av forskriftene, og er:

- For prekvalifisering<sup>46</sup> leverandørens finansielle og økonomiske og tekniske kvalifikasjon.
- For tildeling av kontrakt<sup>47</sup> det økonomisk mest fordelaktige tilbud, alternativt laveste pris.

Disse utvelgelsene skal holdes adskilt, og det er eksempelvis ikke adgang til å ta hensyn til leverandørenes løsningsforslag (i den grad dette er kjent) ved tildelingen av kontrakt.

Det kan i forbindelse med OPS-prosjekter dukke opp enkelte spørsmål om tildelingskriterier utover dette. Disse skal vi se på nedenfor.

Særlig om hensynet til arbeidstakere (overføring av arbeidstakere til OPS-selskapet)

OPS-prosjektet vil i mange tilfeller i realiteten innebære en outsourcing av offentlige oppgaver, og i forbindelse med dette kan det tenkes at det forutsettes at OPS-selskapet skal overta ansatte fra tildelingsmyndigheten. Det kan reises spørsmål om arbeidstakeres oppfatning, for eksempel fremkommet ved konsultasjon med disse, kan tillegges vekt ved tildelingen.

På noen områder kan man si at hensynet til arbeidstakere indirekte vil kunne hensyntas<sup>48</sup>:

Man kan ved prekvalifisering utelukke selskaper hvis økonomiske stilling er tvilsom, noe som også vil komme eventuelle arbeidstakere til gode.

Man kan ved prekvalifisering unngå å velge ut selskaper som ikke oppfyller krav til den tekniske kvalifikasjon. Her er det viktig å merke seg at begrepet kan inkludere hensynet til helse og sikkerhet. Ved tildeling av kontrakt kan det økonomisk mest fordelaktige tilbudet være sammenfallende med det som gir vilkår for arbeidstakere som skal overføres, men det er nok grunn til å være varsom med å anta at dette gjelder i annet enn unntakstilfeller. Et eksempel kan være behovet for av sikkerhetshensyn å sikre fengselsansatte tilstrekkelig opplæring og betaling slik at man kan inngå en OPS-kontrakt om bygging av dette uten kostnader knyttet til streiker og høy avgang av kvalifisert personale.

Siden tildelingskriteriene er uttømmende, må det kunne fastslås at det utover det som fremgår ovenfor ikke er adgang til å tillegge disse hensyn særskilt vekt. Av denne grunn er OPS eksempelvis av fagbevegelsen i UK omfattet med betydelig motstand, og anses som en ny form for privatisering. Det må forventes at lignende synspunkter vil kunne fremkomme fra fagbevegelsen i Norge.

### 6.2 Sosiale hensyn

På mange områder, ikke minst innenfor helse, vil de oppgaver som tildeles OPS-selskapet ha stor sosial betydning. Men hvilken mulighet har tildelingsmyndighetene til å legge vekt på sosiale hensyn ved prekvalifisering? Problemstillingen synes særlig aktuell ved OPS.

<sup>46</sup> Anskaffelsesforskriften § 8-4 (3)

<sup>47</sup> Anskaffelsesforskriften § 10-2

<sup>48</sup> Spørsmålet er også adressert i en uttalelse om sosiale hensyn ved offentlige anskaffelser av 15. oktober 2001, jf. COM(2001) 566 final.

Det fremgår klart i en kommunikasjon fra EU-kommisjonen<sup>49</sup> at det kan tas sosiale hensyn. Det understrekes at dette i stor grad vil være en oppgave for den tildelende myndighet, ettersom man må sikre sosiale hensyn allerede ved beskrivelser av behov og krav fra myndighetenes side<sup>50</sup>. Dette vil i mange tilfeller falle inn under begrepet ”tekniske krav” slik at selskaper som ikke oppfyller disse krav, ikke vil bli prekvalifisert.

Det kan imidlertid være mange tilfeller der man ikke kan si at det sosiale hensyn er å anse som slike tekniske krav, slik at man ikke kan utelukke tilbydere fra prekvalifisering selv om ikke de aksepterer krav om dette. Et eksempel er krav om at alle prekvalifiserte skal påta seg å ansette arbeidsledige. I den grad sosiale hensyn skal kunne tas ved tildelingen av kontrakten, må dette være fordi man anser at det innebærer at løsningen er mer økonomisk fordelaktig. Dette innebærer at man for eksempel ser at tjenesten kan innebære en reduksjon av omkostninger som ligger utenfor kontraktstildelingen, men som er tilknyttet formålet med kontrakten. Et nærmere eksempel kan være at man ser at en tjeneste til funksjonshemmede i OPS-selskapets aldershjem reduserer behov, og dermed offentlige omkostninger, til andre (offentlige) fasiliteter.

### **6.3 Miljøhensyn**

For miljøhensyn er situasjonen på mange måter lik som for sosiale hensyn<sup>51</sup>. Også slike hensyn kan komme inn i mange OPS-prosjekter, eksempelvis ved finansiering av veier. En hel del miljøkrav vil kunne hensyntas ved prekvalifisering, basert på utvelgelseskriteriet. Også her er det henvist til myndighetenes mulighet til å stille nettopp krav om miljøhensyn i konkurransegrunnlag.

### **6.4 Hensynet til utvikling av OPS**

Et særegent hensyn, som har vært tillagt betydelig vekt i UK, er hensynet til å utvikle OPS som bransje. Man har ønsket å utvikle kompetansen på dette feltet ved bevisst å tildele kontrakter til forskjellige tilbydere.

Det er klart at man ikke kan unnlate å prekvalifisere selskaper bare av den grunn at de allerede er involvert i OPS. Tvert i mot er det normalt nettopp en indikasjon på at de oppfyller kravene til prekvalifisering.

Man kan derimot teoretisk argumentere med at tildeling til en som ikke har OPS-kontrakt fra før, med den hensikt å skape et marked med flere kompetente aktører, er økonomisk mest fordelaktig i et ”makroperspektiv”. Der er imidlertid klart at det bare er i ”mikroperspektiv”, knyttet til det konkrete kontraktsforhold, vurderingen skal skje. Det vil derfor være i strid med regelverket om kontrakt tildeles et annet selskap enn det mest økonomisk fordelaktige tilbudet i det konkrete tilfellet, selv om sistnevnte selskap allerede besitter en OPS-kontrakt.

### **6.5 Hensynet til samarbeid**

En av de mest sentrale fordeler som fremheves ved OPS, er nettopp at det i større grad enn tradisjonelle anskaffelser fremmer samarbeid mellom oppdragsgiver og oppdragstaker. En kan da spørre seg om ikke nettopp evnen til samarbeid burde være et viktig kriterium for prekvalifisering. Det er imidlertid klart at ettersom dette ikke fremgår av de kriterier man kan vektlegge ved prekvalifisering, kan man heller ikke legge vekt på dette.

### **6.6 Hensyn til aksept av standard kontraktsvilkår**

Det er ingen tvil om at det for OPS vil være en betydelig gevinst å hente ved å utarbeide standardvilkår. Spørsmålet er om oppdragsgiver kan tvinge gjennom vilkårene i disse standardkontrakter ved å nekte å prekvalifisere selskaper som ikke aksepterer prinsippene i kontrakten.

<sup>49</sup> Se EU-kommisjonens uttalelse av 15.10.2001 i COM(2001) 566 final

<sup>50</sup> Se i den sammenheng endret utkast av 6 mai 2002 til direktiv for anskaffelser av bygg og anlegg, tjenester og varer (COM(2002) 236 final) art. 26 a), der det understrekes at det kan stilles krav nettopp på disse områdene.

<sup>51</sup> Se kommisjonens uttalelse av 4.7.2001 i COM(2001) 274 final

Svaret må være at dette bare er tillatt så lenge det relaterer seg til tekniske krav i kontrakten, jf. punkt 16.1 ovenfor. Selskaper som eksempelvis ønsker en avvikende risikoallokering fra standarden, kan derimot ikke utelukkes.

## 7 Endringer etter tildeling ved OPS

Særlig tatt i betraktning av at et OPS normalt er langsiktig, vil det i de fleste tilfeller oppstå behov for å justere innholdet i de tjenester OPS yter. Adgangen til endringer i innholdet i OPS-selskapets oppgaver, må avgrenses mot tilfeller som er å anse som en ny anskaffelse. Anskaffelsesreglene begrenser imidlertid stort sett adgangen til tilleggsarbeider eller tjenester i kontrakten (uten å gjennomføre ny konkurranse) til tilfeller man ikke kunne forutse. Anvendelsen av dette på OPS kan være problematisk. For det første er det spørsmål om en endring i ytelsens kvalitet eller kvantitet normalt kan betegnes som tilleggsarbeid. Videre er det et spørsmål om hvordan det slår inn at man ved OPS normalt vil kunne forutse at det vil komme endringer, men ikke nøyaktig hvilke endringer. Her etterlyser vi en klarere veiledning.

For opsjoner kan disse normalt bare utløses dersom det er tatt høyde for disse ved utlysning av den opprinnelige konkurranse. Ellers vil det bli krevd gjennomføring av ny konkurranse for den aktuelle ytelse.

Et særlig spørsmål er der hvor det offentlige ønsker å ta ut hele eller deler av ytelsen av kontrakten. Normalt vil dette skje i situasjoner der OPS-selskapet misligholder avtalen, men man kan også tenke seg at politiske eller juridiske krav gjør at det ikke lenger er mulig å oppfylle hele kontrakten. For eksempel at det bestemmes at alt vakthold i et fengsel skal gjennomføres i offentlig regi. En slik tilbakeføring vil uansett måtte vurderes i henhold til kontraktens bestemmelser, som blant annet bør ta høyde for endringer i lovgivning. Ved overtakelse i misligholdssituasjon, vil det offentlige kunne utføre oppgavene i egenregi. For øvrig vil anskaffelsesregelverket komme til anvendelse på en ny tildeling.

Avslutningsvis kan det pekes på at ved endringer i OPS-selskapets deltakere skal oppdragsgiver notiseres, da dette vil påvirke hvem som er å anse som tilknyttede selskaper (som det kan tildeles kontrakter til uten kunngjøring av kontrakten)<sup>52</sup>. Dersom OPS-selskapet går konkurs, er det normalt slik at långivere har mulighet til å tre inn i OPS-kontrakten for å videreføre tjenestene. Kun der dette ikke er aktuelt, vil det bli snakk om offentlig overtakelse, eventuelt konkurranse om ny kontrakt vedrørende de aktuelle ytelser.

## 8 Konklusjoner

Tildeling av kontrakter til OPS-selskap vil i utgangspunktet være omfattet av anskaffelsesregelverket. Mange av de OPS-prosjekter som er særlig aktuelle, eksempelvis bomveier, vil imidlertid være å anse som konsesjoner i relasjon til anskaffelsesreglene. For disse tildelinger, regulerer regelverket i liten (for bygg og anlegg) eller ingen (for tjenester) grad anskaffelsen.

Ytelsene vil påvirke hvilke regelsett som eventuelt kommer til anvendelse. Det oppstår en del grensespørsmål som er særlig praktiske for OPS-selskaper, særlig grensen mellom anskaffelser av tjenester og bygg og anlegg, og grensen mellom forskjellige tjenestetyper. Her kan man med fordel, gjennom veiledninger spesielt rettet mot OPS, trekke opp grensene og problemstillingene tydeligere. Dette også fordi det kan få store og negative konsekvenser dersom man - i løpet av en anskaffelsesprosess – for eksempel ved forhandlinger kommer frem til en kontrakt som medfører at anskaffelsen i realiteten skulle ha gått etter helt andre regler.

For tildeling av kontrakt til OPS-selskap som ikke er å anse som en konsesjon, synes den usikkerhet som hersker i forhold til bruken av forhandlet prosedyre, å være det største problemet for OPS. Det er

<sup>52</sup> Anskaffelsesforskriften § 19-1 (7), jf bygg- og anleggsforskriften art. 3 nr. 4.

sannsynlig, men ikke sikkert, at en del OPS vil kunne benytte en forhandlet prosedyre når det gjelder prosjekter med variabler – særlig på risikoområdet – der det ikke har etablert seg noen praksis for fordeling av risiko mellom oppdragsgiver, leverandører og finansielle aktører. På område der prinsipper for fordeling av risiko og typen spesifikasjoner etter hvert blir etablert som en praksis synes det derimot som om man er henvist til ordinær anbudsprosedyre uten forhandlinger. Et stykke på vei vil da OPS-prosjekter likevel kunne gjennomføres dersom det, i samarbeid med leverandører og finansielle støttespillere, utarbeides standard OPS modeller, standard risikomatriser og standard kontrakter som kan legges til grunn. Det anbefales at man systematiserer arbeidet med å utarbeide slike standarder.

OPS-selskapets egne tildelinger vil bare være omfattet i særlige tilfeller, og først og fremst der det dreier seg om et OPS-selskap i forsyningssektoren. Et særlig problem kan for OPS-selskap på denne sektoren oppstå ved tildeling av underkontrakter til selskaper som deltar i OPS-selskapet (konsortiet), da slik tildeling (i motsetning til tildeling utenfor forsyningssektoren) tilsynelatende ikke eksplisitt er tillatt uten kunngjøring og gjennomføring av konkurranse. Her bør det skje en avklaring.

Slik situasjonen er i dag, er det ingen helhetlig regulering av OPS i anskaffelsesregelverket. I første omgang antar vi at en guide spesielt rettet mot OPS bør inneholde en detaljert redegjørelse for reglene og deres anvendelse på OPS. Spesielt bør nøkkelpunkter i kontraktene gjennomgå med tanke på deres betydning for rubriseringen i forhold til anskaffelsesreglene. Videre er det en del spesielle forhold rundt OPS, blant annet det at langsiktigheten gjør det nødvendig med endringer underveis i avtalen, der reglene i dag ofte ikke gir klare holdepunkter for hva som er tillatt.

På lengre sikt vil utviklingen selvsagt avhenge av hvilke endringer i anskaffelsesreglene som gjøres, men også her synes det som om den kanskje mest praktiske OPS-modell, konsesjoner, selv om den er omfattet av visse regler, faller utenom de fleste av prosedyrereglene. Man bør derfor vurdere å utarbeide særlige anskaffelses prosedyrer for konsesjoner, som tar hensyn til kompleksiteten i anskaffelsene.

## Del II – Momenter til en standardkontrakt om offentlige anskaffelser

Nedenfor har vi som illustrasjon inntatt noen momenter til en standardavtale om OPS. Momentene vil være relevante for mange OPSer, spesielt de som kobler bygging av fasilitet med tjenesteytelse. Momentene er dels hentet fra den engelske standardkontrakt med kommentarer som bl.a. finnes tilgjengelig på nettstedet til [partnerships uk](http://partnershipsuk.org)<sup>53</sup>. Dokumentet er en grundig presentasjon ikke bare med forslag til tekst på enkelte områder, men med kommentarer og momenter til vurderinger som må foretas under utarbeidelsen av en OPS-kontrakt. Vi har tatt med et utvalg av momentene, omarbeidet til en struktur som er mer tilpasset en norsk kontraktsform, noen av momentene med kommentarer. Kontrakten er primært tilpasset ”bygge - drive (eventuelt overføre)” – modellen.

# 1 AVTALE MELLOM OPPDRAGSGIVER OG OPS-SELKAP

## 1 Definisjoner av sentrale begreper

## 2 Kontraktens varighet

## 3 Forutsetninger og endringer i forutsetninger

### 3.1 Verifisering av forutsetninger<sup>54</sup>

### 3.2 Bakgrunnsregler, skatt og avgift

## 4 Prosjekt og oppstartsfasen<sup>55</sup>

### 4.1 Krav til fasiliteten som skal anlegges

### 4.2 Fremdriftsplan med milepæler og startdato for tjenester

### 4.3 Samarbeidsregler

### 4.4 Kundens oppgaver i prosjektet

### 4.5 Kvalitetssikring

### 4.6 Aksept av ferdigstilt fasilitet/levert vare<sup>56</sup>

### 4.7 [Eventuell overtakelse av eksisterende tjeneste<sup>57</sup>]

### 4.8 [Eventuell overtakelse av eksisterende fasilitet<sup>58</sup>]

## 5 Tjenestefasen<sup>59</sup>

### 5.1 Krav

#### 5.1.1 Innhold/spesifikasjon av tjenester

#### 5.1.2 Kvalitative krav til tjenester<sup>60</sup>

#### 5.1.3 Kvantitative krav til tjenesten

#### 5.1.4 Tjenestens tilgjengelighet<sup>61</sup>

### 5.2 Kvalitetssikring

#### 5.2.1 Måling<sup>62</sup>

<sup>53</sup> <http://www.partnershipsuk.org.uk/news/index.htm>

<sup>54</sup> Typisk ved overlevering av opplysninger, risiko for riktige opplysninger og eventuelle garantier for at opplysninger er riktige – for eksempel i forbindelse med fasilitet som skal overtas. Konsekvenser ved endringer

<sup>55</sup> Den fasen som består i anlegg av eventuell fasilitet samt forberedelse til tjeneste ytelsene.

<sup>56</sup> Dette utgjør tidspunktet når fasiliteten er ferdig, og dermed normalt også når tjenesteleveransen skal starte.

<sup>57</sup> Dette er aktuelt der OPS-selskapet skal overta ansvaret for en eksisterende tjeneste.

<sup>58</sup> Dersom hele eller deler av tjenestene fra OPS-selskapet skal ytes på fasilitet overtatt fra oppdragsgiver, oppstår bl.a. spørsmål om risiko for feil og mangler ved det som overtas, og konsekvenser dette kan ha for oppstart av tjenester etc.

<sup>59</sup> Den fasen da OPS-selskapet skal yte tjenester (eventuelt basert på fasilitet bygget i prosjekt- og oppstartsfasen)

<sup>60</sup> Definisjon av krav til tjenester innebærer en rekke utfordringer. I størst mulig grad bør det utarbeides objektive og målbare kvalitetskrav, men det kan også benyttes elementer som for eksempel brukerundersøkelser. Brukerundersøkelser bør utformes på en slik måte at undersøkelsen resulterer i et antall poeng som kan måles opp mot krav i kontrakten.

<sup>61</sup> Definisjon av når ytelsen regnes som utilgjengelig for mottakere, og på hvilke tider ytelsen skal være tilgjengelig – spesielt for kritiske områder. Når starter og stopper utilgjengelighet, og kan det avtales at varslet vedlikehold ikke skal regnes som utilgjengelig. I tillegg også spørsmål om for hvilke tjenester tilgjengelighet er viktigst – her kan det være aktuelt med strengere sanksjoner for overtredelse enn ved mindre viktige (deler av) tjenester.

- 5.2.2 *Rapportering*
- 5.2.3 *Benchmarking av tjenestekvalitet*
- 5.3 *Endringer av krav til ytelsen/tjenesten*<sup>63</sup>
- 5.4 *Kundens oppgaver i tjenestefasen*

## **6 Forholdet til underleverandører**

- 6.1 *Godkjenning av underleverandører*
- 6.2 *Kontroll over underleverandører*
- 6.3 *Regress mot underleverandører*

## **7 Oppdragsgivers forpliktelser**

- 7.1 *Definisjon*

## **8 Særlige rettigheter for oppdragsgiver**

- 8.1 *Kundens rett til midlertidig overtakelse av tjenesten (utenom mislighold)*
- 8.2 *Kundens rett til tilgang til fasilitet*
- 8.3 *Kundens rett til innsyn*

## **9 Forsikring og risiko**

## **10 Betaling**

- 10.1 *Vederlag med milepæler for betaling*
- 10.2 *Benchmarking av forholdet mellom vederlag og ytelse*<sup>64</sup>
- 10.3 *Betalingsmekanismer*
- 10.4 *Betalingsmilepæler*
- 10.5 *Betalingsbetingelser*
- 10.6 *Merverdiavgiftsforhold*
- 10.7 *Garantier*

## **11 Incentiver**

- 11.1 *Bonus ved tidligere ferdigstillelse av prosjekt/oppstartsfasen*

## **12 Mislighold og sanksjoner**

- 12.1 *Definisjon*
  - 12.1.1 *Forsinkelse av prosjekt/oppstartsfasen*<sup>65</sup>
  - 12.1.2 *Mangler ved fasilitet/vare som skal leveres*
  - 12.1.3 *Mangler ved ytelser/tjenester*
  - 12.1.4 *Forhold tilknyttet OPS-selskapet*<sup>66</sup>
  - 12.1.5 *Forhold tilknyttet refinansiering*
- 12.2 *Sanksjoner*
  - 12.2.1 *Dagbøter*
  - 12.2.2 *Erstatning, ansvar og ansvarsgrenser*
  - 12.2.3 *Midlertidig overtagelse av ytelse/tjeneste (Step-in) ved mislighold*
  - 12.2.4 *Heving*<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Måling av tjenestekvalitet (kvantitet, og tilgjengelighet) skal gi en løpende oversikt over leverandørens oppfyllelse av tjenesten, og danne grunnlag for eventuelle sanksjoner eller incentiver. Dette er sentrale instrumenter for det offentliges kontroll over OPS-kontrakter, og hindrer at OPS oppfattes som ren "ansvarsfraskrivelse" fra det offentliges side.

<sup>63</sup> På grunn av kontraktens varighet vil det ofte være behov for endringer i OPS-kontrakter. Kontrakten må regulere forslag og/eller krav om slike endringer. Imidlertid kan det skapes vanskelige grenser mot endringer som er så omfattende at de ikke forutsetter en helt ny anbudskonkurranse.

<sup>64</sup> Her kan man tenkes seg at kontrakten inneholder en mulighet for å teste forholdet pris/ytelse på markedet ved en ny konkurranse om valg av underleverandør, i tilfeller der oppdragsgiver og leverandør ikke oppnår enighet om resultatene eller konsekvensene av en benchmarking på underleverandørens område. OBS at anskaffelsesreglene i visse tilfeller vil gjelde for slik konkurranse, jf. Del I i vedlegget.

<sup>65</sup> Herunder definisjon av hva som anses som siste akseptable dag for tjenesteoppstart for å unngå igangsetting av særlige tiltak eventuelt heving fra oppdragsgiver)

<sup>66</sup> Irregulære forhold ikke tilknyttet kontraktsforholdet direkte, for eksempel korrupsjon

- 12.2.5 *Eventuell overtakelse fra långiveres side*
- 12.2.6 *Tvangsoverføring av kontrakt til konkurrenter etter budkonkurranse*
- 12.3 Mislighold av kundens forpliktelser
- 12.4 Motregning<sup>68</sup>

## **13 Skadesløsholdelse**

## **14 Force majeure og lignende hendelser**

## **15 Samarbeidsregler**

## **16 Taushetsplikt**

## **17 Immaterielle rettigheter**

## **18 Endringer i partsforhold og overføring av kontrakt**

- 18.1 Endringer på oppdragsgiversiden
- 18.2 Endringer i OPS-selskapet
- 18.3 Endringer i eierskap

## **19 Overføring av kontrakt**

- 19.1 Oppdragsgiver
- 19.2 OPS-selskapet
- 19.3 Kontrakter med långivere

## **20 Oppsigelse og opphør**

- 20.1 Eventuell avbestillingsadgang med kompensasjon
- 20.2 Ved kontraktsutløp
- 20.3 Praktiske forhold ved opphør
  - 20.3.1 *Overføring av fasiliteter og verdier*
  - 20.3.2 *Vurdering av kontraktsforholdet*

## **21 Diverse forhold**

- 21.1 Personvern
- 21.2 Markedsføring og referanser
- 21.3 Tvisteløsning
  - 21.3.1 *Forhandlinger*
  - 21.3.2 *Megling*
- 21.4 Lovvalg og vernetting

# **2 KONTRAKT MED LÅNGIVERE<sup>69</sup>**

- 1 Långiveres rett til inntreden i kontrakten
- 2 Konsekvenser av inntreden<sup>70</sup>
- 3 Långiveres ansvar

---

<sup>67</sup> Herunder definisjon av eventuelle særlige hevingskriterier, dvs. omstendigheter som gir rett til heving.

<sup>68</sup> Typisk der dagbotskrav motregnes i vederlaget

<sup>69</sup> Avtale mellom oppdragsgiver og OPS-selskapets långivere som regulerer forhold knyttet til en varslet eller gjennomført heving av kontrakten.

<sup>70</sup> Her vil det spesielt være spørsmål om långiverens inntreden "nullstiller" slike forhold som akkumulert dagbot etc, eller om disse "arves" fra OPS-selskapet. For øvrig vil reguleringen inneholde bestemmelser om hvordan overføring fra låntakerne til nytt OPS-selskap skal skje.