

Sak 08-22 Vidare framdrift for etablering av biogassanlegg.

Tilråding til vedtak

Styret tar orienteringa til viande

Saksutgreiing.

20 desember 2021 fekk VØR brev frå Statsforvaltaren i Møre og Romsdal, om at klagen på Løyvet til Biogassanlegg av 27. september 2021, var handsama av klageorganet og oversendt Miljødirektoratet til endeleg handsaming. Klagen vart ikkje gitt utsetjande verknad.

Statsforvaltar bad i brevet til direktoratet om at klagehandsaminga vart slått saman med klagen på etableringa av infiltrasjonsanlegget som vert etablert under fase 1 utbygginga. Den klagen har vi tidlegare fått melding frå MD, om skulle handsamast i januar/ februar 2022. Infiltrasjonsanlegget har fått byggeløyve frå kommunen.

I etterkant av avklaringa hos Statsforvaltaren, har vi arbeida vidare med prosessen fram mot etablering av biogassanlegg.

Biogassproduksjon er prosessindustri og VØR eller samarbeidspartane har ikkje praktisk røynsle med å kunne bygge og drifte eit slikt anlegg, slik eg ser det. Å etablere eit slikt anlegg med investeringar i storleik minst 1-200 mill. kr. krev samarbeidspartnerar med røynsle slik dagleg leiar ser det

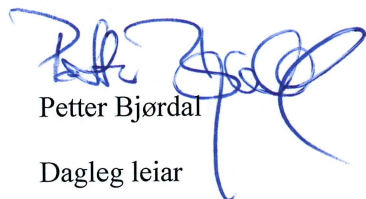
Vegen vidare fram til etablering går derfor igjennom samarbeid med dei som kan slikt i dag, der vi frå vår side må arbeide for rimelege leveringsvilkår, og kostnadsdekning på infrastruktur.

Dermed er vi over i ein anskaffingsprosess / konsesjonskontraktanskaffing. Med andre ord ein juridisk prosess som skal sikre transparens, likehandsaming og konkurranse.

Vi har derfor bestilt ei juridisk vurdering frå advokat Trine Friberg i Advokatfirmaet Wahl -Larsen, for å få fram handlingsrommet vårt. Friberg er ifølge Dammerud Kompetanse, av landets fremste på offentlege kjøp / konsesjonskontakter. Området er komplisert, så det kan godt vere at den juridiske vurderinga må følgjast opp med enda fleire oppfølgingsspørsmål. Det vil vise seg.

Målet er uansett å finne eit firma som vil utvikle, evt. eige, bygge og drifte eit biogassanlegg i tråd med det Løyvet vi har fått.

Parallelt har vi eller vil ha kontakt med 3-5 leverandørar som kan tenke seg å vere med, for å finne ut om her er interesse nasjonalt og kva vilkår det vert stilt. Dette er vi i prosess på. Målet er slik det står i saka om gebyrvedtak til kommunestyra i haust, at vi får ei avklaring om bygging eller ikkje i løpet av våren 2022.



Petter Bjørdal

Dagleg leiar

Vedlegg: Juridisk vurdering frå Wahl-Larsen Advokatfirma AS



NOTAT

Til: Volda og Ørsta Reinhaldsverk IKS

Oslo, 28. januar 2022

Saksnr.: 20220044

Fra: Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Ansvarlig advokat: T.F

VEDR. RAMMER FOR KONKURRANSEUTSETTING AV AVTALE OM BYGGING OG DRIFT AV ET BIOGASSANLEGG

1. Innledning

Jeg har blitt anmodet om å gi en overordnet redegjørelse for de rammer anskaffelsesregelverket, og evt. regelverket om offentlig støtte, vil innebære for konkurranseutsetting av en avtale om bygging og drift av et biogassanlegg. Da det er en nødvendig forutsetning for at dette prosjektet skal bli en realitet at RIR IKS, SSR IKS og ÅRIM IKS forplikter seg til å levere sitt matavfall til biogassanlegget, er det konkret stilt spørsmål om det er andre måter å løse dette på enn ved tildeling av enerett.

2. Oppsummering - Råd

Innholdet i avtalen, dvs. reguleringen av rettigheter og forpliktelser, samt estimerte verdier av de ulike deler av anskaffelsen, vil være avgjørende for hvordan oppdragsgiver kan/må/bør tilrettelegge konkurransen. Rådet er derfor at det bør foretas en konkret vurdering etter at det er utarbeidet en kravspesifikasjon og kontraktsbestemmelser som dekker oppdragsgivers behov, og som man antar vil være egnet til å skape nødvendig konkurranse. Det kan også være en ide å invitere til dialogkonferanse med markedet. Til illustrasjon kan her vises til følgende link <https://www.doffin.no/Notice/Details/2021-338198>.

Regelverket om offentlig støtte anses ikke relevant, forutsatt at det gjennomføres en konkurranse i henhold til anskaffelsesregelverket.

Det utelukkes ikke at det vil være mulig å tilrettelegge konkurransen på en slik måte at konkurransen også omfatter avtaler med andre oppdragsgivere om mottak og behandling av matavfall. Jeg har pt. ikke klart å finne rettskilder hvor dette er problematisert/omtalt. Jeg anser derfor at spørsmålet er beheftet med usikkerhet. Dersom dette skulle bli aktuelt, bør det foretas nærmere vurderinger.

3. Oversikt over den videre redegjørelsen

Notatet omfatter følgende punkter:



Punkt 4 Vil anskaffelsesforskriften eller konsesjonskontraktforskriften regulere anskaffelsen?

Forutsatt konsesjonskontraktforskriften:

Punkt 5 Er det del I eller del II som kommer til anvendelse?
Punkt 6 Er rett kategorisering bygg- og anleggskonsesjon eller tjenestekonsesjon?
Punkt 7 Hvilke anskaffelsesprosedyrer kan velges?
Punkt 8 Hvor lang kan kontraktsperioden være?
Punkt 9 Valg av entreprisekontrakt – Betydningen av kravspesifikasjonen
Punkt 10 Kort om kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier
Punkt 11 Har regelverket om offentlig støtte relevans?
Punkt 12 Finnes det andre alternativer enn tildeling av enerett for å sikre råvaretilgang fra øvrige aktuelle interkommunale selskap?

4. Vil anskaffelsesforskriften eller konsesjonskontraktforskriften regulere anskaffelsen?

En grunnleggende forutsetning for at man i det hele tatt trenger å tenke på anskaffelsesregelverket er at avtalen kan anses som anskaffelse/kontrakt i regelverkets forstand. En kontrakt er definert på følgende måte:

«gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører»

Dette enten i form av en tradisjonell tjenestekontrakt (som er regulert av lov og forskrift om offentlige anskaffelser), hvor man yter tjenester til oppdragsgiver mot betaling fra oppdragsgiver, eller en tjenestekonsesjonskontrakt (som er regulert av lov om offentlige anskaffelser og tjenestekonsesjonsforskriften), som defineres på følgende måte i konsesjonskontraktforskriften § 1-2

«(1) En konsesjonskontrakt er en tjenestekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt der vederlaget består enten utelukkende av retten til å utnytte tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene eller en slik rett sammen med betaling, og der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren.»

Videre er det presisert nærmere hva som skal til for å anse at driftsrisikoen er overført i annet ledd:

«(2) Driftsrisikoen knyttet til tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene kan enten gjelde etterspørsels- eller leveringsrisikoen eller begge deler. Driftsrisikoen anses overført når leverandøren under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnader som påløper i driften. Risikoen som overføres til leverandøren, skal innebære en reell eksponering for svingningene i markedet, slik at det anslåtte potensielle tapet for leverandøren ikke skal være ubetydelig.

Videre siteres følgende fra departementets veileder til konsesjonskontraktforskriften:

«Ved vurderingen av om en kontrakt er en konsesjonskontrakt, er det ikke hva oppdragsgiver anskaffer som er avgjørende, men hvordan kontrakten er utformet. En konsesjonskontrakt er en kontrakt hvor det er leverandøren og ikke



oppdragsgiver som har den vesentlige driftsrisikoen knyttet til tjenesten, bygget eller anlegget som anskaffes.

Konsesjonskontrakter kjennetegnes ved at det er leverandøren som bærer utgiftene ved å etablere bygget/tjenesten. Inntektene til leverandøren sikres gjennom en rett til kommersiell utnyttning av bygget/tjenesten og/eller ved en delvis betaling fra oppdragsgiver. Et typisk eksempel er at betalingsstrømmen kommer fra brukerne av bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene. Betalingsstrømmen kan også komme delvis fra oppdragsgiver. Det sentrale i vurderingen er ikke hvor betalingen kommer fra, men om den vesentlige driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiver til leverandøren.»

Om driftsrisikoen uttales bl.a. følgende:

«Driftsrisikoen kan gjelde enten etterspørselsrisikoen, leveringsrisikoen eller begge deler.

Med etterspørselsrisiko menes for eksempel risikoen for at antallet brukere som vil betale for en tjeneste er tilstrekkelig til at det dekker leverandørens investeringer og driftskostnader. Den faktiske etterspørselen kan variere basert på brukernes ønsker og behov eller på grunn av konkurranse fra andre aktører...

Leveringsrisikoen kjennetegnes ved at leverandøren har ansvar for at bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytelsene som er gjenstand for kontrakten vil matche etterspørselen. ...

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

I denne sammenheng vises til en KOFA-sak fra 2005, sak 2005/4, gjeldende drift av hurtigbåter. KOFA uttalte at det at oppdragsgiver skyter inn midler for at tjenesten skal bli utført ikke er til hinder for at forholdet kan karakteriseres som en konsesjon, men at grensene for hvor stor del av inntektene som kan komme fra oppdragsgiver er uklare. I saken var det antatt at vederlaget ikke vil kompensere for mellom 20 % og 55% av de totale kostnader som medgikk til driften av de forskjellige rutene. KOFA fant at den risikoen som leverandørene hadde påtatt seg ikke kunne karakteriseres som ubetydelig, og at kontrakten kunne karakteriseres som en tjenestekonsesjon.

Jeg siterer også følgende fra en veileder fra Avfall Norge (Rapport nr. 4 – 2009):

«Ved oppføring av et forbrenningsanlegg med energigjenvinning vil det trolig være et spørsmål om hva som er sentralt med forbrenningsanlegget – salg av



strøm/elektrisitet og varme, eller behandling av avfall mot vederlag, noe som regnes som salg av tjeneste. Dersom det sentrale formålet med forbrenningsanlegget er tjenesteelementet og verdien av dette er høyere enn salg av elektrisitet vil dette måtte være å anse som tjenestekonsesjon, og denne vil da ikke være omfattet av anskaffelsesforskriften. Det samme antas gjelder oppføring av biogassanlegg basert på avfall og kloakkslam, dersom hovedformålet er å få en forsvarlig behandling av avfallet, dvs. tjeneste, og ikke produksjon og salg av sluttprodukter, som rågass, energi, jordprodukter m.v»

Forutsatt at konkurransen også omfatter kontrakter med andre offentlige oppdragsgivere om mottak og behandling av matavfall, jf. siste punkt, og disse isolert ikke kan anses som tjenestekonsesjon, vil følgende bestemmelser i konsesjonskontraktforskriften være avgjørende for hvilket regelverk som kommer til anvendelse (tilsvarende bestemmelser i FOA § 6-4):

§ 6-3. Blandede anskaffelser som delvis er omfattet av forskriften og delvis av anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften

(1) En oppdragsgiver som skal anskaffe ytelser som kan skilles fra hverandre på en objektiv måte, og som delvis innebærer en konsesjon og delvis er omfattet av anskaffelsesforskriften, kan velge å inngå

- a) separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller
- b) en blandet kontrakt etter reglene i anskaffelsesforskriften. Dersom ytelsen som er omfattet av forskriften overstiger EØS-terskelverdiene i § 5-1, gjelder likevel forskriften når ytelsen som er omfattet av anskaffelsesforskriften ikke overstiger EØS-terskelverdiene i anskaffelsesforskriften § 5-3.

(3) En oppdragsgiver som skal anskaffe ytelser som ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte, men som delvis er omfattet av forskriften og delvis er omfattet av anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften, skal inngå en blandet kontrakt etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedelement. Dersom en slik kontrakt inneholder elementer av både tjenestekonsesjon og vareleveranse, utgjør ytelsen som har den høyeste verdien, kontraktens hovedelement.

5. Konsesjonskontraktforskriftens del I eller del II?

Del II vil regulere konkurransen dersom den anslåtte verdi av anskaffelsen er lik eller overstiger EØS-terskelverdien på 51,5 millioner eks. mva, jf. § 5-1 (2). Det innebærer bl.a. at konkurransen må kunngjøres.

I henhold til § 6-1 (3) er det den samlede anslåtte kontraktsverdien av den blandede konsesjonskontrakten (bygg- og anleggskonsesjon og tjenestekonsesjon) som skal legges til grunn ved beregningen.

Verdien skal beregnes på grunnlag av leverandørens forventede samlede omsetning i konsesjonskontraktens varighet eksl. mva, jf. § 5-2 (1). I § 5-2 (3) er det fastsatt følgende om metoden for beregningen:

«(3) Metoden for beregningen av konsesjonskontraktens verdi skal beskrives i anskaffelsesdokumentene. Ved beregningen skal oppdragsgiveren, der dette er relevant, særlig inkludere:



- a) verdien av enhver form for opsjon
- b) inntekter fra betaling, gebyrer og bøter fra brukerne av tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene, ut over dem som kreves inn på vegne av oppdragsgiveren
- c) betaling, tilskudd og andre finansielle fordeler i enhver form fra oppdragsgiveren, andre offentlige myndigheter eller tredjeparter for utførelsen av tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene
- d) inntekter fra salg av aktiva som er en del av tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene
- e) verdien av alle varer og tjenester som oppdragsgiveren stiller til leverandørens rådighet, og som er nødvendige for å utføre arbeidene
- f) betaling eller premie til leverandørene

6. Er rett kategorisering bygg- og anleggskonsesjon eller tjenestekonsesjon?

Konsesjonskontraktforskriften § 6-1 fastsetter at en kontrakt som omfatter både tjenester og bygge- og anleggsarbeider skal inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør «kontraktens hovedelement».

7. Hvilke anskaffelsesprosedyrer kan benyttes?

Oppdragsgiver har stor frihet ved valg av prosedyreform, så lenge de grunnleggende prinsippene om forholdsmessighet, konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet overholdes, jf. LOA § 4.

Alle de prosedyreformer som vi kjenner fra anskaffelsesforskriften kan benyttes; tilbudskonkurranse (del II), anbudskonkurranse, kjøp etter forhandling, eller konkurransepreget dialog.

Følgende er fastsatt i konsesjonskontraktforskriften § 8-1:

(2) Oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forhold oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av leverandører til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud.

(3) Oppdragsgiveren kan fastsette en grense for antallet leverandører som skal velges ut til å gi tilbud. Oppdragsgiveren skal fastsette objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for utvelgelsen. Oppdragsgiveren skal velge ut et antall leverandører som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

(4) Oppdragsgiveren kan forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudene. Det er ikke tillatt å foreta endringer som medfører at anskaffelsen blir avgjørende forskjellig fra beskrivelsen i anskaffelsesdokumentene.

Som det fremgår av (3), kan det gjennomføres en begrenset prosedyre. Det innebærer at det gjennomføres en prekvalifisering, hvor det er oppstilt noen kvalifikasjonskrav knyttet til økonomi og tekniske og faglige kvalifikasjoner som minimum må oppfylles, og at det dernest foretas en utvelgelse basert på kriterier ved evt. overtallige kvalifiserte. Det er da svært vanlig at man velger ett eller flere av kvalifikasjonskravene, og at leverandørene vurderes og rangeres opp mot disse. Har man eksempelvis kommet til at man anser det for hensiktsmessig



at 4 potensielle leverandører skal få anledning til videre deltagelse, vil det være de 4 best kvalifisert leverandører som får mulighet til å delta.

8. Hvor lang kan kontraktperioden være?

Kontraktslengden skal fastsettes på grunnlag av tjenestens eller bygge- og anleggsarbeidets art, omfang og kompleksitet, jf. § 8-12 første ledd. Det er ikke lovlig å inngå tidsubegrensede konsesjonskontraktforskrifter.

Utover dette er det fastsatt at dersom kontraktslengden fastsettes til mer enn 5 år, må lengden ikke overstige den tiden som anses nødvendig for at leverandørens skal ha mulighet til å tjene inn sine investeringer og oppnå en rimelig avkastning, jf. § 8-12. Det er videre fastsatt at det ved denne beregningen skal tas hensyn til etablerings- og driftskostnader og andre investeringer knyttet til kontraktsoppfyllelsen.

I veilederen er dette kommentert som følger:

«I utgangspunktet skal det ikke inngås konsesjonskontrakter med en varighet på mer enn 5 år. Kontrakter med en lengre varighet kan være berettiget, men nødvendigheten av en slik varighet må begrunnes av oppdragsgiver. Begrunnelsen kan eksempelvis være at varigheten er nødvendig for å sikre at leverandøren har mulighet til å tjene inn sine investeringer og oppnå en rimelig avkastning. Når beregningen av hva som er nødvendig i denne sammenheng skal foretas, skal oppdragsgiver ha verdien av kontrakten på tidspunktet for tildeling av konsesjonen som utgangspunkt. Han kan likevel også ta hensyn til etablerings- og driftskostnader og andre investeringer knyttet til kontraktsoppfyllelsen. Dette kan være utgifter til infrastruktur, opphavsrettigheter, patenter, utstyr, logistikk, ansettelse og utdanning av personale og oppstartskostnader. Oppdragsgiver må foreta en grundig og forsvarlig vurdering.»

9. Valg av entreprisform - betydningen av kravspesifikasjonen

Det er to hovedformer for entrepris, såkalt utførelsesentreprise og totalentreprise, hvor da bransjen hhv. benytter NS 8405/06 eller NS 8407 som alminnelige kontraktsbestemmelser.

Ved valg av totalentreprise (NS 8407) er entreprenøren- totalentreprenøren- forutsatt å stå for det vesentlige av prosjekteringen, mens byggherren begrenser seg til overordnede funksjons-/ytelses/- eller behovskrav. Totalentreprenøren bærer da risikoen for valg av løsninger, materialer og metode.

Ved valg av utførelsesentreprise (NS 8405/8406) er dette motsatt, byggherren skal levere de tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige og egnet som, grunnlag for utførelsen av kontraktarbeidet.

Totalentreprise er m.a.o. ikke et «trylleord» som innebærer at entreprenøren sitter med all risiko. Det avgjørende for risikoens plassering vil være grad av detaljering i kravspesifikasjonen; jo mer byggherren har beskrevet, jo større risiko bærer han og motsatt. (Dog er det slik at man har mulighet til å avtale såkalt risikoovergang, ved at



totalentreprenøren overtar risikoen for det byggherren har prosjektert. Jeg avgrenser mot nærmere redegjørelse for dette).

Jeg vil tro at det vil være totalentreprise som er det fornuftige alternativ.

10. Kort om kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

Det kan – på samme måte som for anskaffelsesforskriften – stilles kvalifikasjonskrav. Det er ikke, slik som i FOA del III, begrensninger for hva slags dokumentasjon man kan kreve for tekniske og faglige kvalifikasjoner (hvilket samtidig begrenser type krav som kan stilles).

Det er utelukkende krav om disse må ha «tilknytning til og stå i forhold til leveransen og være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre konsesjonskontrakten, jf. § 8-4.

Det vil være enklest å finne frem til gode kvalifikasjonskrav etter at man har bestemt seg for hvilke krav som skal settes til ytelsen og hvilke kontraktsbestemmelser som skal gjelde.

På samme måte som i FOA, vil en leverandør ha mulighet til å støtte seg på andre foretaks kvalifikasjoner, jf. § 8-7, og det er mulighet for at flere leverandører deltar i fellesskap, jf. § 8-8.

Når det gjelder tildelingskriterier, gjelder samme krav som etter FOA. De må ha «tilknytning til leveransen», jf. § 8-9 (2), og ikke være «så skjønnspregede at de gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet.». Som eksempler i bestemmelsen er vist til pris, kvalitet, miljø, sosiale hensyn og innovasjon.

Det vil også være enklest å finne frem til gode tildelingskriterier etter at man har bestemt seg for hvilke krav som skal settes til ytelsen og hvilke kontraktsbestemmelser som skal gjelde.

Det er ingen krav til at man må oppgi en vekting i forkant, type pris skal veie 60% osv., men det er krav om at de skal angis i prioritert rekkefølge, jf. § 8-9 (1).

I den sammenheng nevnes en bestemmelse som er helt spesiell for konsesjonskontraktforskriften, og det gjelder for den situasjon at oppdragsgiver evt. mottar et tilbud som inneholder en innovativ løsning med en usedvanlig god funksjonell ytelse som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne ha forutsett. Da kan oppgitt prioritetsrekkefølge endres for å ta i betraktning denne, iht. nærmere bestemte regler i § 8-10, som jeg avgrenser mot å redegjøre for her.

11. Har regelverket om offentlig støtte relevans?

EF-domstolen har i den såkalte Altmark-saken (c-280/00) oppstilt fire kriterier for at kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk betydning, ikke er å anse som statsstøtte og derfor heller ikke trengs notifiseres. Den konkrete saken gjaldt kompensasjon for rutetransport. Disse vilkårene er:

1. Foretaket må være pålagt en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og disse forpliktelsene må være klart definert.



2. Kriteriene for beregning av kompensasjonen må være fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomiktig måte.
3. Kompensasjonen må ikke overstige utgiftene til oppfyllelsen av forpliktelsene, hensyntatt eventuelle inntekter ved tjenesten samt en rimelig fortjeneste.
4. Kompensasjonens størrelse må bestemmes enten etter en offentlig anskaffelsesprosedyre eller på grunnlag av en analyse av omkostningene som et gjennomsnittlig foretak ville hatt, hensyntatt inntekter ved tjenesten samt en rimelig fortjeneste.

En anskaffelse som er gjennomført etter regelverket om offentlige anskaffelser, vil vanligvis ikke rammes av statsstøttereglene. Dette fordi konkurransen sikrer riktig markedspris, og dermed foreligger ikke en fordel for vare-/tjenesteleverandøren som kan utgjøre en ulovlig statsstøtte.

12. Finnes det andre måter å sikre råvaretilgang fra RIR IKS, SSR IKS, og ÅRIM IKS enn tildeling av enerett til drifter av biogassanlegget?

I henhold til FOA § 29-1 har flere oppdragsgivere mulighet til å gjennomføre anskaffelser i fellesskap. Denne bestemmelsen kan muligens åpne opp for at det kan gjennomføres en anskaffelse som omfatter hhv. kontrakt med VØR om totalentreprise og drift av biogassanlegg, og kontrakter med VØR, og de øvrige tre IKS om mottak og behandling av matavfallet. Det vises her til bestemmelsens annet og tredje ledd, og især tredje ledd:

(2) Når flere oppdragsgivere gjennomfører anskaffelser i fellesskap i alle oppdragsgivernes navn, er de felles ansvarlige for å overholde forskriften. Dette gjelder også når en av oppdragsgiverne gjennomfører anskaffelsen på vegne av de andre oppdragsgiverne.

(3) Når flere oppdragsgivere gjennomfører deler av anskaffelsen i fellesskap, er de felles ansvarlige for å overholde forskriften bare for de delene som de gjennomfører i fellesskap. Hver av oppdragsgiverne er ansvarlige for å overholde reglene for de delene som de gjennomfører på egne vegne.»

Konsesjonskontraktforskriften inneholder ikke en tilsvarende bestemmelse, men jeg kan ikke se hvilke hensyn som skulle tilsi at det var større rett til en samlet anskaffelse iht. FOA. (Dog vil det da oppstå et spørsmål om hva som utgjør hovedelementet den blandede anskaffelsen, jf. punkt 4 ovenfor.

Jeg har så langt ikke funnet noen rettskilder hvor dette har vært prøvet/problematisert hva gjelder den type koblinger vi her står ovenfor.

Oppdragsgivere har alltid hatt en relativt vid skjønnsadgang ved vurderingen av på hvilken måte det er mest hensiktsmessig å gjennomføre en planlagt anskaffelse, herunder i hvilken grad forskjellige ytelser skal kjøpes inn samlet og om det skal åpnes for å inngi tilbud på delarbeid.

Av tidligere praksis fra KOFA følger det imidlertid at valget om å foreta en samlet anskaffelse av flere ytelser ikke må føre til en usaklig begrensning av konkurransen, jf. blant annet klagenemndas sak 2014/13 og 2012/238.



I FOA § 19-4 er det en bestemmelse som tilsier at KOFA ikke lenger vil kunne etterprøve sakligheten av den vurderingen som har ledet frem til at oppdragsgiver ikke har valgt å åpne opp for deltilbud. Bestemmelsen er samtidig et utslag av at ett av EUs målsetninger med de nye direktivene, og derved det enkelte lands regulering for anskaffelser over EØS-verdien, er å gi lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter, jf. at det er en plikt til å vurdere spørsmålet.

Oppsummert er min oppfatning at spørsmålet er usikkert, og at dette bør utredes nærmere.

Oslo, 28. januar 2022

WAHL-LARSEN ADVOKATFIRMA AS

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Trine Friberg', written over a horizontal line.

Trine Friberg
Advokat