

OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

UNDER HVILKE OMSTENDIGHETER SKAL ENDRINGER I ET EKSISTERENDE KONTRAKTSFORHOLD MELLOM EN OPPDRAGSGIVER OG EN LEVERANDØR ANSES FOR INNGÅELSE AV EN NY KONTRAKT?



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 723

Leveringsfrist: 25. november 2011

Til sammen 17902 ord

25. november 2011

INNHALDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	3
1.1 Avhandlingens tema og hovedproblemstilling.....	3
1.2 Sentrale begreper, avgrensninger	4
1.3 Opplegget videre.....	8
2. RETTSKILDEBILDET	9
2.1 Generelt	9
2.2 Avgjørelser fra EU-domstolen.....	11
2.3 Klagenemndspraksis	12
2.3.1 Avgjørelser fra KOFA	12
2.3.2 Dansk og svensk klagenemndspraksis	14
3. DET OVERORDNEDE VURDERINGSTEMAET	15
3.1 Generelt	15
3.2 Matra-avgjørelsen	15
3.3 Presetext-avgjørelsen.....	17
4. ENDRING TILKNYTTET REALYTELSEN	20
4.1 Generelt	20
4.2 Kontraktsbestemmelser om endring tilknyttet realytelsen	23
4.2.1 Generelt.....	23
4.2.2 Endringen må ligge innenfor rammen av kontraktens endringsregime	25
4.2.3 Krav til endringsbestemmelsens klarhet og presisjon.....	27
4.2.4 Krav til endringsbestemmelsens objektivitet	30
4.2.5 Særskilte begrensninger i adgangen til å benytte kontraktsbestemmelser om forlengelse.....	31
4.3 Endring tilknyttet realytelsen uten grunnlag i kontrakt	35
4.3.1 Generelt.....	35
4.3.2 Kvantitative endringer	37
4.3.3 Kvalitative endringer	40
4.4 Særlig om den generelle betydningen av årsaken til endringsbehovet	42
4.5 Tilleggsytelser	44

5.	ENDRING AV KONTRAKTSBETINGELSENE.....	50
5.1	Generelt	50
5.2	Kontraksbestemmelser om endring av kontraktsbetingelsene.....	51
5.2.1	Generelt.....	51
5.2.2	Skjerpet krav til endringsbestemmelsens objektivitet.....	51
5.3	Endring av kontraktsbetingelsene uten grunnlag i kontrakt.....	54
5.3.1	Generelt.....	54
5.3.2	Endring av pris	55
5.3.3	Endring av risikofordeling	58
6.	ENDRING AV AKTØRER.....	59
6.1	Generelt	59
6.2	Endring av underleverandør	59
6.3	Endring av kontraktspart.....	62
6.3.1	Generelt.....	62
6.3.2	Endring av kontraktspart på oppdragsgiversiden.....	62
6.3.3	Endring av kontraktspart på leverandørsiden	63
6.3.4	Kontraksbestemmelser om endring av kontraktspart.....	66
7.	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....	69
8.	KILDER.....	70

1. INNLEDNING

1.1 Avhandlingens tema og hovedproblemstilling

Under gjennomføringen av en kontrakt kan det oppstå behov for å endre kontraktens innhold. Særlig gjelder dette for løpende kontrakter og kontrakter av lengre varighet. For eksempel kan kontraktens kompleksitet medføre at partene ikke har full oversikt over alle behov ved kontraktsinngåelsen. Teknologiske fremskritt kan gjøre det uhensiktsmessig å oppfylle kontrakten i sin opprinnelige form. Ny, tvingende lovgivning, for eksempel endrede arbeidsmiljøkrav eller nye forskriftskrav til utførelser, kan også være årsaken til endringsbehovet. Normalt kan behovet for endringer møtes med at partene endrer kontrakten uten at endringen har øvrige virkninger enn de rent privatrettslige.

For kontrakter inngått etter regelverket for offentlige anskaffelser gjør imidlertid særlige hensyn seg gjeldende. Anskaffelsesloven¹ § 5 oppstiller grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen, herunder et krav om at «[e]n anskaffelse...så langt det er mulig [skal] være basert på konkurranse.» En endring i en offentlig anskaffelseskontrakt vil kunne komme i konflikt med dette «konkurranseprinsippet».

Anskaffelsesregelverket regulerer i første rekke perioden fra anskaffelsesprosessen påbegynnes og frem til tidspunktet for kontraktsinngåelse.² Mer konkret er anvendelsesområdet for anskaffelsesloven i § 3 angitt å være nærmere bestemte typer «anskaffelser». Etter anskaffelsesforskriften³ § 1-3 første ledd og forsyningsforskriften⁴ § 1-6 første ledd, får forskriftene anvendelse på «tildeling av offentlige kontrakter» av nærmere bestemte typer. Begrepene «anskaffelser» og «kontrakter» har samme rettslige

¹ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

² NOU 1997:21 s. 24.

³ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

⁴ Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).

innhold.⁵ Kontraktsinngåelse setter i utgangspunktet sluttstrek for anskaffelsesregelverkets anvendelse («exit procurement law»)⁶ Når kontrakt er inngått, er det kontraktsretten som gjelder.⁷ Følgelig er det rettslige utgangspunktet at det er adgang til å endre inngåtte kontrakter uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.⁸

Det må imidlertid oppstilles et unntak fra dette utgangspunktet. Vidtgående endringer i en inngått kontrakt vil i lys av konkurranseprinsippet kunne medføre at man i realiteten står overfor en *ny kontrakt* i anskaffelsesregelverkets forstand som må følge anskaffelsesregelverket når den inngås.

Avhandlingens hovedproblemstilling består på denne bakgrunn i å klargjøre under hvilke omstendigheter endringer i et eksisterende kontraktsforhold mellom en oppdragsgiver og en leverandør skal anses for inngåelse av en ny kontrakt.

1.2 Sentrale begreper, avgrensninger

Med «oppdragsgiver» forstår jeg i det følgende den som foretar anskaffelsen.⁹ Med «leverandør» sikter jeg til den som leverer ytelsen.¹⁰

Begrepet «endring» av en kontrakt kan språklig forstås slik at det omfatter enhver omlegging av kontraktsforholdet som forelå før endringen inntrådte.¹¹ En endring vil følgelig kunne relatere seg til flere aspekter ved kontraktens innhold.¹²

⁵ Dragsten/Lindalen (2005) s. 373.

⁶ Krüger (2010a) s. 367.

⁷ Dragsten (2010) s. 38.

⁸ Dragsten/Lindalen (2005) s. 380.

⁹ NOU 1997:21 s. 87.

¹⁰ NOU 1997:2 s. 87.

¹¹ Barbo (1997) s. 43.

¹² Barbo (1997) s. 43.

Endringsbegrepet vil i det videre bli benyttet om endringer i relasjon til tre forskjellige kontraktsaspekter, hvor det legitime behovet for å foreta endringen vil være ulikt avhengig av hvilket aspekt det er tale om.

For det første vil endringsbegrepet bli benyttet om endringer tilknyttet selve realytelsen, altså leverandørens hovedforpliktelse. Det privatrettslige endringsbegrepet synes å være forbeholdt denne typen endringer.¹³ En *endring tilknyttet realytelsen* kan bestå i en kvantitativ reduksjon eller økning, en kvalitativ endring, eller en kombinasjon av disse elementene. En kvantitativ reduksjon vil foreligge dersom omfanget av en engangsforpliktelse begrenses. En kvantitativ økning vil foreligge dersom omfanget av en engangsforpliktelse økes, for eksempel ved at den opprinnelige kontrakten gjelder en anskaffelse av 10 biler, hvorpå den utvides til å omfatte ytterligere 50,¹⁴ eller hvis et løpende kontraktsforhold forlenges. En kvalitativ endring vil foreligge dersom arten av realytelsen endres, for eksempel ved at den opprinnelige kontrakten gjelder kjøp av datamaskiner, hvorpå den endres til å gjelde kjøp av skrivere.¹⁵

Dette kvantitative og kvalitative aspektet har en viss parallell i (den tidligere) privatrettslige distinksjonen mellom fradrag, tillegg og endringer. Som påpekt av blant annet Barbo er imidlertid distinksjonen mellom fradrag, tillegg og endringer retts teknisk problematisk.¹⁶ Grensen mellom det kvantitative og kvalitative aspektet vil tilsvarende kunne være vag og flytende. Jeg har imidlertid kun oppstilt disse kategoriene av fremstillingstekniske hensyn. Om en bestemt endring skal henføres under den ene eller den andre kategorien kan ikke tillegges rettslig betydning.

En endring tilknyttet realytelsen vil regulært motsvares en av en tilsvarende prisendring.¹⁷ Ofte vil også kontraktens bestemmelser om tid kunne kreves forandret.¹⁸

¹³ Se for eksempel Barbo (1997) s. 44 om endringsreglene i entrepriseretten, hvor emnet for fremstillingen avgrenses til «bestemmelser som gir byggherren rett til ensidig å pålegge entreprenøren endringer i dennes *hovedforpliktelse*.» (Forfatterens kursivering).

¹⁴ Eksempelet er inspirert av Arrowsmith (2005) s. 291.

¹⁵ Eksempelet er inspirert av Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 29. september 2003 (Unicomputer A/S mot Greve Kommune).

¹⁶ Barbo (1997) s. 49.

¹⁷ Barbo (1997) s. 44-45.

¹⁸ Barbo (1997) s. 45.

For det andre vil endringsbegrepet bli benyttet om endringer av den kontraktsmessige reguleringen av realytelsen, altså kontraktsbetingelsene, uten noen tilsvarende endring tilknyttet realytelsen. En *endring av kontraktsbetingelsene* kan bestå i rene prisendringer og endring av risikofordeling. Med endring av pris sikter jeg dermed kun til situasjonen hvor den opprinnelig fastsatte prisen endres, uten at det samtidig foretas noen tilsvarende justering av realytelsen. En prisendring kan imidlertid også være en refleksvirkning av en endring tilknyttet realytelsen. En slik forholdsmessig prisendring er i samsvar med anskaffelsesregelverket forutsatt at endringen tilknyttet realytelsen er det.¹⁹ Med endring av risikofordeling mener jeg at fordelingen av hvem som skal bære det økonomiske ansvaret for bestemte begivenheter forandres. For eksempel kan den opprinnelige kontrakten være taus om leverandørens erstatningsansvar som følge av kontraktbrudd, slik at bakgrunnsretten kommer til anvendelse, hvorpå partene etter tidspunktet for kontraktsinngåelse inntar en beløpsmessig ansvarsbegrensning som stiller leverandøren gunstigere enn etter bakgrunnsretten.

For det tredje vil endringsbegrepet bli benyttet om endring av aktører i kontraktsforholdet. *Endring av aktører* forekommer i to nokså forskjellige typetilfeller; henholdsvis ved endring av underleverandør og kontraktspart. Med endring av underleverandør sikter jeg til at leverandøren forandrer hvem denne vil benytte som sin kontraktshjelper ved oppfyllelsen av kontrakten. Med endring av kontraktspart mener jeg at selve partskonstellasjonen i kontrakten forandres. Endring av kontraktspart kan finne sted både på oppdragsgiversiden og leverandørsiden.

Avhandlingen gjelder endringer foretatt etter at rettslig bindende kontrakt er kommet i stand. «Tidspunktet for kontraktsinngåelse» i avhandlingens forstand må derfor fikseres. Utgangspunktet i norsk rett er formulert slik av førstvoterende i Rt-1998-956 på side 958:

«Muntlige avtaler er bindende med mindre annet følger av lov, avtale eller er

¹⁹ Dragsten/Lindalen (2005) s. 381.

forutsatt mellom partene. Høyesterett har i flere avgjørelser ut fra en konkret vurdering lagt til grunn at partene blir bundet når de er blitt enige om alle vesentlige punkter i en avtale, selv om ikke alle forhold er avklart og undertegnet avtale ikke foreligger, jf Rt-1987-1205, Rt-1991-1171 og Rt-1996-415.»

I anskaffelsesregelverket er dette utgangspunktet fraveket. I anskaffelsesrettslig forstand er kontrakt først inngått når den er signert av begge parter, jf. anskaffelsesforskriften §§ 13-3 første ledd og 22-3 første ledd og forsyningsforskriften § 11-4. Før kontrakten kan signeres må oppdragsgiver skriftlig meddele alle deltakerne hvem som har vunnet konkurransen, og partene må deretter vente «i rimelig tid» med å signere kontrakten.

I KOFA-2009-46 premiss (64) er det vist til begrensningene som gjelder i adgangen til å foreta endringer i inngåtte kontrakter, og uttalt at «tilsvarende må gjelde også for endringer gjort i anbudsdokumentene i perioden fra kunngjøring til avtaleinngåelse.» Uttalelsen er gitt tilslutning i KOFA-2010-179 premiss (62). Et utslag av denne tilsvarende begrensningen finnes i anskaffelsesforskriften §§ 8-2 første ledd og 17-2 første ledd, som «[i]nnen tilbudsfristens utløp» kun gir oppdragsgiver adgang til å «foreta rettelsler, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige.» Begrunnelsen for at det gjelder tilsvarende begrensninger er at de samme hensynene gjør seg gjeldende. På denne bakgrunn vil jeg, i den utstrekning det foreligger rettskilder som direkte gjelder endringer i anbudsdokumentene forut for tidspunktet for kontraktsinngåelse, og som er egnet til å kaste lys over avhandlingens hovedproblemstilling, også anvende disse.

Jeg vil ikke behandle virkningen av at det er foretatt en mer vidtgående endring enn tillatt. For sammenhengens skyld vil jeg likevel kort bemerke følgende:

En mer vidtgående endring enn tillatt vil innebære at det i anskaffelsesregelverkets forstand foreligger en ny kontrakt som skulle ha fulgt anskaffelsesregelverket når den ble inngått. Denne nye kontrakten vil som oftest ikke være kunngjort. Dersom den nye kontrakten likevel var kunngjøringspliktig, vil det foreligge et brudd på anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften, og dermed en «ulovlig direkte anskaffelse», jf. anskaffelsesloven § 7b. første ledd annet punktum. På nærmere angitte vilkår kan KOFA da ilegge oppdragsgiver overtredelsesgebyr. Etter anskaffelsesloven § 10 vil en forbigått leverandør, «[v]ed brudd på denne lov eller forskrifter gitt i

medhold av loven» ha «krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet.» Et nytt håndhevelsesdirektiv,²⁰ som snart vil bli inntatt i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett,²¹ oppstiller i artikkel 2d dessuten et krav om at lovgiver skal innføre sanksjonen «uten virkning» for visse overtredelser av anskaffelsesreglene.²²

En endring av kontrakten som favoriserer en leverandør kan også innebære ulovlig statsstøtte.²³ Jeg vil ikke forfølge denne problemstillingen.²⁴

1.3 Opplegget videre

Løsningen på avhandlingens hovedproblemstilling må søkes i de relevante rettskildene. Derfor vil jeg nedenfor i kapittel 2 først redegjøre for rettskildebildet. I kapittel 3 vil jeg angi det overordnede vurderingstemaet, før jeg med det som bakteppe i kapittel 4 til 6 vil drøfte adgangen til å foreta endringer tilknytter realytelsen, av kontraktsbetingelsene og aktører. Til slutt vil jeg i kapittel 7 gi noen avsluttende betraktninger.

²⁰ Direktiv 2007/66/EF.

²¹ NOU 2010:2 kap. 1.1.

²² Nærmere om vilkårene for bruk av sanksjonen og dens innhold se NOU 2010:2 kap. 10.

²³ Arrowsmith (2005) s. 287.

²⁴ Nærmere om statsstøttereglene se Alterskjær...[et.al.] (2008).

2. RETTSKILDEBILDET

2.1 Generelt

Endringsadgangen vil i det følgende bli fastlagt med grunnlag i det norske regelverket for offentlige anskaffelser, og ved bruk av alminnelig norsk juridisk metode.

På det nasjonale plan reguleres offentlige anskaffelser for det første av anskaffelsesloven. Loven inneholder enkelte materielle regler, men er primært en fullmaktslov.²⁵ I relasjon til avhandlingens hovedproblemstilling er det i første rekke anskaffelsesloven § 5 som er av interesse. Med hjemmel i § 11 er loven supplert med omfattende og detaljert forskriftsverk. For forsyningssektoren gjelder forsyningsforskriften. For de øvrige sektorene gjelder anskaffelsesforskriften. Hvilken av de to forskriftene som kommer til anvendelse vil være uten betydning i det videre. Jeg vil derfor ikke behandle grensen mellom forskriftene. Av fremstillingstekniske hensyn vil jeg kun vise til anskaffelsesforskriften. Loven og forskriftene har omfattende forarbeider. Jeg har ikke funnet norsk domstolspraksis som direkte gjelder avhandlingens hovedproblemstilling. Det foreligger noe, men nokså sparsommelig med juridisk teori. Reelle hensyn vil her som ellers kunne trekkes inn i de rettslige vurderingene, i den grad de øvrige rettskildefaktorene gir rom for det.

Norge har videre forpliktet seg internasjonalt til å følge bestemte prosedyrer ved offentlige anskaffelser over bestemte verdier (terskelverdiene). Terskelverdiene angir altså som utgangspunkt den nedre grensen for når de internasjonale forpliktelsene inntre.²⁶ Anskaffelsesloven er tilpasset disse internasjonale forpliktelsene.²⁷

²⁵ Dragsten/Lindalen (2005) s. 35.

²⁶ Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 14.

²⁷ NOU 1997:21 s. 11.

For det første har Norge forpliktet seg gjennom EØS-regelverket. EØS-avtalen²⁸ vedlegg XVI, jf. art. 65, inneholder et hoveddirektiv for «klassisk sektor» (kontrakter om varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider)²⁹ og et for forsyningssektorene (vann, energi, transport og posttjenester).³⁰ Videre gjelder EØS-avtalens hoveddel uavhengig av anskaffelsens verdi.³¹

For det andre har Norge forpliktet seg gjennom WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA-avtalen).³² GPA-avtalen har et noe mer begrenset dekningsområde enn EØS-regelverket, og har først og fremst betydning fordi den omfatter langt flere land.³³ Det bør imidlertid nevnes at GPA-avtalen opererer med lavere terskelverdier for statlige myndigheter enn EØS-regelverket.³⁴ Jeg vil ikke vise til GPA-avtalen i det videre.

For det tredje har Norge som EFTA-land inngått en rekke frihandelsavtaler med land utenfor EU og EFTA, som inneholder forpliktelser på området for offentlige anskaffelser.³⁵ Jeg vil heller ikke vise til disse frihandelsavtalene.

Det mest interessante spørsmålet i dette kapitlet er imidlertid hva som for avhandlingens vedkommende *særpreger* rettskildebildet. Derfor vil jeg nedenfor i punkt 2.2 og 2.3 behandle avgjørelser fra EU-domstolen og klagenemndspraksis særskilt og mer grundig.³⁶

²⁸ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. EØS-avtalens hoveddel er gjort til norsk lov ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven), jf. § 1.

²⁹ Direktiv 2004/18/EF.

³⁰ Direktiv 2004/17/EF.

³¹ Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 14.

³² WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (Government Procurement Agreement).

³³ NOU 1997:21 s. 79.

³⁴ Dragsten/Lindalen (2005) s. 63.

³⁵ NOU 1997:21 s. 79.

³⁶ Denne systematikken er inspirert av, men ikke identisk med Dahle Trygstad (2006) s. 19 flg.

2.2 Avgjørelser fra EU-domstolen

Hovedbestemmelsene om EU-domstolen står nå i Unionstraktaten³⁷ art. 19, med utfyllende bestemmelser i Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte³⁸ art. 251-281. I Unionstraktaten art. 19 nr. 1 annet punktum heter det at EU-domstolen «sikrer overholdelse af lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaterne.»³⁹

Spørsmålet om den rettskildemessige betydningen av avgjørelser fra EU-domstolen i norsk rett kan, i tråd med etablert rettskildelæreterminologi formuleres som et spørsmål om avgjørelsens relevans og vekt.⁴⁰

Det følger av EØS-avtalen art. 6 at norske domstoler, når de anvender norske lovbestemmelser som søker å implementere fellesskapsrettslige regler skal tolke bestemmelsene i samsvar med praksis fra EU-domstolen. Etter bestemmelsens ordlyd er domstolene kun forpliktet til å etterleve rettspraksis fra før undertegningen av EØS-avtalen. Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at bestemmelsen gir uttrykk for et generelt rettshomogenitetsprinsipp, slik at også senere avgjørelser fra domstolen er omfattet.⁴¹ Bestemmelsen gir forutsetningsvis uttrykk for en relevansnorm, og etter dette er avgjørelser fra EU-domstolen en relevant rettskildefaktor.

EØS-avtalen art. 6 gir etter sin ordlyd også uttrykk for en vektnorm. I Rt-1997-1954 uttalte således førstvoterende på side 1960 at avgjørelser fra EU-domstolen (da EF-domstolen) er «sentrale rettskilder», noe som i Rt-2002-391 på side 395 til 396 er videreutviklet dit hen at senere praksis skal tillegges «stor vekt ved tolkningen av norsk lov.» Uttalelsen gjelder direkte kun praksis fra etter undertegningen av EØS-avtalen, men fra det mer til det mindre kan det da sluttet at praksis fra før undertegnelsen av EØS-avtalen i alle fall skal tillegges «stor vekt».

³⁷ Traktat om den Europeiske Union (Unionstraktaten), opprinnelig fra 1992, men nå revidert og omnummerert.

³⁸ Ny tittel, innført i 2009. Traktaten er i hovedsak en revidert og omnummerert versjon av den tidligere EF-traktaten (Romatraktaten), opprinnelig fra 1957.

³⁹ Nærmere om EU-domstolen se Sejersted...[et al.] (2011) s. 134 flg.

⁴⁰ Nærmere om begrepene se Eckhoff/Helgesen (2001) s. 25 flg. og Helset (1986) s. 280 flg.

⁴¹ Se særlig Rt-1997-1954 på side 1960, Rt-1997-1965 på side 1970 og Rt-2002-301 på side 395-396.

2.3 Klagenemndspraksis

2.3.1 Avgjørelser fra KOFA

Beslutninger om offentlige anskaffelser og beslutninger fattet under en anskaffelsesprosess er som hovedregel ikke enkeltvedtak etter forvaltningsloven⁴² § 2 a) og b).⁴³ Følgelig kommer ikke bestemmelsene om klagerett i lovens kapittel IV til anvendelse, jf. § 3 første ledd. I stedet er det med hjemmel i anskaffelsesloven § 7a. opprettet en egen klagenemnd for offentlige anskaffelser; KOFA. Nærmere bestemmelser om tvisteløsningen i KOFA er gitt klagenemndforskriften.⁴⁴

KOFA har saklig kompetanse til å uttale seg om det er begått brudd på anskaffelsesloven og det tilhørende forskriftsverket, jf. klagenemndforskriften § 12 annet ledd. Som nevnt i punkt 1.1 er utgangspunktet at det er kontraktsretten som gjelder etter at kontrakt er inngått. Av det kunne man ledes til å tro at KOFA ikke har saklig kompetanse til å uttale seg om adgangen til å foreta endringer i inngåtte kontrakter. Dette har også vært anført i flere saker for KOFA. Den underliggende problemstillingen i et slikt tilfelle vil imidlertid være om det har funnet sted en «ulovlig direkte anskaffelse», jf. anskaffelsesloven § 7b. KOFA kan dermed prøve spørsmålet, jf. også KOFA-2009-97 premiss (23) og (24).

Spørsmålet om den rettskildemessige betydningen av avgjørelser fra KOFA i norsk rett kan også formuleres som et spørsmål om avgjørelsens relevans og vekt.

Høyesterett har flere ganger vist til avgjørelser fra KOFA.⁴⁵ KOFA-praksis er dermed relevant. En forutsetning er imidlertid at avgjørelsen kan bidra til å klarlegge

⁴² Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

⁴³ NOU 1997:21 s. 94-95.

⁴⁴ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

⁴⁵ Se særlig Rt-2007-983 premiss (103), Rt-2007-1783 premiss (34) og Rt-2008-1705 premiss (35).

tvistetemaet.⁴⁶

Den rettskildemessige vekten av avgjørelser fra KOFA er mer usikker. Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet på prinsipielt grunnlag. Argumenter som kan tale for å tillegge avgjørelser fra KOFA rettskildemessig vekt, er for det første at KOFA består av jurister med særlig fagkunnskap på området.⁴⁷ Videre legges KOFAs avgjørelser normalt til grunn av partene,⁴⁸ og det må antas at også andre innretter seg etter avgjørelsene. For det tredje kan vektlegging av KOFA-praksis bidra til en ensartet løsning av rettsspørsmål, og også slik skape økt forutberegnelighet. Demokratihensyn kan ikke være noen avgjørende innvending mot å legge vekt på avgjørelsene, ettersom det er stortinget som lovgiver som har vedtatt å opprette KOFA. Argumenter som kan tale mot å tillegge avgjørelser fra KOFA rettskildemessig vekt er for det første at avgjørelsene som utgangspunkt kun er rådgivende, jf. klagenemndforskriften § 1.⁴⁹ KOFA kan imidlertid som nevnt også ilegge overtredelsesgebyr. Videre er saksbehandlingen for KOFA som hovedregel skriftlig, noe som kan komme i konflikt med hensynet til sakens opplysning. En siste innvending mot å tillegge avgjørelsene rettskildemessig vekt er at saken, dersom den bringes videre, skal fremmes for tingretten som første instans. Dermed kan KOFAs plassering i det hierarkiske systemet svekke avgjørelsens vekt.⁵⁰ Konklusjonen er etter dette at avgjørelser fra KOFA skal tillegges noe, men nokså begrenset vekt.

⁴⁶ Dahle Trygstad (2006) s. 24.

⁴⁷ Dahle Trygstad (2006) s. 25.

⁴⁸ KOFAS årsrapport 2004 s. 3. http://www.kofa.no/PageFiles/50/%c3%85rsrapport_2004.pdf [Sitert 31. oktober 2011].

⁴⁹ Dragsten/Lindalen (2005) s. 48.

⁵⁰ Dahle Trygstad (2006) s. 25.

2.3.2 Dansk og svensk klagenemndspraksis

En klagenemnd lignende KOFA finnes også i Danmark⁵¹ og fantes tidligere i Sverige.⁵² Avgjørelser fra disse klageorganene kan bygge på relevante og tungtveiende primærkilder, og kan i tillegg ha rettskildemessig betydning i kraft av sin argumentasjonsverdi. Utover dette vil imidlertid avgjørelsene først og fremst ha betydning som illustrasjonsmateriale.

⁵¹ Klagenævnet for Udbud. Nærmere om Klagenævnet for Udbud se Dragsten/Lindalen (2005) s. 53-54.

⁵² Nämnden för offentlig upphandling. Nämnden för offentlig upphandling ble avviklet med virkning fra 1. september 2007, og tilsynet med anskaffelsesregelverket ble overlatt til Konkurrenceverket. Nærmere om Nämnden för offentlig upphandling se Dragsten/Lindalen (2005) s. 54.

3. DET OVERORDNEDE VURDERINGSTEMAET

3.1 Generelt

I dette kapitlet vil jeg vise hvordan EU-domstolen gjennom en rettsutvikling har oppstilt et mer håndfast vurderingstema for løsningen av avhandlingens hovedproblemstilling. De to sentrale rettsavgjørelsene i denne rettsutviklingen vil bli hyppig anvendt i det videre. For å unngå dobbeltbehandling vil jeg gi en noe mer inngående presentasjon av disse avgjørelsens faktiske side enn en ren redegjørelse for selve vurderingstemaet kan legitimere.

Ved første øyekast skulle man tro at anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a, som gir en generell definisjon av det anskaffelsesrettslige kontraktsbegrepet kunne gi veiledning for løsningen av spørsmålet. I denne bestemmelsen er en kontrakt definert som en «gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører». Bruken av betegnelsen «avtale» for å definere begrepet «kontrakt» leder imidlertid over i en sirkelargumentasjon. Bestemmelsen gir på dette punkt dermed ingen veiledning. Det er videre, på tross av bestemmelsens ordlyd, lagt til grunn i KOFA 2009-0246 premiss (32) at en endring ikke må nedfelles skriftlig for at det i anskaffelsesregelverkets forstand skal kunne forligge en ny kontrakt. Grunnen er at partene ellers kunne omgått regelverket ved å unnlate å nedfelle endringer skriftlig, for eksempel gjennom en muntlig avtale eller stilltiende enighet.⁵³

3.2 Matra-avgjørelsen

I sak C-337/98 (Matra) hadde oppdragsgiver besluttet å inngå en totalentreprisekontrakt for den lette bybanen i Rennes-området med Matra Transport, før utløpet av fristen for å gjennomføre forsyningsdirektivet i fransk rett. Det skulle benyttes et førerløst metrosystem av VAL-typen. Etter at kontraktsutkast var fremforhandlet, oppsto problemer med finansieringen av prosjektet, slik at kontrakt likevel ikke ble inngått. EU-domstolen kom til at forsyningsdirektivet ikke kom til anvendelse på den

⁵³ I samme retning men mer generelt Arrowsmith (2005) s. 296 og Nielsen (2005) s. 154.

opprinnelige kontraktstildelingen. To år senere, og etter at forsyningsdirektivet hadde trådt i kraft, ble det imidlertid innledet nye forhandlinger. Det ble foretatt enkelte endringer i det opprinnelige kontraktsutkastet, før kontrakt ble inngått. For det første gikk man over til å benytte en nyere versjon av VAL-teknologien. For det andre ble prisen med grunnlag i en prisjusteringsklausul i det opprinnelige kontraktsutkastet oppjustert med ti prosent, noe som var mer enn den samlede økningen i konsumprisindeksen i samme periode.

Spørsmålet EU-domstolen skulle ta stilling til var dermed ikke om det var adgang til å foreta endringer i en inngått kontrakt, men om det var kontinuitet i forhandlingene slik at forsyningsdirektivet ikke kom til anvendelse. Spørsmålet vil imidlertid i begge tilfeller være om det er tale om den samme anskaffelsen,⁵⁴ og avgjørelsen er derfor relevant for avhandlingens hovedproblemstilling.⁵⁵

Domstolen uttalte i premiss (44) at løsningen på spørsmålet om det var kontinuitet i forhandlingene berodde på «om de forhandlinger, der blev indledt efter den 22. september 1995, var afgørende forskellige fra de allerede førte, og derfor viser, at det var partenes vilje at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer...». (Mine understreknings).

I den konkrete vurderingen kom domstolen til at de nye forhandlingene ikke var avgjørende forskjellige fra de allerede førte. Domstolens vurderinger av de enkelte endringene behandles i sin rette sammenheng i senere deler av avhandlingen.

⁵⁴ Dragsten/Lindalen (2005) s. 379.

⁵⁵ Slik også Steinicke/Groesmeier (2008) s. 778-779 og Krüger (2004) s. 96.

3.3 Pressetext-avgjørelsen

I sak C-454/06 (Pressetext) inngikk Republikken Østerrike i 1994 en kontrakt med APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (APA) om nyhetsformidlingstjenester. APA er et østerriksk andelsselskap med begrenset heftelse, og er en av de ledende aktørene på det østerrikske nyhetsagenturmarkedet. Kontrakten ga de østerrikske myndighetene rett til å anvende aktuell nyhetsinformasjon, søke i historiske opplysninger og pressemeldinger i APAs database, og benytte APAs originalteksttjeneste OTS til informasjonssøking og til utsendelse av egne pressemeldinger. Kontrakten var tidsbestemt og kunne tidligst sies opp 31. desember 1999. Videre inneholdt kontrakten bestemmelser om tidspunktet for første prisforhøyelse, et tak for de enkelte prisforhøyelsene, og en prisindeksering ut fra konsumprisindeksen i 1986.

I september 2000 opprettet APA datterselskapet APA OTS. Selskapet ble opprettet som et andelsselskap med begrenset heftelse. APA OTS skulle finansielt, organisatorisk og forretningsmessig utgjøre en del av APA og følge APAs anvisninger. APA OTS var dessuten forpliktet til å overføre hvert års overskudd til APA, mens APA hadde rett til å utligne eventuelt underskudd i APA OTS. Kort tid etter opprettelsen av APA OTS overførte APA originalteksttjenesten OTS til APA OTS. I forbindelse med overgangen fra Schilling til Euro ble prisene i kontrakten omgjort til Euro med virkning fra 1. januar 2002. For å gjøre prisene enklere å håndtere ble beløpet i Euro avrundet til runde tall. Dette førte til en prisnedgang på mellom 0,3 og 2,94 prosent. Med virkning fra 1. januar 2006 ble oppsigelsesavkallet i den opprinnelige kontrakten forlenget inntil 31. desember 2008. Endelig ble rabatten på vederlag for onlinesøk i APAs informasjonstjeneste forhøyet fra 15 prosent til 25 prosent.

EU-domstolen formulerte i premiss (29) hovedproblemstillingen som et spørsmål om «under hvilke omstændigheder ændringer af et eksisterende kontraktforhold mellem en ordregivende myndighed og en tjenesteyder kan anses for indgåelse af en ny offentlig

tjenesteydelsesaftale ...».

Domstolen konstaterte først, i premiss (30)-(33), at det aktuelle direktivet ikke regulerte spørsmålet uttrykkelig, men at det likevel inneholdt flere relevante opplysninger som måtte ses i sammenheng med det fellesskapsrettslige anskaffelsesregelverkets rammer. Deretter viste domstolen til at formålet med det fellesskapsrettslige anskaffelsesregelverket er å sikre fri bevegelighet av tjenester, og fri konkurranse i samtlige medlemsstater. Domstolen pekte så på at disse formålene er søkt ivaretatt gjennom prinsippene om forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, likebehandling av leverandører og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen.

På denne bakgrunn uttalte domstolen i premiss (34), under henvisning til Matra-avgjørelsen at

«[m]ed henblik på at sikre gennemsiktighet i procedurerne og likebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale...når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer...». (Mine understreknings).

Senere i avgjørelsen benyttet domstolen i stedet konsekvent kriteriet «væsentlig ændring» uten at noen realitetsforskjell synes tilsiktet. Kriteriet «vesentlig endring» benyttes også av KOFA,⁵⁶ og har fått gjenklang rettsteorien.⁵⁷ På denne bakgrunn vil

⁵⁶ Se KOFA-2004-14 premiss (20), KOFA-2005-40 premiss (32), KOFA-2005-100 premiss (19), KOFA-2006-22 premiss (29), KOFA-2008-205 premiss (46), KOFA-2008-217 premiss (69), KOFA-2009-42 premiss (37), KOFA-2009-46 premiss (63), KOFA-2009-208 premiss (23), KOFA-2009-232 premiss (28), KOFA-2009-0246 premiss (32), KOFA-2010-4 premiss (37), KOFA-2010-68 premiss (21), KOFA-2010-179 premiss (61), KOFA-2010-197 premiss (80) og KOFA-2010-212 premiss (36). Annerledes i KOFA-2004-16 premiss (132), KOFA-2005-256 premiss (17), KOFA-2008-5 premiss (69), KOFA-2008-37 premiss (24), KOFA-2009-97 premiss (30) og KOFA-2011-8 premiss (24), hvor klagenemnda nøyde seg med å formulere problemstillingen som et spørsmål om det forelå en ny anskaffelse/kontrakt.

også jeg benytte kriteriet «vesentlig endring» i det videre.

Vurderingstemaet er også delvis kodifisert. Det følger av anskaffelsesforskriften §§ 6-1 tredje ledd og 15-1 tredje ledd at kontrakter innenfor en rammeavtale bare kan inngås «uten at det gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene.» Bestemmelsen gir på dette punkt uttrykk for et generelt prinsipp.

Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig av domspremissene i Pressetext-avgjørelsen, er det på det rene at det for å ta stilling til om en endring er vesentlig, må foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet *som sådant* før og etter endringen. Poenget kommer tydelig frem i KOFA-2010-212, hvor klagenemnda i premiss (38) understreket at det «[f]or å ta stilling til om det foreligger en vesentlig endring må...foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet før og etter endringen.» Dersom det er foretatt flere endringer, må disse derfor bedømmes samlet.

I den konkrete vurderingen kom domstolen til at ingen av endringene var vesentlige. Domstolens vurderinger av de enkelte endringene behandles i sin rette sammenheng i senere deler av avhandlingen.

⁵⁷ Av juridisk teori fra etter Pressetext-avgjørelsen vises det til Dragsten (2010) og Liljenbøl (2010).

4. ENDRING TILKNYTTET REALYTELSEN

4.1 Generelt

Av avhandlingens kapittel 3 gikk det frem at det overordnede vurderingstemaet er om kontrakten er vesentlig endret. Vurderingen må skje i lys av anskaffelsesregelverkets formål og de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5. At endringen må være vesentlig innebærer at det må innrømmes noe spillerom for å endre kontrakten. I det inneværende og de to påfølgende kapitlene vil jeg utpensle vesentlighetskriteriets nærmere innhold ved å drøfte adgangen til å foreta endringer tilknyttet realytelsen, av kontraktsbetingelsene og aktører. Spørsmålet som drøftes i dette kapitlet er når en endring tilknyttet realytelsen skal anses som vesentlig.

Som det fremgikk av punkt 1.1 er det rettslige utgangspunktet at kontrakten kan endres uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Følgelig er det begrensningene i endringsadgangen som må begrunnes særskilt. Først bør det derfor mer overordnet drøftes hvilke argumenter som taler for å oppstille begrensninger i adgangen til å foreta endringer tilknyttet realytelsen.

Det følger av anskaffelsesloven § 1 at loven og det tilhørende forskriftsverket skal «bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling.» Denne formålsangivelsen ble inntatt for å understreke at anskaffelsesregelverkets overordnede formål er å sørge for mest mulig effektive anskaffelser.⁵⁸ Formålsangivelsen må leses i sammenheng med konkurranseprinsippet i anskaffelsesloven § 5 annet ledd. Det offentlige ivaretar i utgangspunktet samfunnsmessige fellesskapsinteresser og har derfor ikke samme incentiv som private aktører til å tilstrebe mest mulig lønnsomme løsninger. Samtidig er det en samfunnsøkonomisk kjensgjerning at eksistensen av

⁵⁸ NOU 1997: 21 s. 114 og Ot. prp. Nr. 71 (1997-98) s. 6.

konkurransen er av stor betydning for markedsprisdannelsen. Dersom realytelsen endres uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse på endringen, vil kontrakten tilføres et element som ikke har vært konkurranseutsatt. Dermed vil det offentlige kunne påføres et effektivitetstap, i strid med lovgivers intensjon. Dette tilsier at det bør oppstilles begrensninger i endringsadgangen.

Det er i flere studier undersøkt hvilken nærmere effekt konkurranse har for prisnivået. I en studie om effekten av konkurranse på kostnadene for avfallshåndtering i Storbritannia ble det påvist at merkostnadene ved å ikke konkurranseutsette en anskaffelse i et velfungerende marked med flere likeverdige leverandører kan overstige 27 prosent.⁵⁹ I 1998 gjennomførte Konkurransetilsynet en omfattende økonomisk analyse av konkurranseutsetting av renovasjonstjenester i norske kommuner. Data fra 361 av totalt 435 kommuner ble innhentet. Av disse kommunene opererte 300 med en eller annen form for konkurranseutsetting. Hovedkonklusjonen i studien var at konkurranseutsetting gjennom anbud gir signifikant lavere kostnader. Den gjennomsnittlige forskjellen i totalkostnader mellom kommunene med og uten konkurranseutsetting var i denne studien på seks prosent.⁶⁰

På den annen side vil det ofte foreligge et betydelig og legitimt behov for å foreta endringer tilknyttet realytelsen. For eksempel kan det, etter at en entreprisekontrakt om oppføring av en bygning er inngått, vise seg at grunnforholdene er langt mer ustabile enn først antatt slik at det i tillegg til utgraving av masser også må støpes et omfattende fundament. Et annet eksempel er at nye sikkerhetsforskrifter krever at antall rømningsveier i bygningen økes. En plikt til å konkurranseutsette enhver slik endring vil kunne påføre oppdragsgiver betydelige merkostnader. For det første vil resultatet kunne bli at gjennomføringen av den opprinnelige kontrakten må utsettes inntil endringen er konkurranseutsatt, noe som vil kunne ta lang tid, og slik vil bli uforholdsmessig kostnadskrevende. Alternativt kan oppdragsgiver bli nødt til å avbestille hele eller deler av den opprinnelige kontrakten, med erstatningsplikt som en ytterligere konsekvens. Synspunktet gjør seg særlig gjeldende i større

⁵⁹ Nyhetssak fra Difi 12. august 2010. <http://www.anskaffelser.no/nyheter/2010/03/stort-effektiviseringspotensiale-i-offentlige-anskaffelser> [Sisert 31. oktober 2011].

⁶⁰ Rapport fra konsulentfirmaet Asplan Viak til Fornyings- og administrasjonsdepartementet 2008 s. 49-50. http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/rapport_offentlige_anskaffelser_terskelverdier.pdf [Sisert 31. oktober 2011].

tilvirkningskontrakter hvor det kan være mange aktører involvert, og konsekvensen av at en aktørs virksomhet må stoppe kan være at større deler av prosessen stopper. Videre vil oppdragsgiver kunne påføres transaksjonskostnader. Med transaksjonskostnader menes generelt alle kostnader ved transaksjoner i et marked utover selve prisen på produktet eller tjenesten.⁶¹ Oppdragsivers transaksjonskostnader ved en offentlig anskaffelse kan være knyttet til selve kunngjøringen, herunder utarbeidelse av konkurransegrunnlag, samt utvelgelse av kvalifiserte tilbydere, selve tildelingsbeslutningen, forhandlinger og dokumentasjon. Utfallet kan alternativt bli at oppdragsgiver simpelthen avstår fra å endre kontrakten, selv om endringen ville ført til at kontrakten bedre oppfylte sitt formål. Dermed kan det oppstå en innlåsnings effekt, med verdiforspillelse til følge. Dersom disse merkostnadene overstiger den potensielle kostnadsbesparelsen ved å konkurranseutsette endringen, tilsier hensynet til mulig effektive anskaffelser at endringen likevel bør kunne foretas uten først å måtte konkurranseutsettes.

Gjeldende rett er resultatet av en avveining av disse kryssende hensynene.

Behovet for å foreta endringer tilknyttet realytelsen vil dels kunne møtes med å kontraktsfeste en etterfølgende endringsadgang. Nedenfor i punkt 4.2 vil jeg drøfte hvilke begrensninger anskaffelsesregelverket oppstiller for adgangen til å foreta endringer tilknyttet realytelsen i medhold av slike endringsbestemmelser, uten at endringen skal anses som vesentlig. Hvilke endringer som skal anses som vesentlige når endringen ikke har grunnlag i den opprinnelige kontrakten, er drøftet i punkt 4.3. I punkt 4.4 vil jeg gjøre rede for den generelle betydningen av årsaken til endringsbehovet. Til slutt vil jeg i punkt 4.5 behandle visse unntaksbestemmelser i anskaffelsesforskriften som selv om det foreligger en ny anskaffelse, på nærmere angitte vilkår likevel gir oppdragsgiver adgang til å innlemme tilleggssytelser i den opprinnelige kontrakten.

⁶¹ KPMGs utredning av samfunnsøkonomiske konsekvenser ved bruk av Offentlig Privat samarbeid (OPS) til Næringslivets Hovedorganisasjon og Selmer Skanska A/S 2003 s.37 med henvisninger til samfunnsøkonomisk teori. <http://www.nho.no/files/Kap1.pdf> [Sisert 31. oktober 2011].

4.2 Kontraksbestemmelser om endring tilknyttet realytelsen

4.2.1 Generelt

Det forekommer ofte at den opprinnelige kontrakten regulerer adgangen til å foreta etterfølgende endringer tilknyttet realytelsen. Av anskaffelsesforskriften § 3-11 første ledd følger det at «[d]er det finnes fremforhandlede og balanserte kontraksstandarder, skal disse som hovedregel brukes ved inngåelse av kontrakter.» Bestemmelsen er i praksis kun forstått som en «ordensforskrift», jf. KOFA-2003-138, KOFA-2006-112 premiss (42)-(43) og KOFA-2009-279 premiss (34), men vil likevel trolig bidra til at slike kontraksstandarder benyttes der det finnes. De fleste av disse kontraksstandardene inneholder en regulering av endringsadgangen. Et eksempel er NS 8405 kapittel IV. Kapitlet gir bestemmelser om endringer, forsinkelse, svikt med videre ved byggherrens medvirkning, og regulerer både vilkårene for når endringer, forsinkelse og svikt ved byggherrens medvirkning foreligger og konsekvensene av dette for oppgjør og tidsfrister.⁶² Et annet eksempel er NF 07 del IV og NTK 07 del IV.⁶³ I tillegg kan kontrakten inneholde individuelt utformede endringsbestemmelser. Kontrakter som inneholder bestemmelser om endring av kontraktens omfang, har likhetstrekk med rammeavtaler.⁶⁴

Hvilke endringer som kan foretas vil til dels være avhengig av kontraktens egne bestemmelser.⁶⁵ Etter anskaffelsesforskriften § 8-1 bokstav d. skal konkurransegrunnlaget, som utarbeides forut for selve konkurransen om anskaffelsen, inneholde en «tilstrekkelig og fullstendig beskrivelse av...hvilke alminnelige eller spesielle kontraksbetingelser som gjelder for oppdraget.» Dersom kontrakten inneholder endringsbestemmelser vil muligheten for etterfølgende endringer dermed

⁶² Nærmere om endringssystemet i NS 8405 se Marthinussen...[et al.] (2010) s. 297 flg.

⁶³ Nærmere om endringssystemet i forgjengerne NF 05 og NTK 05 se Kaasen (2006) s. 267 flg. På side 273 gir forfatteren i tillegg en rekke eksempler på andre kontraksstandarder for tilvirkningsforhold som inneholder endringssystemer.

⁶⁴ Dragsten/Lindalen (2005) s. 380.

⁶⁵ Dragsten (2010) s. 38.

være tilkjennegitt overfor potensielle leverandører forut for konkurransen om anskaffelsen. Selv om det ikke er konkurrert om selve kontrakten i dens endrede form, vil det da likevel være mindre grunn til å anta at en endring vil åpne for markedsrespons fra andre enn de som opprinnelig konkurrerte om anskaffelsen. Dette tilsier at vurderingen av om en etterfølgende endring er vesentlig blir mindre streng.⁶⁶ På denne bakgrunn er det etter mitt syn dekkende når Dragsten skriver at

«[e]ndringer som foretas i medhold av endringsklausuler, vil normalt ikke anses som vesentlige endringer som medfører krav om ny konkurranse»⁶⁷

Amdal/Roll-Matthiesen synes imidlertid å gå lengre, ved å hevde at

«[d]ersom det er tatt høyde for den aktuelle endring i den opprinnelige kontrakt (herunder i det opprinnelige konkurransegrunnlaget), for eksempel som en opsjon, er endringene en rett innenfor den opprinnelige kontrakt.»⁶⁸

Konsekvensen synes videre å skulle være at spørsmålet om det foreligger en vesentlig endring og dermed en ny kontrakt ikke oppstår for det tilfelle at det er tatt høyde for den aktuelle endringen. Etter min mening er et slikt synspunkt ikke tilstrekkelig nyansert. Anskaffelsesregelverket og kontrakten mellom partene er prinsipielt to forskjellige normregimer. Anskaffelsesregelverket er preseptorisk, og partene kan ikke omgå dette ved å kontraktsfeste en generell og vidtgående endringsadgang.

Spørsmålet blir på denne bakgrunn hvilke begrensninger anskaffelsesregelverket oppstiller for adgangen til å foreta endringer tilknyttet realytelsen i medhold av kontraktsfestede endringsbestemmelser, uten at endringen skal anses som vesentlig.

⁶⁶ Slik også, men med knappere begrunnelse Advokatfirmaet Simonsens veileder for anskaffelse av konsulenttjenester til Difi 2010 s. 19. http://www.anskaffelser.no/filearchive/veileder-anskaffelse-av-konsulenttjenester-20100311_1.pdf [Sisert 31. oktober 2011].

⁶⁷ Dragsten (2010) s. 38.

⁶⁸ Amdal/Roll-Matthiesen (2004) s. 114.

Rettstilstanden kan sammenfattes i fire punkter. For det første må endringen ligge innenfor rammen av kontraktens endringsregime. Videre gjelder det krav til endringsbestemmelsens klarhet og presisjon. For det tredje gjelder det krav til endringsbestemmelsens objektivitet. Endelig må det oppstilles særskilte begrensninger i adgangen til å benytte kontraktsbestemmelser om forlengelse. Nedenfor i punkt 4.2.2 til 4.2.5 vil jeg redegjøre for innholdet i disse fire begrensningene.

4.2.2 Endringen må ligge innenfor rammen av kontraktens endringsregime

En nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse, for at en kontraktsfestet endringsbestemmelse skal kunne påberopes som grunnlag for en bestemt endring, er at den åpner for endringen. Ellers er kontraktsbestemmelsen ikke relevant. Om dette vilkåret er oppfylt beror på en tolkning av endringsbestemmelsen.⁶⁹

Retningslinjen for tolkningen synes i KOFA-2004-16 premiss (131) og KOFA-2005-40 premiss (30) å være angitt til om endringen har «rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den først inngåtte avtale.» Kravet til sammenheng var oppfylt i begge disse sakene.

I KOFA-2008-5 var imidlertid ikke kravet til sammenheng oppfylt. I forbindelse med etableringen av NAV i Storfjord kommune hadde kommunen kunngjort en åpen anbudskonkurranse om utbygging av Storfjord helsesenter, samt mindre innvendige ombyggingsarbeider på den eksisterende bebyggelsen. Kontrakten ble tildelt J. Nysted Byggevarer AS. To dager etter kontraktsinngåelse ble kontrakten endret til å gjelde oppføring av et nytt og eget NAV-bygg et annet sted. Klagenemnda uttalte i premiss (58) at

⁶⁹ Nærmere om tolking av kontrakter generelt se Woxholth (2009) s. 395 flg. Nærmere om tolkning av kontrakter inngått etter regelverket for offentlige anskaffelser spesielt se Krüger (2010b) s. 111 flg.

«[t]ildelte oppdrag for bygg- og anleggsarbeider vil i norske forhold være underlagt omforente standardvilkår i bransjen, i dette tilfelle Norsk Standard (NS) 8405 publisert i 2004. Disse var forutsatt å gjelde i denne saken, men med enkelte henvisninger også til standarden for totalentreprise NS 3431 (betegnet som «totalanbud» uten at nemnda kan se at valg av standard har betydning for saken)».

Videre la klagenemnda til grunn at

«[s]tandardvilkårene gir byggherren rett til å rekvirere endringer og tillegg mot tilleggsvederlag, og slike vil ikke kunne anses som nye oppdrag som må kunngjøres. Det ville være lite hensiktsmessig om ikke den valgte entreprenør kunne utføre endringer under oppførelsen i tråd med byggherrens ønsker.» (Mine understrekninger).

Klagenemnda fremholdt imidlertid i premiss (59)-(60) at

«[s]tandarden setter allikevel en grense for hvor omfattende endringer eller fradrag som kan kreves innenfor én og samme kontrakt. Endringer innen kontraktens rammer må stå i sammenheng med det som kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art og omfang, jf nærmere J. E. Barbo Kontraktsomlegging i entrepriseforhold (1997) s 67-68 om forgjengeren NS 3430 pkt 28.1 første ledd...Klagenemnda mener at når omforente endringer og tillegg går ut over dette, dreier det seg om en annen innholdsmessig kontrakt enn den som først var inngått.» (Mine understrekninger)

Slik jeg oppfatter denne avgjørelsen tolket klagenemnda standarden, for så å komme til at det ikke var tilstrekkelig grad av sammenheng mellom standardens endringsregime og den bestemte endringen. Dermed så klagenemnda bort fra standarden, og følgelig var

endringen vesentlig.

4.2.3 Krav til endringsbestemmelsens klarhet og presisjon

Det følger av anskaffelsesloven § 5 tredje ledd at «[o]ppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.» Kravet til forutberegnelighet innebærer at leverandørene skal ha tilstrekkelig informasjon om konkurransen og gjennomføringen av den, slik at de kan foreta forsvarlige vurderinger og valg med hensyn til tilbudets innhold.⁷⁰ Kravet har nær sammenheng med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, som skal sikre at leverandørene får tilstrekkelig informasjon til å kontrollere om regelverket er fulgt.⁷¹

Som nevnt i punkt 4.2.1 vil det at kontrakten inneholder endringsbestemmelser gjøre at muligheten for etterfølgende endringer vil være tilkjennegitt overfor potensielle leverandører forut for konkurransen om anskaffelsen, noe som tilsier at vurderingen av om en etterfølgende endring er vesentlig blir mindre streng. For å kunne anvende et slikt synspunkt fordrer imidlertid forutberegnelighetskravet at den kontraktsfestede endringsbestemmelsen tilstrekkelig klart og presist angir vilkårene for at endringer skal kunne foretas, og hvilke endringer som kan gjennomføres.⁷²

Spørsmålet blir så hvilke nærmere krav anskaffelsesregelverket oppstiller til endringsbestemmelsens klarhet og presisjon. I sak C-19/00 (SIAC) oppstilte EU-domstolen et krav til presisjonsnivået ved utformingen av *tildelingskriteriene*. Domstolen uttalte i premiss (42) at «kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måde.» Selv om de to situasjonene er vesensforskjellige, vil hovedformålet i begge tilfeller

⁷⁰ Dragsten/Lindalen (2005) s. 158.

⁷¹ Dragsten/Lindalen (2005) s. 159.

⁷² I samme retning Dragsten/Lindalen (2005) s. 377, Dragsten (2010) s. 38 og Liljenbøl (2010) s. 2.

være å sikre like konkurransevilkår for leverandørene og bidra til at oppdragsgiver får utnyttet markedspotensialet optimalt. På denne bakgrunn har EU-kommisjonen lagt til grunn at også kontraktsfestede endringsbestemmelser som utgangspunkt må være «tilstrækkelig klare, så de økonomiske aktører fortolker dem på samme måte...»⁷³ Dette utgangspunktet må imidlertid nyanseres.

Dersom oppdragsgiver benytter en standardkontrakt med et endringssystem som er vanlig i den aktuelle bransjen, vil potensielle leverandører ha særlig gode forutsetninger for å tolke endringsbestemmelsene likt. For det første vil leverandørene ofte tidligere ha hatt befatning med de aktuelle endringsbestemmelsene. For det andre vil det normalt finnes ytterligere rettskildemateriale, særlig rettspraksis og juridisk teori, som kan gi tolkningsbidrag. Slike endringsbestemmelser vil dermed bedre ivareta kravet til forutberegnelighet, og lettere aksepteres.⁷⁴ Dette synspunktet kan bidra til å forklare hvorfor KOFA i KOFA 2008-5 premiss (58) la til grunn at en endring innenfor rammen av omforente standardvilkår i bygg- og anleggsbransjen ikke vil bli ansett som en ny anskaffelse.

Potensielle leverandører vil på den annen side ha mer begrensede forutsetninger for å tolke individuelt utformede endringsbestemmelser likt. Derfor vil individuelt utformede endringsbestemmelser trolig bedømmes strengere. I KOFA-2005-256 hadde Helsebygg Midt-Norge HF inngått en kontrakt om levering av renholdsutstyr med Gettinge Norge AS. Anskaffelsen gjaldt blant annet «autoklaver», som er en teknisk innretning for sterilisering av utstyr og materiale. Helsebygg Midt-Norge HF kunngjorde deretter en egen anskaffelse av bordmodeller av autoklaver, men avlyste konkurransen etter tilbudsfristens utløp og valgte i stedet å anskaffe bordautoklaver som en tilleggsbestilling til opprinnelige kontrakten. Den opprinnelige kontrakten inneholdt et eget punkt om endringer, hvor det het at

⁷³ EU-kommisjonsens Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessjoner (2004) s. 16.

⁷⁴ I samme retning Dragsten (2010) s. 38 og Arrowsmith (2005) s. 291.

«[k]unden har rett til å gi pålegg om endringer i Kjøpsavtalen. Endringer kan angå økning eller reduksjon i omfang, karakter, art, egenskaper og kjennetegn eller produksjon av Kjøpsgjstanden eller noen del av denne, samt endringer i framdriftsplanen forutsatt at disse endringer ikke går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kjøpsavtalen ble inngått.»

Klagenemnda la i premiss (18) til grunn at autoklaver var omfattet av den opprinnelige anskaffelsen, og at endringsbestemmelsen i utgangspunktet ga vid adgang til endringer med hensyn til kontraktsgjstanden. Klagenemnda reiste deretter spørsmålet «om endringsklausulen som sådan er for vid til å være forenelig med anskaffelsesreglene», men fant «ikke grunn til å ta stilling til dette på prinsipielt grunnlag.» I stedet gikk klagenemnda konkret til verks og fremholdt at det var store forskjeller i pris på de to typene autoklaver, hvilket reflekterte betydelige ulikheter i utforming og bruk, og at oppdragsgiver selv tilsynelatende hadde lagt til grunn at det dreide seg om to anskaffelser. Klagenemnda la deretter til grunn at «[k]ravet til konkurranse i lovens § 5 tilsier at øvrige leverandører skal få mulighet til å gi tilbud ut fra de endrede forutsetningene», og kom til at det forelå en ny anskaffelse.

Avgjørelsen er uklar, men kan etter min oppfatning forstås slik at klagenemnda mente at endringsbestemmelsen ikke var tilstrekkelig klar og presis, og derfor tolket den innskrenkende.

Et endringssystem ordlydsmessig tilnærmet identisk det som ble underkjent i denne saken gjenfinnes i NF 07 del IV pkt. 12.1. og NTK 07 del IV pkt. 12.1. En tilsvarende endring innenfor rammen av dette endringssystemet vil, på bakgrunn av resonnetet ovenfor om at standardkontrakter med et endringssystem som er vanlig i den aktuelle bransjen lettere aksepteres, trolig bli godtatt.

4.2.4 Krav til endringsbestemmelsens objektivitet

Anskaffelsesloven § 5 første ledd pålegger videre oppdragsgiver å «sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.» Likebehandlingskravet innebærer at alle potensielle leverandører skal behandles likt,⁷⁵ og det kreves både formell og reell likebehandling.⁷⁶ For at reell likebehandling skal finne sted, må kontraktsfestede endringsbestemmelser tilstrekkelig objektivt angi vilkårene for at endringer skal kunne foretas, og hvilke endringer som kan gjennomføres.⁷⁷ Dette tilsier at bestemmelsen ikke kan gi særlig rom for forhandlinger mellom partene.⁷⁸

I SIAC-avgjørelsen la EU-domstolen i premiss (44) til grunn at «kriteriene for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene [skal] anvendes på en objektiv og ensartet måte over for alle bydende.» Denne uttalelsen gir formentlig beskjeden veiledning for det nærmere innholdet i objektivitetskravet som her drøftes.

Endringsbestemmelser som gir oppdragsgiver rett til ensidig å pålegge endringer, vil ikke nødvendiggjøre forhandlinger mellom partene. Derfor vil denne typen bestemmelser lettere stå seg.⁷⁹ Endringsreglene i omforente standardvilkår i bygg- og anleggsbransjen gir kun byggherren rett til ensidig å rekvirere endringer. Også dette synspunktet kan dermed bidra til å forklare hvorfor KOFA i KOFA 2008-5 premiss (58) slo fast at en endring innenfor rammen av omforente standardvilkår i bygg- og anleggsbransjen ikke vil bli ansett som en ny anskaffelse.

På den annen side er anskaffelsesregelverket ikke til hinder for at det inngås kontrakter om prosjekter som forutsetter et tett samarbeid mellom partene om hvordan prosjektet

⁷⁵ Ot. prp. nr. 71 (1997-98) s. 21.

⁷⁶ Dragsten/Lindalen (2005) s. 154.

⁷⁷ I samme retning Dragsten/Lindalen (2005) s. 377 og Liljenbøl (2010) s. 2.

⁷⁸ I samme retning Liljenbøl (2010) s. 2 og Dragsten/Lindalen (2005). 377. Dragsten/Lindalen skriver her, om endringsklausuler: «Vesentlige endringer er kun i samsvar med regelverket dersom endringene bygger på eksterne forhold hvis inntreden og konsekvenser kan konstateres objektivt og uten forhandlinger mellom partene.» Tatt på ordet innebærer uttalelsen at også vesentlige endringer vil kunne aksepteres. I e-post av 19. september 2011 har imidlertid Marianne Dragsten gitt uttrykk for at denne delen av setningen er «formulert for kjært».

⁷⁹ Arrowsmith (2005) s. 290.

skal utvikles og gjennomføres.⁸⁰ En betingelse er imidlertid trolig at det foreligger et saklig behov, typisk at det skal kunne gjøres nødvendige tilpasninger dersom behovet endrer seg.⁸¹ Som et eksempel på at anskaffelsesregelverket ikke stenger for slike kontrakter kan det vises til Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 21. april 2009 (Hoffmann A/S mot Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo). I denne saken skulle et eksisterende forprosjekt bearbeides til et hovedprosjekt. Av konkurransegrunnlaget gikk det frem at prosjektet ble kunngjort på forprosjektnivå, og at tilbudene skulle danne grunnlag for en etterfølgende tidlig partneringsfase som var forventet å resultere i en avtale om utførelse av arbeidet i hovedentreprisen. Formålet var at partene i et åpent samarbeid skulle gjennomføre prosjektering og utførelse slik at høyest mulig kvalitet innenfor den økonomiske rammen ble sikret. Det var en forutsetning at det økonomiske målet for gjennomføringen av entreprisen ble fastsatt i fellesskap og at dette økonomiske målet ble oppnådd. Klagenævnet viste til at tilbyderne hadde vært kjent med at prosjektet skulle gjennomføres på denne måten, og det var ikke grunnlag for å anta at de tilbudte prisene ikke hadde vært reelle. Leverandøren var bundet av delprisene i tilbudet, men det kunne i partneringsfasen vise seg at den økonomiske rammen for prosjektet satte en begrensning for omfanget av renoveringen, og at prosjektet derfor ikke ble så omfattende som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Da leverandøren var bundet av prisene i deltilbudet, kunne ikke den omstendighet at det muligens skjedde noen tilpasninger av renoveringsomfanget i forhold til den økonomiske rammen medføre at den samlede tilbudssummen ikke vedrørte kontraktsgjenstanden.⁸²

4.2.5 Særskilte begrensninger i adgangen til å benytte kontraktsbestemmelser om forlengelse

En kontraktsbestemmelse som gir adgang til å forlenge kontrakten, kan ikke benyttes dersom det vil føre til at kontrakten samlet sett får en varighet som er lengre enn

⁸⁰ Dragsten (2010) s. 38.

⁸¹ Dragsten (2010) s. 38.

⁸² Gjengitt fra Dragsten (2010) s. 38.

anskaffelsesregelverket tillater.⁸³ Problemstillingen er primært aktuell for løpende ytelser.⁸⁴

Det finnes ingen bestemmelse i anskaffelsesregelverket som på generelt grunnlag regulerer spørsmålet om hvor lang varighet en kontrakt inngått etter regelverket for offentlige anskaffelser samlet sett kan ha. Anskaffelsesforskriften § 2-3 tiende ledd fastsetter at beregningen av anskaffelsens samlede verdi for tidsbestemte kontrakter skal skje på grunnlag av «den månedlige rate multiplisert med 48», slik at kontraktens forventede varighet er fire år, men samtidig slik at det forutsetningsvis også kan tenkes lengre kontraktperioder.⁸⁵ Anskaffelsesforskriften §§ 6-1 fjerde ledd og 15-1 fjerde ledd inneholder videre en særregulering av rammeavtaler. Av disse bestemmelsene følger det at «[r]ammeavtaler...ikke [kan] inngås for mer enn fire år, med unntak av tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand.» Tilsvarende inneholder anskaffelsesforskriften §§ 6-4 åttende ledd og 15-4 åttende ledd en særregulering av dynamiske innkjøpsordninger. Her heter det at «[e]n dynamisk innkjøpsordning...ikke [kan] etableres for mer enn fire år, med unntak av særlige begrunnede tilfeller.» Anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav f. åpner på nærmere angitte vilkår for å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tilleggsleveranser, med den begrensning at «[v]arigheten for den opprinnelige kontrakten og tilleggsleveransen...normalt ikke [må] overstige tre år». Denne særreguleringen er gjennomgående begrunnet i konkurransehensyn.

I Pressetext-avgjørelsen uttalte EU-domstolen i premiss (74) at «[d]er er...ikke på fællesskabsrettens nuværende utviklingstrin noget til hinder for indgåelsen af tidsubegrænsede offentlige tjenesteydelsesaftaler.» Domstolen fremholdt imidlertid i premiss (73) at «[e]n sådan praksis...med tiden [vil] kunne hindre konkurransen mellem mulige tjenesteydere og følgelig hindre anvendelsen af Fællesskabets direktiver om offentliggørelsen af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige

⁸³ Dragsten/Lindalen (2005) s. 378

⁸⁴ Dragsten/Lindalen (2005) s. 217.

⁸⁵ Slik også KOFA-2010-23 premiss (36).

tjenesteydelsesaftaler.» Etter dette må det legges til grunn at konkurranseprinsippet i anskaffelsesloven § 5 annet ledd også utenfor særregulerte tilfeller kan begrense den lovlige varigheten av en kontrakt.

I KOFA-2010-23 var et av spørsmålene om det var i strid med anskaffelsesregelverket å inngå en tjenestekontrakt på 10 år vedrørende drift av ambulansebåter. Klagenemnda formulerte i premiss (40), i tråd med synspunktene ovenfor, problemstillingen som et spørsmål «om den kontraktperioden oppdragsgiver har fastsatt er så lang at den er i strid med kravet til konkurranse i loven § 5.» Videre uttalte klagenemnda at

«[i]en slik vurdering må avtalens konkurranseregulerende effekt vurderes ut fra hvilke andre hensyn som kan tilsi at kontrakten må gjelde for et lengre tidsrom. En slik forståelse av loven § 5 kan i prinsippet hindre både kortvarige kontrakter, som leverandørene ikke kan konkurrere om fordi nødvendige grunnlagsinvesteringer ikke kan nedskrives i kontraktperioden – og kontrakter av meget lang varighet uten at oppdragets art eller innhold tilsier dette, og hvor konkurransemomentet svekkes av den grunn. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.»

Etter dette kan spørsmålet om hvor lang varighet en kontrakt inngått etter regelverket for offentlige anskaffelser samlet sett kan ha, ikke besvares generelt. Det kan imidlertid oppstilles enkelte retningslinjer for vurderingen.

Utgangspunktet og det sentrale momentet i vurderingen er avtalens konkurranseregulerende effekt. Synspunktet fremkommer særlig tydelig i KOFA-2004-16. I denne saken hadde Helsebygg Midt-Norge gjennomført en anskaffelse av IKT-infrastruktur til St. Olavs Hospital. Tidshorisonen for den samlede anskaffelsen med opsjoner, scenarier for rammeavtaler og endringsavtaler var inntil åtte år, og anskaffelsen hadde en maksimal verdi på omkring en milliard kroner. Klagenemnda uttalte i premiss (95) at

«[i] den foreliggende sak vil anskaffelsen med kombinasjonen av kontrakt og opsjoner over et tidsrom på inntil 8 år i realiteten virke så begrensende på konkurransen at klagenemnda mener at dette vil være i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd.»

Av den ovenfor siterte uttalelsen fra KOFA-2010-23 fremgår det videre at størrelsen av nødvendige grunnlagsinvesteringer hos leverandøren vil være av betydning i vurderingen. Synspunktet er at dersom kontrakten fordrer store grunnlagsinvesteringer hos leverandøren, vil leverandøren være avhengig av en lengre kontraktsperiode for å oppnå avkastning på investeringen. I motsatt fall vil investeringen ikke kunne avskrives fullt ut i kontraktsperioden.⁸⁶ Det vil dermed være adgang til å benytte en lengre kontraktsperiode dersom en kontraktstildeling fordrer at leverandøren investerer i gjenstander med lang avskrivningstid, slik som for eksempel fly, skip eller busser. Hvis leverandøren kun må investere i gjenstander med kort avskrivningstid, gjenstander som er direkte fradragberettiget, eller ikke må foreta investeringer overhodet, må kontraktsperioden være kortere. Synspunktet kommer særlig til sin rett dersom leverandøren ikke kan nyttegjøre seg av investeringen på annen måte. I KOFA-2010-23 anførte innklagede at det ville være konkurransebegrensende å benytte en kortere kontraktsperiode enn ti år fordi leverandører som ikke hadde tilgjengelige fartøy da ikke ville være konkurransedyktige. KOFA anerkjente argumentasjonens generelle gyldighet, men la i den konkrete vurderingen til grunn at innklagede ikke hadde dokumentert at en kortere kontraktsperiode faktisk ville være konkurransebegrensende. Det var dermed ikke adgang til å benytte en kontraktsperiode på ti år i denne saken. I KOFA-2010-197 ble imidlertid en kontrakt om sluttbehandling av restavfall med en varighet på inntil seks år akseptert. Klagenemnda begrunnet i premiss (91) resultatet med at «normal avskrivningstid på i alle fall deler av det utstyr som er nødvendig (emballeringsmaskin)...vanligvis er vesentlig lengre enn seks år...», og at det «derfor var behov for en viss tidsperiode for å få til de beste tilbudene...».

⁸⁶ Dragsten/Lindalen (2005) s. 218.

I lys av målsettingen i anskaffelsesloven § 1 om mest mulig effektive anskaffelser, er det ikke bare av betydning hvordan kontraktsperiodens lengde vil påvirke konkurransen i selve markedet, men også hvilken kontraktstid som vil lønne seg for oppdragsgiver. Til illustrasjon kan det vises til Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 5. november 2003 (Tilsynsrådet Statsamtet Storstøm mot Rønnede Kommune). Kommunen hadde her inngått en kontrakt om vedlikehold av kommunens veinett med en varighet på 14 år. Kontrakten innebar at kommunen betalte et årlig fast beløp for vedlikeholdet, mot at leverandøren var forpliktet til å vedlikeholde veinettet, slik at det til enhver tid tilfredstilte en bestemt minimumsstandard. Kommunen anførte at kontraktens lengde måtte svare til et veidekkes forventede levetid på 12-15 år, for at leverandøren skulle ha et incitament til å velge optimale løsninger for veivedlikeholdet. Klagenævnet sluttet seg til denne argumentasjonen, og kom dermed til at kontraktsperioden på 14 år var lovlig. Ut fra samme betraktninger vil det også måtte ses hen til oppdragsgivers kostnader ved å avholde ny konkurranse.⁸⁷

4.3 Endring tilknyttet realytelsen uten grunnlag i kontrakt

4.3.1 Generelt

I punkt 4.2 var spørsmålet hvilke begrensninger anskaffelsesregelverket oppstiller for adgangen til å foreta endringer tilknyttet realytelsen i medhold av kontraktsfestede endringsbestemmelser, uten at endringen skal anses som vesentlig. Spørsmålet som drøftes i dette punktet er hvilke endringer tilknyttet realytelsen som skal anses som vesentlige når endringen ikke har grunnlag i den opprinnelige kontrakten.

I Presesstext-avgjørelsen ga EU-domstolen fire eksempler på forhold som kan medføre at en bestemt endring kan bli å anse som vesentlig. De tre første av disse eksemplene er av generell interesse for spørsmålet som drøftes i dette punktet. Derfor vil jeg først

⁸⁷ Dragsten/Lindalen (2005) s. 220.

gjennomgå disse tre eksemplene.

Domstolen formulerte i premiss (35) de to første eksemplene slik:

«En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det mulig at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.»

Kjernen i det første eksempelet ble etter min mening formulert treffende i KOFA-2010-68, premiss (24), hvor klagenemnda uttalte at «[p]oenget er...at avtalen i dens endrede form kan åpne for markedsrespons fra leverandører som i første omgang valgte ikke å delta i den tidligere konkurranse.»

Domstolens andre eksempel gir anvisning på en hypotetisk vurdering av om endringen gjør at det ville vært mulig å tildele kontrakten til en annen leverandør enn den som opprinnelig vant konkurransen.

EU-domstolen formulerte i premiss (36) det tredje eksemplet på et forhold som kan medføre at en bestemt endring kan bli å anse som vesentlig slik:

«Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri.»

Dette eksemplet kan dels ses som en utdyping og videreutvikling av det første. Dersom

kontrakten i betydelig omfang utvides til å innebefatte ytelser som opprinnelig ikke var inkludert, vil det ofte også foreligge en sterk presumsjon for at den potensielle markedsresponsen påvirkes.

Med disse tre eksemplene som bakteppe vil jeg nedenfor i punkt 4.3.2 først behandle adgangen til å kvantitativt endre realytelsen, før jeg i punkt 4.3.3 tar for meg adgangen til å kvalitativt endre realytelsen.

4.3.2 Kvantitative endringer

For det tilfelle omfanget av en engangsforsiklet begrenses, vil problemstillingen i lys av det første og andre eksemplet i Presstext-avgjørelsen være om reduksjonen kan åpne for markedsrespons fra leverandører som i første omgang valgte ikke å delta i konkurransen, eller om endringen ville gjort det mulig å akseptere et annet bud. Til illustrasjon kan det vises til KOFA-2010-179. I denne saken ble omfanget av en kunngjort kontrakt om prosjektering og bygging av en ny arm til en rundkjøring, nye parkeringsplasser og ny kulvert redusert betydelig. Reduksjonen i omfang svarte til en prisreduksjon på over 50 prosent. Klagenemnda aksepterte i premiss (66)-(68) likevel endringen etter en konkret vurdering ettersom det ikke var holdepunkter for andre tilbydere ville deltatt eller kunne vunnet konkurransen, dersom anskaffelsen hadde blitt kunngjort med det omfanget den senere fikk.

I en anbudskonkurranse vil deltakerne av taktiske årsaker ofte prise forskjellige deler av tilbudet med ulik fortjeneste, slik at enkelte deler forventes å gi høyere profitt enn andre. De enkelte deltakerne vil ikke nødvendigvis foreta den taktiske prisingen på samme måte. Dersom en del av kontrakten som en forbigått leverandør har priset med høy fortjeneste senere tas ut, vil det kunne medføre at denne leverandøren i lys av de endrede forutsetningene ville kunne vunnet konkurransen. Dersom dette kan sannsynliggjøres, vil endringen i lys av det andre eksemplet i Presstext-avgjørelsen

trolig bli ansett som vesentlig.

Dersom omfanget av en engangsforpliktelse utvides, tilsier i det tredje eksemplet i Pressetext-avgjørelsen om at en «betydeligt» utvidelse av kontrakten skal anses som vesentlig at ubetydelige utvidelser vil aksepteres. Spørsmålet blir hvor stort dette spillerommet er.

I KOFA-2010-212 inngikk Helse Bergen HF i år 2000 en avtale med Roche Diagnostics Norge AS om leveranse av laboratorieutstyr. I forbindelse med at Helse Bergen HF i perioden 2008-2009 skulle flytte sitt laboratorieutstyr til et nyoppført laboratoriebygg, ble det inngått en tilleggsavtale mellom partene om kostnadsfritt lån av diverse laboratorieinstrumenter. Avtalen innebar at åtte tidligere anskaffede moduler ble byttet ut med nye, og at instrumentparken ble utvidet med tre nye moduler. Om utvidelsen av instrumentparken uttalte klagenemnda i premiss (40), under henvisning til tidligere praksis, at det «til en viss grad [må] være rom for tilpasning av offentlige kontrakter til endrede eksterne forhold uten at det må gjennomføres ny konkurranse». Klagenemnda viste videre til at det kunne være vanskelig å forutsi prøvemengden ti år frem i tid, og at det ikke hadde funnet sted noen kvalitativ endring av ytelsen. Klagenemnda uttalte deretter, i premiss (41) at

«[i]nnklagedes alternativ til å inngå låneavtalen ville ha vært å kunngjøre en ny konkurranse for kjøp av analyseinstrumenter på et tidligere tidspunkt enn planlagt, noe som ville innebære at instrumentparken måtte kasseres før utløpt levetid. Et slikt utfall ville ikke ha sikret «en mest mulig effektiv ressursbruk» av offentlige midler, jf. loven § 1.»

Klagenemnda kom på denne bakgrunn, i premiss (42) til at det ikke forelå en vesentlig endring av kontrakten.

Etter gjeldende rett må det dermed være adgang til å foreta mindre utvidelser i omfang uten at utvidelsen anses som vesentlig, dersom det vil ivareta hensynet til mest mulig effektive anskaffelser.

Ved forlengelse av et løpende kontraktsforhold er imidlertid det klare utgangspunktet antatt å være at enhver forlengelse vil innebære en vesentlig endring.⁸⁸

Arrowsmith oppstiller samme utgangspunkt, men skriver videre at

«[i]n this author's view, this should be subject to a *de minimis* principle, to balance the policy behind the EC rules with the needs of commercial practice, but it is not clear whether or not the court will accept this.»⁸⁹

Dragsten synes å gi uttrykk for et lignende syn når hun skriver at

«[u]nntak kan tenkes for mindre ubetydelige forlengelser for eksempel i forbindelse med at inngåelse av en ny kontrakt blir noe forsinket.»⁹⁰

Spørsmålet blir på denne bakgrunn om det er grunnlag i rettskildene for å oppstille et slikt de minimis-prinsipp i norsk rett.

Praksis fra KOFA er vanskelig å forene med et de minimis-prinsipp. I KOFA-2009-97 ble en kontrakt om reisebyråtenester tilknyttet syketransport for pasienter tilhørende Nordlandssykehusets område, uten grunnlag i den opprinnelige kontrakten, forlenget

⁸⁸ Kategorisk, men uten noen nærmere begrunnelse Ot. prp. nr. 62 (2005-06) s. 26. Uttalelsen fra odelstingsproposisjonen er vist til i KOFA-2009-97 premiss (31) og i KOFA-2011-8 premiss (26).

⁸⁹ Arrowsmith (2005) s. 292-293. Forfatterens kursivering.

⁹⁰ Dragsten (2010) s. 40.

med omtrent en og en halv måned, for å få gjennomført avvikling og overgang til egenregi. KOFA viste i premiss (31)-(33) til forarbeidene til lovendringene i forbindelse innføringen av reglene om overtredelsesgebyr, samt deler av Arrowsmiths drøftelse av problemstillingen, og la til grunn at det i realiteten var inngått en ny kontrakt. KOFA unnlot imidlertid å sitere Arrowsmiths tese om at det gjelder et de minimis-prinsipp, og drøftet ikke spørsmålet. Avgjørelsen er også for øvrig knapp i begrunnelsen. Dette svekker dens rettskildemessige vekt.

På den annen side er som nevnt et bærende hensyn bak anskaffelsesregelverket å sørge for mest mulig effektive anskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 1. En konkurranseutsetting av en kort forlengelse av kontrakten vil kunne påføre oppdragsgiver kostnader som ikke står i forhold til gevinsten ved å konkurranseutsette endringen. Dette taler for at det bør oppstilles et de minimis-prinsipp i norsk rett. Ettersom mindre utvidelser i omfanget av en engangsforpliktelse som vist vil kunne være berettiget, vil det etter min mening videre være inkonsekvent å på prinsipielt grunnlag utelukke enhver adgang til å foreta mindre forlengelser av et løpende kontraktsforhold. En utvidelse i omfang og forlengelse i tid kan hevdes å i realiteten være to sider av samme sak.

På denne bakgrunn er min konklusjon at det er dekning i rettskildene for å oppstille et de minimis-prinsipp i norsk rett.

4.3.3 Kvalitative endringer

Dersom realytelsen endres kvalitativt, vil det ofte foreligge en sterk presumsjon for at avtalen i dens endrede form kan åpne for markedsrespons fra leverandører som i første omgang valgte ikke å delta i konkurransen. Det første eksemplet i Pressetext-avgjørelsen tilsier derfor at adgangen til å kvalitativt endre realytelsen er meget begrenset.

I Matra-avgjørelsen kom EU-domstolen som tidligere nevnt til at endringen av kontrakten til å gjelde en nyere versjon av VAL-teknologien ikke var vesentlig. Domstolen begrunnet dette, i premiss (51), for det første med at endringen skyldtes den teknologiske utviklingen mellom 1993 og 1996 på et punkt av «helt marginal betydning (2 cm i bredden).» Videre uttalte domstolen at

«[f]or det andet, bør det ikke udelukkes, at partene under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, tager hensyn til de nye teknologiske udviklinger, der er inntrådt under forhandlingsforløbet, uden at dette forhold hver gang skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten...».

Det underliggende premiss må antas å ha vært at en såpass marginal endring ikke var egnet til å innvirke på markedsresponsen, og at endringen økonomisk sett var hensiktsmessig. Dersom oppdragsgiver hadde vært bundet til enten å anvende den gamle teknologien eller kunngjøre ny konkurranse, kunne resultatet blitt at oppdragsgiver hadde valgt å benytte den eldre og presumptivt dårligere teknologien.

I KOFA-2004-16 premiss (132) ble det således, under henvisning til Matra-avgjørelsen lagt til grunn at «[e]ndringer som følge av den teknologiske utviklingen på punkter som er av marginal betydning...etter omstendighetene [må] aksepteres.»

KOFA-2009-42 viser imidlertid at det går en grense for hvilke kvalitative endringer som kan aksepteres. I denne saken hadde Forsvarsbygg inngått kontrakt med Sweco Grøner AS om vedlikehold og oppdatering av en eksisterende database i Rena leir. Som følge av en brann i leiren forsvant databasen slik at oppdraget ble endret til å lage en ny database fra bunnen av. I tillegg ble oppdraget utvidet i omfang ved at antall kummer som skulle registreres, ble femdoblet. Samlet sett økte utgiftene med 200 prosent. Klagenemnda la i premiss (39), under henvisning til endringene i kontraktens art og

omfang, til grunn at det i realiteten dreide seg om en ny anskaffelse. Siden det var tale om en endring både i art og omfang er eksemplet ikke rent, men avgjørelsen illustrerer formentlig poenget.

Ovennevnte avgjørelser viser at den kvalitative rammen for endringer er snever. Dersom endringsbehovet skyldes ytre omstendigheter, for eksempel teknologiske fremskritt i tiden mellom kontraktsinngåelse og gjennomføring, og en slik løsning vil fortone seg som økonomisk hensiktsmessig, vil imidlertid endringen lettere aksepteres.

4.4 Særlig om den generelle betydningen av årsaken til endringsbehovet

Det er antatt at årsaken til endringsbehovet er relevant ved fastleggingen av terskelen for hva som skal anses som en vesentlig endring, slik at endringsbehov oppdragsgiver ikke kunne forutse på kunngjøringstidspunktet vil bedømmes noe lempeligere.⁹¹

Synspunktet er for det første antatt å kunne gis anvendelse på særlig langvarige, sammensatte og komplekse kontraktsforhold, hvor det kan være vanskelig, grensende til umulig, å forutse ethvert endringsbehov før kontraktsinngåelsen.⁹² Kostnadene forbundet med å måtte foreta en ny anskaffelsesprosess vil dessuten ofte være høyere.⁹³ I tillegg kan det hevdes at potensielle leverandører i større utstrekning enn ellers vil påregne senere endringer. Sistnevnte synspunkt gjenfinnes i KOFA-2005-68. I denne saken hadde Stord kommune gjennomført en konkurranse med forhandling om etablering av et offentlig-privat samarbeid (OPS) for prosjektering, bygging, finansiering og drift av et utbyggingsprosjekt, og på bakgrunn av forhandlingene tildelt kontrakten til W. Engelsen Ettf. AS. Under forhandlingene ble det foretatt enkelte endringer i spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget, hvilket resulterte i at det valgte

⁹¹ Synspunktet kommer klarest til uttrykk hos Arrowsmith (2005) s. 288-289, men de øvrige rettskildene det henvises til i innværende punkt bygger forutsetningsvis på samme generelle rettsoppfatning.

⁹² Arrowsmith (2005) s. 289, Dragsten/Lindalen (2005) s. 383 og den danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne (2006) s. 206.

⁹³ Arrowsmith (2005) s. 289.

tilbudets pris ble redusert fra kr 103 millioner ved tilbudsåpning til kr 69 millioner ved kontraktstildeling. Klagenemnda la i premiss (32) til grunn at «[h]ensynet til leverandører som bevisst lar være å delta i konkurransen, og hensynet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet for tilbyderne, tilsier...at forutsetningene for konkurransen ikke kan endres vesentlig.» Klagenemnda fremholdt imidlertid at det «[i] en kontrakt av denne typen er...påregnelig for leverandørene at det vil skje endringer av spesifikasjonene...», og kom derfor i premiss (34), «under en viss tvil» til at det ikke var tale om en ny kontrakt.

Den begrensede adgangen til å forutse det fremtidige endringsbehovet i komplekse kontraktsforhold, vil kunne avhjelpes noe av adgangen i anskaffelsesforskriften § 14-2 til å benytte anskaffelsesprosedyren konkurransepreget dialog ved tildeling av «særlig komplekse kontrakter.» Synspunktet om at komplekse kontraktsforhold bør bedømmes noe lempeligere må derfor, etter min mening, ikke strekkes for langt.

For det andre er synspunktet om at endringsbehov oppdragsgiver ikke kunne forutse på kunngjøringstidspunktet vil bedømmes noe lempeligere antatt å kunne få anvendelse på endringsbehov som følge av lov- og forskriftsendringer. Den danske Konkurrencestyrelsen skriver at

«[t]il en vis grad må ekstra ressourcetræk som følge af nye, bindende forskrifter dog kunne indarbejdes i den eksisterende aftale uden nyt udbud, da det er tale om en udenfra kommende begivenhed uden for partenes kontrol, hvorfor der ikke er en risiko for omgåelse af forhandlingsforbudet.»⁹⁴

Dragsten/Lindalen fører et lignende resonnement, men presiserer at synspunktet selvsagt ikke kan anvendes der det er oppdragsgiver som står for forskriftsendringen.⁹⁵

⁹⁴ Den danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne (2006) s. 206

⁹⁵ Dragsten/Lindalen (2005) s. 383.

4.5 Tilleggsytelser

Selv om det foretatt en så vidtgående endring tilknyttet realytelsen at det foreligger en vesentlig endring av kontrakten og dermed en ny anskaffelse, vil endringen i visse tilfeller likevel kunne aksepteres uten at oppdragsgiver må gjennomføre ny anbudskonkurranse.

Anskaffelseslovens § 14-4 bokstav j, som gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, gir oppdragsgiver adgang til på nærmere angitte vilkår å benytte «[k]onkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring» for «tilleggstjenester...og tilleggsarbeider som...ikke var med i den opprinnelige kontrakten». Betegnelsen konkurranse med forhandling er riktignok ikke dekkende, ettersom et vilkår for å anvende bestemmelsen er at tilleggsytelsen «tildeles samme leverandør».⁹⁶ Bestemmelsen gjelder kun for tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter. Paragraf 14-4 bokstav f. inneholder en lignende bestemmelse for «tilleggsleveranser i en varekontrakt...til delvis fornyelse av normale leveranser eller installasjoner, eller til utvidelse av allerede foretatte leveranser eller installasjoner». For anskaffelser under EØS-terskelverdiene unntar § 2-1 bokstav d. på nærmere angitte vilkår anskaffelser av «tilleggsytelser» fra kunngjøringsplikten i § 9-1.

Bakgrunnen for unntaksbestemmelsene er at det i tilfellene som reguleres, er antatt å være økonomisk mest fordelaktig for oppdragsgiver å fortsette med samme leverandør. Regelverkets formål om effektive anskaffelser oppnås da ikke ved å kunngjøre og gjennomføre en anbudskonkurranse. De grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 vil imidlertid fortsatt gjelde. Konkurransesprinsippet fordrer dermed at oppdragsgiver i det konkrete tilfellet alltid må vurdere om unntaksbestemmelsene skal benyttes, eller om det vil gi en mer effektiv anskaffelse å gjennomføre en anbudskonkurranse.⁹⁷

⁹⁶ Forsynings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2006) s. 99-100.

⁹⁷ Dragsten/Lindalen (2005) s. 732 og s. 738 og Forsynings- og administrasjonsdepartementets veileder

Det er riktignok ikke helt klart om bestemmelsene skal anses som hjemmel for å inngå ny kontrakt med begrenset plikt til å konkurransesette anskaffelsen, og dermed som et *unntak* fra forbudet mot å foreta vesentlige endringer i kontrakten, eller om de i stedet skal anses som en delvis regulering av, og dermed et *utslag* av forbudet mot å foreta vesentlige endringer i kontrakten.

Forskriftsbestemmelsene er utformet som unntak fra forskriftsverkets generelle anvendelsesområde. Bestemmelsene kan dermed hevdes å bygge på en forutsetning om at tilfellene som reguleres utgjør vesentlige endringer og dermed en ny kontrakt, men samtidig slik at plikten til å konkurransesette denne nye anskaffelsen er begrenset. Dette taler for at bestemmelsene skal anses som unntak fra vesentlighetskriteriet. KOFA synes gjennomgående å bygge på en slik forståelse. I KOFA-2010-96 premiss (78) uttalte klagenemnda at «[f]orskriften § 14-4 er en unntaksbestemmelse som i enkelte tilfeller gir adgang til å foreta anskaffelser uten kunngjøring.» I samme retning går KOFA-2010-197, hvor klagenemnda i premiss (82) bemerket at «innklagedes anledning til å gjøre endringer etter inngått kontrakt er begrenset til endringer som ikke kan anses som vesentlige, jf. Pressetext, og at innklagede i forskriften § 14-4 bokstav j. har en viss anledning til på nærmere angitte vilkår å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved anskaffelse av visse tilleggstjenester.» (Min understrekning). Også i rettsteorien er den rådende oppfatningen at bestemmelsene er unntak fra vesentlighetskriteriet. Arrowsmith skriver at «as a general principle it is not permitted simply to negotiate a new agreement with an existing partner...», men fremholder at de sammenlignbare direktivsbestemmelsene «provide, however, for exceptions to that principle in certain defined cases, where there is a justification for continuing the relationship with the existing provider.»⁹⁸ (Mine understrekninger).

Dragsten/Lindalen synes å gi uttrykk for samme syn når de om forgjengerne i den

til reglene om offentlige anskaffelser (2006) s. 99.

⁹⁸ Arrowsmith (2005) s. 620.

tidligere anskaffelsesforskriften⁹⁹ §§ 4-3 bokstavene f. og h. skriver at

«[t]illeggsleveranser og tilleggstjenester er å anse som nye leveranser som må følge anskaffelsesregelverkets prosedyrebestemmelser. Her er det imidlertid gitt særregler om bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring...».¹⁰⁰
(Mine understrekninger).

På den annen side kan KOFA i KOFA-2009-208 premiss (23) synes å ordlegge seg som om forskriftsbestemmelsene ikke er unntak fra, men utslag av vesentlighetskriteriet. Klagenemnda formulerte her problemstillingen som et spørsmål om kontrakten var vesentlig endret, riktignok uten å henvise til Presstext-avgjørelsen. Deretter viste klagenemnda i premiss (24) til de kontraktsfestede endringsbestemmelsene mellom partene i NS 8406, og deretter til anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstavene j. og k, for så å fra og med premiss (25) tilsynelatende kun drøfte om anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstavene j. og k. kom til anvendelse. Klagenemnda konkluderte imidlertid i premiss (30) med at endringene måtte «anses som vesentlig, enten forholdet vurderes etter NS 8406 eller etter forskriften § 14-4 bokstav j og k.» (Mine understrekninger).

Klagenemnda må dermed også, og presumptivt først, ha vurdert spørsmålet om det forelå en ny anskaffelse ved å ta stilling til om NS 8406 åpnet for den aktuelle endringen. Dersom NS 8406 hadde gitt adgang til å rekvirere endringen, ville det ikke foreligget en ny anskaffelse, jf. KOFA 2005-5 premiss (58).¹⁰¹ I denne vurderingen må klagenemnda, i lys av konklusjonen, ha kommet til at standarden ikke ga adgang til å rekvirere endringen, slik at det forelå en ny anskaffelse. Først da oppsto spørsmålet om anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstavene j. og k. ga adgang til å foreta endringen. At vurderingen etter NS 8405 ikke ble gjort mer inngående, kan trolig forklares med at saken gjaldt en tilleggsanskaffelse hvor tillegget var så omfattende og fysisk atskilt fra hovedanskaffelsen at standardkontraktens endringsregler klart ikke kunne komme til

⁹⁹ Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616. Opphevet fra 1. januar 2007, jf. forskrift 20. desember 2006 nr. 1504.

¹⁰⁰ Dragsten/Lindalen (2005) s. 382.

¹⁰¹ Avgjørelsen er behandlet mer inngående i punkt 4.2.2.

anvendelse. Avgjørelsen kan etter dette neppe tas til inntekt for at bestemmelsene skal anses som et utslag av vesentlighetskriteriet.

Etter mitt syn er det på denne bakgrunn mest nærliggende å betrakte bestemmelsene som hjemmel for å inngå ny kontrakt med begrenset plikt til å konkurransesette anskaffelsen, og dermed som et *unntak* fra forbudet mot å foreta vesentlige endringer i kontrakten. Valg av synsvinkel kan imidlertid ikke tillegges rettslig betydning. Det sentrale må være at bestemmelsene på nærmere angitte vilkår åpner for at det foretas endringer tilknyttet realytelsen uten at endringen er i strid med anskaffelsesregelverket.

Valg av synsvinkel får likevel en *metodisk* implikasjon. Når forskriftsbestemmelsene anses som hjemmel for å inngå ny kontrakt med begrenset plikt til å konkurransesette anskaffelsen, og dermed som et unntak fra forbudet mot å foreta vesentlige endringer i kontrakten, blir konsekvensen at det i et konkret saksforhold først vil måtte tas stilling til om det foreligger en vesentlig endring av kontrakten slik at det er tale om en ny anskaffelse. Først dersom dette spørsmålet besvares bekreftende, oppstår spørsmålet om forskriftsbestemmelsene kommer til anvendelse, slik at endringen likevel er lovlig. Dette er årsaken til at forskriftsbestemmelsene er behandlet til slutt i dette kapitlet.

Grunnvilkåret for at anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav j. skal komme til anvendelse, er at det er tale om å utføre «tilleggstjenester» eller «tilleggsarbeider». Ordet «tillegg» er også benyttet i de øvrige bestemmelsene. Ordlyden viser at det må foreligge en naturlig sammenheng mellom den opprinnelige og den nye ytelsen.¹⁰² Grunnvilkåret er nærmere presisert i § 14-4. j. nr. 4, hvor det stilles krav om at «tilleggstjenestene eller tilleggsarbeidene ikke teknisk eller økonomisk kan skilles fra den opprinnelige kontrakt uten vesentlige ulemper for oppdragsgiver eller, dersom de kan skilles fra den opprinnelige kontrakt, likevel er strengt nødvendig for fullføring av denne». Et lignende vilkår finnes også i § 14-4 bokstav f. Paragraf 2-1 bokstav d.

¹⁰² Slik også Dragsten/Lindalen (2005) s. 732 og s. 738 og Forsynings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2006) s. 100.

inneholder ikke uttrykkelig noe tilsvarende vilkår, men den samme begrensningen som oppstilles i § 14-4 bokstav j. nr. 4 også må innfortolkes i denne bestemmelsen, jf. KOFA-2009-232 premiss (24).¹⁰³ Ordlyden viser at kravet til sammenheng er meget strengt. Praksis fra KOFA indikerer at bestemmelsene skal tolkes etter sin ordlyd.

I KOFA-2009-208 hadde Drammen kommune inngått en kontrakt med Aktiv Veidrift AS om drift og vedlikehold av bydelene Strømsø og Bragernes. Etter at kontrakt var inngått ble også vinterdrift av bydel Konnerud innlemmet i kontrakten. Klagenemnda la i premiss (28) til grunn at «[b]ydelen Konnerud er et annet geografisk område, og faller utenfor formålet og virkeområdet til den kunngjorte kontrakten...». Videre uttalte klagenemnda at bydel Konnerud var «holdt utenfor som følge av et valg fra innklagedes side», noe som ble «klart kommunisert til potensielle tilbydere». Etter klagenemndas syn måtte dette «tillegges meget stor betydning.» Klagenemnda kom på denne bakgrunn i premiss (30) som nevnt til at endringen måtte «anses som vesentlig, enten forholdet vurderes etter NS 8406 eller forskriften § 14-4 bokstav j. og k.»

I KOFA-2009-232, avsagt samme dag, hadde Sund kommune inngått kontrakt med Rune Nordahl Entreprenør AS om utbedring av Fylkesvei 202 mellom Spildepollen og Selstø. Etter at kontrakt var inngått ble også en veistrekning mellom Selstø og Nipen innlemmet i kontrakten. Klagenemnda la i premiss (28) til grunn at

«[d]en påklagede avtalen gjaldt ikke veiparsellen mellom Spildepollen og Selstø, men en annen veiparsell, veiparsellen mellom Selstø og Nipen. Denne avtalen faller utenfor formålet og virkeområdet til den kunngjorte kontrakten, og også utenfor unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav d...».

Videre må det etter § 14-4 bokstav j. nr. 1 foreligge «forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse», og disse forholdene må gjøre det «nødvendig» å utføre tilleggsytelsen. Et tilsvarende vilkår finnes også i § 2-1 annet ledd bokstav d, men ikke i § 14-4 bokstav f. Det kan imidlertid vanskelig hevdes at den upåpasselige oppdragsgiver burde stilles annerledes fordi det er tale om en varekontrakt. Etter min mening må det derfor samme

¹⁰³ I avgjørelsen benevnes lovstedet som «§ 14-4 bokstav j. nr. 5.» Ved forskriftsendring av 3. september 2010 er denne nummereringen endret til 4.

begrensning innfortolkes i denne bestemmelsen.¹⁰⁴ Ved vurderingen av om vilkåret er oppfylt må det foretas en objektiv vurdering med utgangspunkt i hva en påpasselig oppdragsgiver ville ha forutsett. Normen kan imidlertid bli strengere dersom oppdragsgiver har særlig kompetanse på området for den aktuelle anskaffelsen. Dersom endringsbehovet skyldes dårlig planlegging, vil vilkåret ikke være oppfylt. Videre må det foreligge årsakssammenheng mellom de uforutsette forholdene og behovet for tilleggsytelsen. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt.¹⁰⁵

For det tredje er det etter § 14-4 bokstav j. nr. 2 et vilkår at tilleggsytelsen «tildeles samme leverandør». Det samme vilkåret gjenfinnes i de øvrige bestemmelsene. Hva som skal anses som samme leverandør i anskaffelsesregelverkets forstand er behandlet i punkt 6.3.3.

Endelig er det etter § 14-4 bokstav j. nr. 3. et vilkår at den samlede verdien av tilleggsytelsene «ikke overstiger 50 prosent av verdien av den opprinnelige kontrakt». De øvrige bestemmelsene inneholder ingen uttrykkelig tilsvarende begrensning, og etter min mening er det ikke dekning i rettskildene for å innfortolke dette. Med «den opprinnelige kontrakt» menes kontrakten om hovedytelsen, inkludert opsjoner inntatt i kontrakten. Endringsarbeider som leverandøren er forpliktet til å utføre i henhold til den opprinnelige kontrakten skal også tas med i verdiberegningen av den opprinnelige kontrakten.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Slik også Lund Meyer (1998) s. 130. Motsatt Steinicke/Groesmeier (2008) s. 865.

¹⁰⁵ Dragsten/Lindalen (2005) s. 738.

¹⁰⁶ Dragsten/Lindalen (2005) s. 739.

5. ENDRING AV KONTRAKTSBETINGELSENE

5.1 Generelt

Spørsmålet som drøftes i dette kapitlet er når en endring av kontraktsbetingelsene skal anses som vesentlig. En endring av kontraktsbetingelsene kan som nevnt bestå i rene prisendringer, og endring av risikofordeling.

Det rettslige utgangspunktet er igjen at kontrakten kan endres uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Ved en endring av kontraktsbetingelsene vil imidlertid endringens konkurransevridende effekt tre mer i forgrunnen, særlig for det tilfelle at kontraktsbetingelsene endres i leverandørens favør. Det dominerende vil da være at leverandøren, etter at konkurransen er avsluttet, tilføres en uberettiget fordel på bekostning av potensielle leverandører. I forlengelsen av dette vil det sjeldnere foreligge et tilsvarende legitimt behov for å endre kontraktsbetingelsene som ved endringer tilknyttet realytelsen. Dette tilsier at endringsadgangen her bør være snevrere.

Hvilke begrensninger anskaffelsesregelverket oppstiller for adgangen til å endre kontraktsbetingelsene i medhold av kontraktsfestede endringsbestemmelser, uten at endringen skal anses som vesentlig, er drøftet i punkt 5.2. Hvilke endringer av kontraktsbetingelsene som skal anses som vesentlige når endringen ikke har grunnlag i den opprinnelige kontrakten, er drøftet i punkt 5.3.

5.2 Kontraktsbestemmelser om endring av kontraktsbetingelsene

5.2.1 Generelt

Det forekommer også at den opprinnelige kontrakten regulerer adgangen til å foreta etterfølgende endringer av kontraktsbetingelsene, særlig prisen. I utgangspunktet gjelder de samme kravene til en slik kontraktsregulering som ved endringer tilknyttet realytelsen. Endringen må dermed ligge innenfor kontraktens eget endringsregime, og endringsbestemmelsen må være tilstrekkelig klar, presis og objektiv. Kravet til endringsbestemmelsens objektivitet synes imidlertid her å være skjerpet. Dette skjerpede kravet er behandlet i neste punkt.

5.2.2 Skjerpet krav til endringsbestemmelsens objektivitet

Som det fremgikk av punkt 4.2.4 følger det av likebehandlingskravet at vilkårene for at endringer skal kunne foretas, og hvilke endringer som kan gjennomføres, må være beskrevet tilstrekkelig objektivt, noe som igjen tilsier at den kontraktsfestede endringsbestemmelsen ikke kan gi særlig rom for forhandlinger mellom partene.

En endring av kontraktsbetingelsene vil som nevnt i større utstrekning være egnet til å fordreie konkurransen i markedet, og det vil sjeldnere foreligge et tilsvarende legitimt behov for å foreta endringer. På denne bakgrunn er det klare utgangspunktet at kontraktsbestemmelser om endring av kontraktsbetingelsene, ikke kan gi noe rom for forhandlinger mellom partene, men snarere utelukkende må vise til objektivt konstaterbare, ytre omstendigheter for å kunne stå seg.¹⁰⁷

Dette synspunktet understøttes av KOFA-2005-100. I denne saken hadde Oppland

¹⁰⁷ I samme retning Dragsten/Lindalen (2005) s. 378-379 og Steinicke/Groesmeier (2008) s. 777.

fylkeskommune inngått en kontrakt om ambulansetjenester i Valdres.

Kontraktperioden var fra 1. oktober 1999 til 1. oktober 2004, med automatisk fornyelse for ett år av gangen med mindre en av partene sa opp kontrakten. Det første driftsåret var aktivitetsnivået stipulert til 274 000 kilometer, og godtgjørelsen var fastsatt til kr 6 756 685. Høsten 2004 ble avtalen fornyet, og med grunnlag i en forhandlingsklausul i kontrakten ble det stipulerte årlige aktivitetsnivået økt til 380 000 kilometer og godtgjørelsen økt til kr 16 400 000. Dette svarte til en prisøkning fra kr 24,66 per kilometer til kr 43,16 per kilometer. Klagenemnda uttalte i premiss (19) at

«[i] denne sak innebærer kontrakten av 2004 store endringer i stipulert omfang og ikke minst godtgjørelsen i forhold til den opprinnelige avtalen. Klagenemnda anser disse endringene som så betydelige at avtalen er vesentlig endret. At kontrakten av 1999 inneholdt en reforhandlingsklausul, kan ikke være avgjørende for vurderingene.» (Mine understrekninger).

KOFA-2005-40 kan imidlertid ved første øyekast synes vanskelig å forene med foregående synspunkt. I denne saken hadde Forsvarets logistikkorganisasjon inngått seks parallelle rammeavtaler om kjøp av matvarer og næringsmidler. Med grunnlag i en reforhandlingsklausul i kontrakten ble det foretatt en forenkling i sortimentet, og en konsentrasjon rundt færre rammeavtaler, slik at prisene ble betydelig redusert. Klagenemnda uttalte i premiss (34) at

«[d]et følger...av kontraktens punkt 6.1 at leverandørene skal tilby markedspris med eventuelle rabatter, samt at det kan kreves reforhandling av pris dersom leverandøren ikke opererer med konkurransedyktige priser. Avtalene legger således opp til at prisene kan variere i avtaleperioden, og at prisene kan reforhandles nedover. Prisreduksjonen synes etter dette å ligge innenfor avtalens ordlyd, og innebærer således ikke at avtalen er vesentlig endret.»

Utfallet kan trolig forklares med at det i den foreliggende saken ikke var tale om en prisforhøyelse, men en prisreduksjon. En prisreduksjon vil ikke tilføre leverandøren noen uberettiget fordel på bekostning av potensielle leverandører. Dette synspunktet ble vektlagt av Klanævnet for Udbud i kjennelse av 18. november 1994 (Danmarks Optikerforening mot Aalborg kommune), hvor Klagenævnet på side 4 og 5 aksepterte en prisgarantiklausul som åpnet for at prisene kunne nedreguleres til den laveste prisen i markedet. Videre dreide den foreliggende KOFA-avgjørelsen seg om en rammeavtale. Rammeavtaler kjennetegnes blant annet ved at omfanget av ytelsene oppdragsgiver ønsker, ikke vil være presist angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, men avgjøres av oppdragsgivers behov under kontraktperioden. Dermed vil potensielle leverandører måtte påregne større avvik når de inngir tilbud. Dette synspunktet ble i en noe annen sammenheng vektlagt i KOFA-2009-46 premiss (66).

I KOFA-2004-16 premiss (132) og KOFA-2005-40 premiss (31) er det på den annen side, under henvisning til Matra-avgjørelsen lagt til grunn at «[e]ndringer som følge av inflasjon eller prisjusteringsbestemmelser i kontrakten... etter omstendighetene [må] aksepteres.» I Matra-avgjørelsen aksepterte som nevnt EU-domstolen en prisøkning på 10 prosent, noe som var mer enn den samlede økningen i konsumprisindeksen i samme periode. Domstolen begrunnet i premiss (53) resultatet med at prisøkningen var «en nøjagtig følge af anvendelsen af den prisreguleringsmekaniske [sic], der findes i det kontraktudkast, som partene accepterede i 1993.» Etter domstolens oppfatning var «[d]ette forhold... snarere et indicium for, at der var kontinuitet i proceduren end et forhold, der er egnet til at bevise genforhandlingen af en grundlæggende kontraktbestemmelse.»

Den danske Konkurrencestyrelsen har lagt til grunn at en klausul som i ubestemte vendinger viser til prisutviklingen innenfor en bestemt sektor, ikke vil kunne danne grunnlag for en vederlagsendring uten at det foretas en ny anskaffelse ettersom vederlagsendringens størrelse da ikke kan fastsettes presist uten forhandlinger mellom partene. På den annen side vil klart en prisreguleringsmekanisme hvor vederlaget

reguleres i overensstemmelse med en offentlig prisindeks, stå seg.¹⁰⁸ En prisendringsklausul som knyttes opp mot konsumprisindeksen eller produksjonsindeksen for bygg og anlegg, må dermed aksepteres.¹⁰⁹ Den danske Konkurrencestyrelsen har videre antatt at en klausul som henviser til utviklingen i leverandørens egne listepriiser, også må godtas forutsatt at det kan dokumenteres at prisen ikke er fastsatt ut fra hensynet til en bestemt kunde.¹¹⁰

Kontraktsbestemmelser om endring av risikofordeling synes å forekomme sjeldnere, men kan tenkes, særlig i komplekse og langvarige kontraktsforhold. For eksempel kan det i en OPS-kontrakt være fastsatt at OPS-selskapet i utgangspunktet skal bære risikoen for endringer i nedbørsmengden, med det forbehold at dersom nedbørsmengden endres med mer enn 100 prosent ut fra estimert mengde skal oppdragsgiver dekke halvparten av utgiftene til ytterligere dreneringstiltak.¹¹¹ Denne tenkte klausulen er en del av et komplekst kontraktsforhold, og viser objektivt konstaterbare, ytre omstendigheter. Dermed vil den trolig bli akseptert.

5.3 Endring av kontraktsbetingelsene uten grunnlag i kontrakt

5.3.1 Generelt

Spørsmålet som drøftes i dette punktet er hvilke endringer av kontraktsbetingelsene som skal anses som vesentlige når endringen ikke har grunnlag i den opprinnelige kontrakten.

Det fjerde og siste eksemplet på et forhold som kan medføre at en bestemt endring kan bli å anse som vesentlig, ble i Pressetext-avgjørelsen i premiss (37) formulert slik:

¹⁰⁸ Den danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne (2006) s. 205.

¹⁰⁹ Slik også Dragsten/Lindalen (2005) s. 379.

¹¹⁰ Den danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne (2006) s. 205.

¹¹¹ Eksempelet er hentet fra Liljenbøl (2010) s. 3.

«En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.»

Eksemplet kan ses som en utdyping og videreutvikling av domstolens første og andre eksempel. Dersom kontraktens økonomiske balanse endres i leverandørens favør på en måte som ikke var fastsatt, vil det for det første ofte foreligge en sterk presumsjon for at den potensielle markedsresponsen påvirkes. For det andre ville det ofte vært mulig å tildele kontrakten til en annen leverandør. Det kan for eksempel tenkes at beslutningsmodellen lavest pris ble benyttet, leverandøren som ble tildelt kontrakten vant konkurransen med knappst mulige margin, og at det i ettertid har funnet sted en oppjustering av prisen.

Med utgangspunkt i disse generelle synspunktene vil jeg nedenfor i punkt 5.3.2 og 5.3.3 drøfte adgangen til å endre henholdsvis pris og risikofordeling.

5.3.2 Endring av pris

Dersom endringen går ut på at prisen reduseres, vil kontrakten i utgangspunktet bli mindre attraktiv for potensielle leverandører. En prisreduksjon vil derfor ikke innebære like stor risiko for konkurransevridning som en prisforhøyelse, og vil heller ikke endre kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren på en måte som ikke var fastsatt. En prisreduksjon vil derfor normalt ikke utgjøre en vesentlig endring. I tråd med dette kom EU-domstolen i Pissetext-avgjørelsen i premiss (85)-(87) til at forhøyelsen av rabatten på vederlag for onlinesøk i APAs informasjonstjeneste fra 15 prosent til 25 prosent ikke innebar at kontrakten var vesentlig endret. Tilsvarende kom domstolen i premiss (62) under drøftelsen av berettigelsen av prisnedgangen som følge av overgangen til Euro, særlig under henvisning til at prisendringen var til ugunst for leverandøren, til at heller ikke denne endringen var vesentlig.

Generaladvokat Kokott fremholdt imidlertid i sitt forslag til avgjørelse i Pressetext-avgjørelsen, i premiss (90)-(91) at det prinsipielt ikke kan utelukkes at også en prisreduksjon kan fordreie konkurransen. Han fremholdt at det også er relevant å ta i betraktning hvilke betingelser oppdragsgiver kunne oppnådd i markedet for tidspunktet for kontraktsendringen. Dersom markedsprisen for den aktuelle ytelsen har sunket, slik at det kan tenkes at potensielle leverandører kunne tilbudt en enda lavere pris, ville det vært mulig for disse å konkurrere om kontrakten i dens endrede form. I et slikt tilfelle vil muligens også en prisreduksjon kunne bli ansett som en vesentlig endring.

Spørsmålet blir så i hvilken utstrekning en prisøkning kan foretas. Prisen i en kontrakt må antas å ha stor betydning for profittpotensialet, og dermed for om en potensiell leverandør velger å konkurrere om kontrakten. En prisøkning vil videre endre den økonomiske balansen i leverandørens favør på en måte som ikke var fastsatt, og vil derfor som den klare hovedregel innebære en vesentlig endring. I Pressetext-avgjørelsen uttalte domstolen i premiss (59)-(60), under drøftingen av berettigelsen av prisjusteringen som følge av overgangen til Euro, i samsvar med dette at

«[d]et er klart, at prisen udgør en vigtig betingelse i en offentlig aftale... At ændre en sådan betingelse inden for den periode, i hvilken aftalen er gyldig, når der ikke foreligger nogen udtrykkelig bemyndigelse hertil i de oprindelige udbudsbtingelser, risikerer at medføre en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgivere...»

Domstolen oppstilte imidlertid et snevert unntak fra dette utgangspunktet, ved å i premiss (61) legge til grunn at

«[o]mregningen til euro af priserne i en aftale i dennes løbetid kan... ledsages af en tilpasning af deres reelle værdi, uden at det fører til en ny indgåelse af en aftale, på betingelse af, at en sådan tilpasning er ubetydelig og kan forklares på en objektiv

måde, hvilket er tilfældet, hvis den har til formål at lette gennemførelsen af aftalen, f. eks. ved at forenkle faktureringen.» (Mine understrekningslinjer).

Som nevnt førte prisjusteringen som følge av overgangen til Euro ikke til en prisførhøyelse, men til en prisreduksjon. Uttalelsen kan dermed fremstå som noe pussig. Slik jeg leser uttalelsen er den imidlertid ment å skulle utmeisle rettstilstanden mer generelt, og slik at den først og fremst er myntet på prisøkninger.¹¹²

Unntaket kan trolig forklares med at marginale prisøkninger kun i begrenset grad vil være egnet til påvirke den potensielle markedsresponsen, og at det i tilfellene som omfattes av unntaket vil foreligge et legitimt behov for å endre prisen.

Uttalelsen viser imidlertid for det første at den kvantitative rammen for prisøkning er meget snever. Det foreligger to klagenemndsavgjørelser hvor denne rammen har vært overskredet. Disse avgjørelsene markerer imidlertid klart ikke grensetilfeller, og det er derfor vanskelig å gi noen mer eksakt angivelse av den kvantitative rammen.

I KOFA-2004-14 ble det, etter at det var inngått kontrakt om leasing, leie og kjøp av biler, oppdaget at leverandøren hadde feiltolket konkurransegrunnlaget, slik at leasingsummen var priset ut fra 10 000 kjørte kilometer per år i stedet for 30 000 kjørte kilometer per år. Partene ble enige om å endre prisen til en prising ut fra 30 000 kjørte kilometer per år. Det er i avgjørelsen ikke gitt nærmere opplysninger om prisendringens størrelse. Klagenemnda slo i premiss (20) lakonisk fast at

«[m]ånedlig leasingum i den reforhandlede kontrakten mellom innklagede og Berge & Co er vesentlig høyere enn etter den opprinnelige kontrakten. Slik klagenemnda ser det, innebærer denne endringen at det i realiteten er inngått en ny kontrakt mellom partene.»

Videre la Nämnden för offentlig upphandling i bedömning 2000/0292-26 (Anders Björk mot Stockholms Stad) på side 3 til grunn at en prisøkning på 60 prosent i en fastpriskontrakt innebar en vesentlig endring.

¹¹² Slik også Liljenbøl (2010) s. 3.

For det andre viser den siterte uttalelsen i Pressetext-avgjørelsen at en prisøkning må være begrunnet i ytre omstendigheter. Et eksempel på et tilfelle som trolig vil bli akseptert, er en mindre prisavrunding for å forenkle faktureringen i forbindelse med en overgang fra indeksregulerte priser til fastpriser.

5.3.3 Endring av risikofordeling

Hvordan en kontrakt allokerer risiko, må også antas å ha stor betydning for profittpotensialet, og dermed for om en potensiell leverandør velger å konkurrere om kontrakten. I forlengelsen av dette vil en endring av risikofordeling i leverandørens favør også innebære at den økonomiske balansen i kontraktsforholdet endres i dennes favør på en måte som ikke var fastsatt.

På denne bakgrunn må det antas at en endring av kontraktens risikofordeling til fordel for leverandøren, normalt vil innebære en vesentlig endring.¹¹³

Dersom endringen i stedet innebærer at risiko overføres til leverandøren, må imidlertid utgangspunktet være at endringen ikke er vesentlig. Endringen vil da ikke være egnet til å fordreie konkurransen, og vil heller ikke endre kontraktens økonomiske balanse i leverandørens favør på en måte som ikke var fastsatt.¹¹⁴ Det ville snarere ha vært mindre attraktivt for potensielle leverandører å delta i konkurransen dersom endringen hadde vært innebefattet i den opprinnelige konkurransen, og disse ville derfor mest sannsynlig uansett ikke deltatt.

¹¹³ Slik også Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 10. juli 2008 (European Land Solutions Ltd. mot Kystdirektoratet).

¹¹⁴ Liljenbøl (2010) s. 3.

6. ENDRING AV AKTØRER

6.1 Generelt

Spørsmålet som drøftes i dette kapittelet er når en endring av aktører skal anses som vesentlig. Endring av aktører forekommer som nevnt ved endring av underleverandør og kontraktspart.

Det rettslige utgangspunktet er også her at kontrakten kan endres uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Konkurransesprinsippet vil likevel kunne begrense endringsadgangen i betydelig grad, men det vil også foreligge legitime behov for å endre aktører.

Endring av underleverandør er behandlet nedenfor i punkt 6.2, mens utskifting av kontraktspart er behandlet i punkt 6.3.

6.2 Endring av underleverandør

Anskaffelsesregelverket er ikke til hinder for at en leverandør benytter underleverandører for å oppfylle avtalen, jf. sak C-305/08 (Conisma) premiss (41). Underleveranser er i utgangspunktet ikke underlagt anskaffelsesregelverket. Leverandører som selv ikke er oppdragsgivere, følger derfor som hovedregel ikke anskaffelsesregelverket når det inngås kontrakt med underleverandører.¹¹⁵ Dette er et rent privatrettslig anliggende.¹¹⁶ For å ivareta gjennomsiktighetskravet i anskaffelsesloven § 5 tredje ledd gir imidlertid anskaffelsesforskriften § 17-1 annet ledd bokstav h. oppdragsgiver adgang til i konkurransegrunnlaget å be potensielle leverandører om opplysninger om «hvor stor del av kontrakten som eventuelt skal

¹¹⁵ Dragsten/Lindalen (2005) s. 765.

¹¹⁶ KOFA-2010-4 premiss (49).

tildeles underleverandører, samt hvilke underleverandører han foreslår.» Dersom det er inngått kontrakt mellom en oppdragsgiver og en leverandør, basert på en tilkjennegivelse av hvem leverandøren har som intensjon å inngå avtale om underleveranser med, vil oppdragsgiver avtalerettslig ha forbeholdt seg retten til å godkjenne en eventuell endring av underleverandør. Dette kommer til uttrykk i NS 8405 pkt. 15.3, som må antas å gi uttrykk for et generelt prinsipp. Oppdragsgiver vil på sin side være bundet av anskaffelsesregelverket.

Ofte vil spørsmålet om, og eventuelt hvem, leverandøren skal benytte som underleverandør, ikke være noe tema under anskaffelsesprosessen. I andre tilfeller kan imidlertid oppdragsgiver ha vektlagt leverandørens opplysninger om bruk av bestemte underleverandører ved tildelingsbeslutningen. Dersom det i et slikt tilfelle skjer en etterfølgende endring av underleverandør, oppstår spørsmålet om endringen gjør at det ville vært mulig å tildele kontrakten til en annen leverandør enn den som opprinnelig vant konkurransen, slik at det med grunnlag i EU-domstolens andre eksempel i Presstext-avgjørelsen foreligger en vesentlig endring.

I sak C-91/08 (Wall) hadde byen Frankfurt tildelt en tjenestekonsesjon til Frankfurter Entsorgungs- og Service (FES) for å bygge og drive reklamefinansierte offentlige toaletter. FES hadde i konkurransen om kontrakten tilbudt en bestemt underleverandør som skulle håndtere reklamen på toalettene. Ved tildelingen av kontrakten hadde oppdragsgiver gitt stor uttelling til FES fordi denne hadde stor tiltro til underleverandøren. Det fremgikk av poengberegningen i oppdragsgivers evalueringsskjema at FES vant konkurransen nettopp fordi de fikk høyere uttelling enn konkurrentene på dette kriteriet. Etter kontraktstildelingen, men før oppstart av levering, gjennomførte FES konkurransen for å velge underleverandør på reklame. FES valgte en annen underleverandør enn den som var oppgitt i tilbudet til byen Frankfurt.

EU-domstolen viste i premiss (37)-(38) først til Matra- og Presstext-avgjørelsen. Deretter uttalte domtolen, i premiss (39) at

«[u]dskifting av en underleverandør, selv når muligheten herfor er fastsat i kontrakten, kan i særlige tilfælde udgøre en sådan endring af et af de grundlæggende elementer i koncessionskontrakten, når anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden – under hensyntagen til de særlige kendetegn ved den pågældende ydelse – har været et avgjørende element for indgåelsen af kontrakten...» (Mine understreknings).

Domstolen gikk i premiss (40) langt i å antyde at konsesjonen ble tildelt FES på grunn av underleverandøren FES opprinnelig presenterte, men fremholdt i premiss (41) at den konkrete vurderingen tilkom den nasjonale domstolen.

Wall-avgjørelsen gjaldt adgangen til å foreta endringer i tjenestekonsesjoner. Tjenestekonsesjoner innebærer i utgangspunktet større frihet for leverandørene, og endringsadgangen vil derfor være romsligere.¹¹⁷ Det må dermed antas at en etterfølgende utskifting av underleverandør også ellers vil utgjøre en vesentlig endring av kontrakten, dersom den opprinnelig valgte underleverandør har vært et avgjørende element for oppdragsgivers valg av tilbud, og muligens uten noen reservasjon for «særlige tilfælde».

Av uttalelsen fremgår det videre at det vil være uten betydning i vurderingen om kontrakten gir adgang til senere å endre underleverandør.

¹¹⁷ Generaladvokat Bots forslag til avgjørelse i Wall-avgjørelsen, premiss (58)-(59).

6.3 Endring av kontraktspart

6.3.1 Generelt

Nedenfor i punkt 6.3.2 vil jeg drøfte i hvilke tilfeller en endring av kontraktspart på oppdragsgiversiden skal anses som vesentlig. I punkt 6.3.3. vil jeg drøfte det tilsvarende spørsmålet for leverandørsiden. Endelig vil jeg i punkt 6.3.4 drøfte hvilken betydning det skal tillegges at kontrakten selv åpner for et etterfølgende skifte av kontraktspart.

6.3.2 Endring av kontraktspart på oppdragsgiversiden

En utvidelse av kretsen av oppdragsgivere som kan foreta innkjøp i henhold til en inngått kontrakt, vil innebære at den nye oppdragsgiveren ikke har konkurranseutsatt sin etterspørsel. En slik utvidelse vil derfor innebære en vesentlig endring av kontrakten.¹¹⁸

Endring av kontraktspart på oppdragsgiversiden kan også forekomme ved at oppdragsgiver overdrar kontrakten til en annen oppdragsgiver, eller ved privatisering av tidligere offentlige aktiviteter. Siden kontrakten slik den foreligger da vil være inngått i henhold til anskaffelsesregelverket, kan det neppe reises avgjørende prinsipielle betenkeligheter mot denne typen partsskifte, forutsatt at kontrakten for øvrig ikke endres.¹¹⁹

¹¹⁸ Steinicke/Groesmeyer (2008) s. 777 og Krüger (2004) s. 98.

¹¹⁹ Krüger (2004) s. 97-98.

6.3.3 Endring av kontraktspart på leverandørsiden

En endring av kontraktspart på leverandørsiden vil innebære at den nye leverandøren ikke har deltatt i anskaffelsesprosedyren. Den nye leverandøren vil dermed ikke være vurdert i henhold til premissene for konkurransen. Dette tilsier at en slik endring som utgangspunkt vil være vesentlig. I Pressetext-avgjørelsen la EU-domstolen i premiss (40), i tråd med dette til grunn at

«[i] almindelighed skal udskiftningen med en ny medkontrahent af den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, betragtes som en ændring i de væsentlige bestemmelser i den pågældende offentlige kontrakt, med mindre der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktsbestemmelser, f. eks. som en underentreprise.»

Samme utgangspunkt er oppstilt av KOFA.¹²⁰

Det første spørsmålet det må tas stilling til er hva som skal anses som en endring av kontraktspart på leverandørsiden i anskaffelsesregelverkets forstand. Offentlige kontrakter tildeles normalt til selskaper. Utgangspunktet i norsk rett er at selskaper er egne rettssubjekter, atskilt fra selskapets eiere.¹²¹ En endring på eiersiden i et selskap vil derfor ikke innebære noen formell endring av kontraktspart. I Pressetext-avgjørelsen la EU-domstolen i premiss (51)-(52) således til grunn at et en endring av hvem som er aksjonærer i et børsnotert aksjeselskap i utgangspunktet er irrelevant, med forbehold for «undtagelsestilfælde, som f. eks. ved adfærd, der tilsigter at omgå fællesskapsbestemmelserne om offentlige kontrakter.» Det samme måtte gjelde for «et registreret andelsselskap med begrænset hæftelse.»

¹²⁰ Se KOFA-2003-163, KOFA-2008-37 premiss (23), KOFA-2008-137 premiss (29), KOFA-2008-205 premiss (46) og KOFA-2010-4 premiss (39).

¹²¹ Woxholth (2007) s. 99 flg.

Domstolen tok ikke stilling til hvordan utskiftinger på eiersiden i et ansvarlig selskap skal bedømmes. Det som kunne tale for å bedømme ansvarlige selskaper annerledes, er den ofte tettere forbindelsen mellom deltakerne og selskapet, som særlig kommer til uttrykk gjennom at deltakerne er ubegrenset og solidarisk ansvarlige for selskapets forpliktelser, jf. selskapsloven¹²² § 2-4 første ledd, og at det som hovedregel kreves enstemmighet hos deltakerne for at selskapet skal kunne fatte vedtak, jf. selskapsloven § 2-12 første ledd annet punktum. Disse innvendingene er imidlertid, etter min mening, ikke tilstrekkelig tungtveiende veid opp mot hensynet til konsekvens i regelverket og hensynet til å ikke begrense omsetningslivet. Min konklusjon er derfor at heller ikke en utskifting i eierposisjonen i et ansvarlig selskap skal anses som en utskifting av kontraktspart i anskaffelsesregelverkets forstand, med mindre transaksjonen har karakter av omgåelse.

Spørsmålet blir så hvilke unntak som kan oppstilles fra hovedregelen om at utskifting av kontraktspart på leverandørsiden innebærer en vesentlig endring. I praksis er det åpnet for unntak dersom det er tilstrekkelig grad av *identitet* mellom den opprinnelige og den nye kontraktsparten.

Identitetssynspunktet ble fremhevet i Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i Pressetext-avgjørelsen premiss (53) flg. og er også fremhevet av Arrowsmith (2005) s. 408 flg. og Dragsten/Lindalen (2005) s. 376. Etter min mening bør man være varsom med å trekke slutninger ut fra selve identitetsbegrepet. Identitet er slik jeg ser det kun navnet på et resultat man kommer til ved å anvende de relevante rettskildene.

I Pressetext-avgjørelsen kom EU-domstolen, under henvisning til at APA-OTS utelukkende var eid av APA, at APA hadde styringsrett over APA-OTS, at det forelå en avtale mellom selskapene om overføring av inntekter og tap, at selskapene heftet solidarisk overfor oppdragsgiver, og at det ikke ville finne sted endringer i den samlede ytelsen, i premiss (45) til at endringen av kontraktspart, kun ga uttrykk for en

¹²² Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper.

«intern omstrukturering hos medkontrahenten, der ikke i væsentlig grad ændrer de oprindelige kontraktsbestemmelser.» (Mine understreknings). Domstolen fremholdt i premiss (54) at en betingelse for at det skal være tale om en intern omstrukturering, er at «den tidligere tjenesteyder fortsat påtager sig ansvaret for de kontraktsmessige forpligtelser.» Overføring av kontrakt til en underleverandør som ikke har deltatt i konkurransen om anskaffelsen, kan i tråd med dette kun aksepteres dersom leverandøren fortsetter å være ansvarlig for kontraktsforpliktelsene, jf. KOFA-2008-205, premiss (46). I denne saken kom KOFA til at det var tale om en overføring av selve oppfyllelsesansvaret, slik at kontrakten var vesentlig endret. I KOFA-2010-4 bygget klagenemnda på samme rettsoppfatning, men fant i den konkrete vurderingen at det ikke var tale om en overføring av oppfyllelsesansvaret, men en lovlig bruk av underleverandør. Av avgjørelsens premiss (44) fremgår det at det avgjørende ved vurderingen av hvem som har oppfyllelsesansvaret, er «hvem ... [oppdragsgiver] skal forholde seg til for eksempel ved kontraktsmislighold.»

Den svenske Nämnden for offentlig upphandling har visstnok lagt til grunn at heller ikke det at en oppkjøpt leverandørs virksomhet innlemmes i et annet selskap vil utgjøre en vesentlig endring av kontrakten, selv om det blir nødvendig å endre navn på partene i kontrakten.¹²³ Forsynings- og administrasjonsdepartementet har antatt at det samme må gjelde i relasjon anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav j, hvor et vilkår for å anvende bestemmelsen er at tilleggsarbeidene eller tilleggstjenestene «tildeles samme leverandør».¹²⁴ Standpunktet er etter mitt syn riktig som hovedregel, ettersom den tidligere og den nye leverandøren i realiteten vil være den samme. En annen løsning ville dessuten kunne virke uforholdsmessig begrensende på omsetningslivet. Etter min mening må det imidlertid gjøres unntak dersom transaksjonen har karakter av omgåelse. Videre vil det kunne måtte gjøres unntak dersom bare en del av leverandørens virksomhet overtas av et annet selskap. Det kan da tenkes at leverandøren slutter med produksjon av den aktuelle ytelsen og selger denne delen av virksomheten. I et slikt

¹²³ Dragsten/Lindalen (2005) s. 376.

¹²⁴ Forsynings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2006) s. 100.

tilfelle vil den nye leverandøren ikke ha deltatt i anskaffelsesprosedyren.¹²⁵

Endring av kontraktspart som følge av at den opprinnelige leverandøren går konkurs, fordrer en særskilt drøftelse. Dersom oppdragsgiver selv overdrar kontrakten til et nytt rettssubjekt, vil det foreligge en vesentlig endring, jf. KOFA-2003-163 og Det svenske konkurrenceverkets beslut av 3. mars 2010 (Konkurrenceverket mot Söderköpings kommun) på side 5. Oppdragsgiver vil imidlertid ofte ikke ha vært i stand til å forutse konkursen, og dersom oppdragsgiver i tillegg ikke kan utsette kontraktsoppfyllelsen til en ny anskaffelsesprosess er foretatt, kan unntakene i anskaffelsesforskriften §§ 2-1 annet ledd bokstav c. og 14-4 bokstav d. komme oppdragsgiver til unnsetning. Et mer tvilsomt spørsmål er imidlertid om en overdragelse av kontrakten prinsipielt vil være utelukket dersom det er *konkursboet* som overdrar kontrakten. Et grunnvilkår er selvsagt konkursboet privatrettslig har adgang til å tre inn i kontrakten, noe det som hovedregel har, jf. dekningsloven¹²⁶ § 7-3. Det fellesskapsrettslige anskaffelsesregelverket har ikke til formål å begrense konkursboets handlefrihet. Videre vil det ikke være oppdragsgiver, men konkursboet som forhandler med tredjemann om overdragelse av kontrakten, hvilket vil redusere faren for omgåelse av regelverket. I forlengelsen av dette kan det i nyere praksis fra EU-domstolen spores en tendens til større forståelse for behovet for en fleksibel og pragmatisk fortolkning av anskaffelsesregelverket. Konklusjonen er etter dette at en overdragelse fra konkursboet trolig ikke er utelukket.¹²⁷

6.3.4 Kontraksbestemmelser om endring av kontraktspart

Anskaffelsesregelverket vil også begrense adgangen til å påberope kontraksbestemmelser som åpner for en etterfølgende endring av kontraktspart. De rettspolitiske betraktningene som taler for å innskrenke adgangen til å påberope denne

¹²⁵ Dragsten/Lindalen (2005) s. 376.

¹²⁶ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.

¹²⁷ Foredrag av Steen Treumer 14. september 2010. www.dffudk.dk/media/863/kontraktændringer.ppt [Sitert 3. oktober 2010].

typen endringsbestemmelser, ligger imidlertid i et noe annet plan enn for kontraktsbestemmelser om endring tilknyttet realytelsen og av kontraktsbetingelsene. I de to sistnevnte tilfellene vil problemet først og fremst knytte seg til endringsbestemmelsenes *utforming*. For bestemmelser om endring av kontraktspart er ikke problemet bestemmelsens utforming, men *eksistens*.

En utvidelse av kretsen av oppdragsgivere som kan foreta innkjøp i henhold til en inngått kontrakt, vil som det fremgikk av punkt 6.3.2 utgjøre en vesentlig endring ettersom utvidelsen vil innebære at den nye oppdragsgiveren ikke har konkurranseutsatt sin etterspørsel. Dette vil være tilfelle selv om kontrakten åpner for en senere utvidelse av oppdragsgiverkretsen. En slik endringsbestemmelse vil derfor trolig ikke kunne tillegges betydning.

Når det gjelder spørsmålet om i hvilken utstrekning en kontraktsbestemmelse om endring av kontraktspart på leverandørsiden kan påberopes, uttalte som tidligere nevnt EU-domstolen i Pressetext-avgjørelsen i premiss (40) at utskifting av medkontrahent som hovedregel skal anses som en vesentlig endring «med mindre der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktsbestemmelser, f. eks. som en underentreprise.» Lest isolert kan uttalelsen tas til inntekt for at en endring av kontraktspart med grunnlag i den opprinnelige kontrakten ikke skal anses som vesentlig. En slik forståelse er imidlertid etter min mening problematisk.¹²⁸ En endring av kontraktspart på leverandørsiden vil som nevnt innebære at den nye leverandøren ikke har deltatt i anskaffelsesprosedyren, og dermed ikke vil være vurdert i henhold til premissene for konkurransen. Dette vil unektelig komme i konflikt med konkurranseprinsippet i anskaffelsesloven § 5 annet ledd, og derigjennom også med likebehandlingskravet. At kontrakten selv åpner for endring av kontraktspart, kan ikke bøte på dette. EU-domstolens henvisning til underentrepriskontrakter kan videre synes å indikere at domstolen uttalte seg om et annet spørsmål enn det som drøftes her. En

¹²⁸ Motsatt Liljenbøl (2010) s. 4, som på bakgrunn av Pressetext-avgjørelsen antar at «udskifting af en kontraktspart ikke kan anses for væsentlig, hvis dette er forudsat i kontrakten eller følger af national lovgivning.»

underentreprise er en entreprisekontrakt hvor entreprenøren lar en annen entreprenør utføre en del av de forpliktelsene som omfattes av entreprenørens kontrakt med byggherren. Entreprenøren vil likefullt fortsatt hefte overfor byggherren. En underentreprise innebærer således ikke noen utskifting av kontraktspart.

At kontraktsbestemmelser om endring av kontraktspart på leverandørsiden ikke kan tillegges betydning, understøttes av KOFA-2008-37. I denne saken hadde Oppland fylkeskommune inngått en rammeavtale med Solør Turbuss AS om offentlig betalt transport. Kontrakten kunne overdras til tredjemann ved skriftlig forhåndssamtykke fra oppdragsgiver. Solør Turbuss AS fikk ikke rekruttert tilstrekkelig antall sjåfører eller anskaffet tilstrekkelig antall minibusser, og i henhold til overdragelsesklausulen ble kontrakten overdratt til Gjøvik Taxi ANS. Klagenemnda la i premiss (24)-(25) til grunn at Gjøvik Taxi ANS var et annet rettssubjekt enn Solør Turbuss AS, og at Gjøvik Taxi ANS ikke hadde levert inn tilbud i konkurransen. På den bakgrunn konkluderte klagenemnda med at det i realiteten dreide seg om en ny kontrakt. Etter klagenemndas syn hadde det «ingen betydning at rammeavtalen hadde bestemmelser om overdragelse av kontrakt.» (Mine understrekninger). I samme retning går Det svenske konkurrenseverkets beslut av 3. mars 2010 (Konkurrenseverket mot Söderköpings kommun). I denne saken inneholdt den opprinnelige kontrakten en reforhandlingsklausul. Ved vurderingen av betydningen av reforhandlingsklausulen førte Konkurrenseverket et lignende resonnement, og fremholdt i tillegg at «medvetna kringgåenden av upphandlingsreglarna...skulle kunna bli effekten om byte av motpart tilläts i alltför stor omfattning.»

Konklusjonen er etter dette at kontraktsbestemmelser som åpner for endring av kontraktspart på leverandørsiden normalt ikke kan tillegges betydning.

7. AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

De ovenstående drøftelsene har vist at det etter gjeldende rett er en viss adgang til å foreta endringer i et eksisterende kontraktsforhold uten at endringen skal anses for inngåelse av en ny kontrakt. Anskaffelsesregelverket begrenser imidlertid endringsadgangen i betydelig grad. For endringer tilknyttet realytelsen og av kontraktsbetingelsene, vil endringsadgangen være romsligere dersom den opprinnelige kontrakten regulerer adgangen til å foreta etterfølgende endringer, forutsatt at kontraktsreguleringen tilfredsstillende anskaffelsesregelverkets krav.

Dersom det under gjennomføringen av en kontrakt oppstår behov for å foreta endringer som ikke er hjemlet i den opprinnelige kontrakten, vil oppdragsgiver kunne bli påført merkostnader og tidsheft forbundet med å gjennomføre ny anskaffelsesprosess. I mange tilfeller kunne en slik situasjon vært unngått dersom kontrakten inneholdt bestemmelser som tilstrekkelig klart, presist og objektivt åpnet for den aktuelle endringen.

Når oppdragsgiver skal foreta en anskaffelse innenfor et område hvor det er påregnelig at det vil oppstå behov for etterfølgende endringer, bør denne derfor grundig utrede det fremtidige endringsbehovet. Oppdragsgiver bør innta endringsbestemmelser i kontrakten som er egnet til å fange opp det eventuelle endringsbehovet, og i så fall gjøre seg flid med utformingen.

8. KILDER

8.1 Lover

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

Lov nr. 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven).

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

8.2 Forskrifter

Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 (anskaffelsesforskriften). Opphevet fra 1. januar 2007, jf. forskrift 20. desember 2006 nr. 1504.

Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndforskriften).

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) (forsyningsforskriften).

8.3 Forarbeider

NOU 1997: 21: Utredning fra Utvalget for revidering av det statlige anskaffelsesregelverket.

Ot.prp. nr. 71 (1997-98) om lov om offentlige anskaffelser.

Ot.prp. nr. 62 (2005-06) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

NOU 2010: 2: Håndhevelse av offentlige anskaffelser. Utredning fra Håndhevelsesutvalget.

8.4 Rettsavgjørelser

8.4.1 Norsk Retts Tidende

Rt-1998-956.

Rt-1997-1954.

Rt-1997-1965.

Rt-2002-301.

Rt-2002-391.

Rt-2008-1705.

8.4.2 EU-domstolen

C-337/98 (Matra).

C-19/00 (SIAC).

C-456/06 (Presettext).

C-91/08 (Wall).

C-305/08 (Conisma).

8.5 Klagenemndsavgjørelser

8.5.1 KOFA

KOFA-2003-138 (Klager: Ole K. Karlsen. Innklaget: Oslo kommune v/ Friluftsetaten).

KOFA-2003-163 (Klager: Arkitektlaget AS. Innklaget: Åsnes kommune).

KOFA-2004-14 (Klager: ANI bil AS. Innklaget: Sogn og Fjordane Fylkeskommune).

KOFA-2004-16 (Klager: Ementor Norge AS. Innklaget: Helsebygg Midt-Norge).

KOFA-2005-40 (Klager: Servicegrossistene AS. Innklaget: Forsvarets logistikkorganisasjon).

KOFA-2005-68 (Klager: Erstad & Lekven Utbygging AS. Innklaget: Stord kommune).

KOFA-2005-100 (Klager: Valdres Ambulanse. Innklaget: Sykehuset Innlandet HF).

KOFA-2005-256 (Klager: Automatikk og Hygiene Partner AS. Innklaget: Helsebygg Midt-Norge HF).

KOFA-2006-22 (Klager: Risør og Tvedestrand Bilruter AS. Innklaget: Sørlandet Sykehus HF).

KOFA-2006-112 (Klager: Th. Johansen & Sønner AS. Innklaget: Stange kommune).

KOFA-2008-5 (Klager: Storfjord Arbeiderparti v/ leder Terje Malin og vararepresentant Solveig Sommerseth og Fellelista v/ Arvid Lilleng. Innklaget: Storfjord kommune).

KOFA-2008-37 (Klager: Raufoss Taxi AS. Innklaget: Sykehuset Innlandet HF, Oppland fylkeskommune og Hedmark Trafikk).

KOFA-2008-137 (Klager: Fuglesang-Dahl AS. Innklaget: Nord-Trøndelag fylkeskommune).

KOFA-2008-205 (Klager: Raufoss Taxi ANS. Innklaget: Sykehuset Innlandet HF, Oppland fylkeskommune og Hedmark Trafikk FKF).

KOFA-2008-217 (Klager: Asle Eidsvoll AS og Midt Telemark Entreprenør AS. Innklaget: Nome kommune).

KOFA-2009-42 (Klager: Næringslivets hovedorganisasjon (NHO). Innklaget: Forsvarsbygg).

KOFA-2009-46 (Klager: Lystind DA. Innklaget: Norges forskningsråd).

KOFA-2009-97 (Klager: Berg-Hansen Nord-Norge AS. Innklaget: Nordlandssykehuset HF).

KOFA-2009-208 (Klager: Jørn Bekkevold Gårdsdrift. Innklaget: Drammen kommune).

KOFA-2009-232 (Klager: Sund Frp. Innklaget: Sund kommune).

KOFA-2009-0246 (Klager: Demokratene Askøy. Innklaget: Askøy kommune).

KOFA-2009-279 (Klager: Fron Rehabiliteringssenter. Innklaget: NAV Drift og utvikling).

KOFA-2010-4 (Klager: Demokratene Askøy. Innklaget: Askøy kommune).

KOFA-2010-23 (Klager: Bergen-Nordhordland Rutelag (BNR). Innklaget: Helse Sunnmøre HF).

KOFA-2010-68 (Klager: Jørn Bekkevold Gårdsdrift. Innklaget: Drammen kommune).

KOFA-2010-96 (Klager: Simarud Electronic AS. Innklaget: Politiets data- og Materielltjeneste).

KOFA-2010-179 (Klager: Thore Magnussen og sønn AS. Innklaget: Vestvågøy kommune).

KOFA-2010-197 (Klager: GemiNor AS. Innklaget: Sunnhordland Interkommunale Miljøverk IKS, Nordhordland og Gulen Interkommunale Renovasjonsselskap).

KOFA-2010-212 (Klager: Norske Laboratorieleverandørers Forening. Innklaget: Helse Bergen HF).

KOFA-2011-8 (Klager: Nils Berner. Innklaget: Oppegård kommune).

8.5.2 Klagenævnet for Udbud

Kjennelse av 18. november 1994 (Danmarks Optikerforening mot Aalborg Kommune).

Kjennelse av 29. september 2003 (Unicomputer A/S mot Greve Kommune).

Kjennelse av 5. november 2003 (Tilsynsrådet Statsamtet Storstøm mot Rønnede Kommune).

Kjennelse av 10. juli 2008 (European Land Solutions Ltd. mot Kystdirektoratet).

Kjennelse av 21. april 2009 (Hoffmann A/S mot Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo). (Gjengitt fra Dragsten (2010) s. 38).

8.5.3 Nämnden för offentlig upphandling og Konkurrenceverket

Bedömning 2000/0292-26 (Anders Björk mot Stockholms stad).

Utrykt og ikke nærmere angitt avgjørelse gjengitt fra Dragsten/Lindalen (2005) s. 376.

Beslut av 3. mars 2010 (Konkurrenceverket mot Söderköpings kommun).

8.6 Standardkontrakter

NS 8405

NF 07

NTK 07

8.7 Litteratur

- Alterskjær...[et al.] (2008) Bjørnar Alterskjær, Erling Hjelmeng, Robert Lund og Thomas Nordby: *Statsstøtte. EØS-avtalens regler om offentlig støtte*. Oslo, 2008.
- Amdal/Roll-Matthiesen (2004) Gro Amdal / Inger Roll-Matthiesen: *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave*. 2. utgave, Oslo, 2004.
- Arrowsmith (2005) Sue Arrowsmith: *The Law of Public and Utilities Procurement*. 2. utgave, London, 2005.
- Barbo (1997) Jan Einar Barbo: *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Oslo, 1997.
- Dahle Trygstad (2006) Kristian Dahle Trygstad: *Tildeling av offentlige kontrakter. Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*. Oslo, 2006.
- Dragsten (2010) Marianne H. Dragsten: «Endringer i inngåtte kontrakter.» I: *Tidsskrift for KS Innkjøpsforum, Forsyning*, nr. 1/2010, s. 38-40.
- Dragsten/Lindalen (2005) Marianne H. Dragsten / Esther Lindalen: *Offentlige anskaffelser. Kommentartutgave*. 2. utgave, Oslo, 2005.
- Eckhoff/Helgesen (2001) Torstein Eckhoff / Jan E. Helgesen: *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2001.
- Helset (1986) Per Helset: «Innledning til rettskildelæren.» I: *Jussens Venner* (1986) s. 261-297.
- Kaasen (2006) Knut Kaasen: *Petroleumskontrakter. Med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2006.

- Krüger (2004) «Autonomispørsmål ved offentlige anskaffelser. Hvor fritt står anskaffelsesmyndigheten?» I: Karsten Naundrup Olesen og Michael Steinicke (red.): *Udførelse af offentlig opgave via kontrakt*. 2004.
- Krüger (2010a) Kai Krüger: «Kontraktsrettslige virkninger av anbudsfeil ved offentlige anskaffelser (upphandling - udbud).» I: Göran Lambertz, Stefan Lindskog, Mikael Möller (red.): *Festskrift till Torgny Håstad*. Uppsala, 2011.
- Krüger (2010b) Kai Krüger: «Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse.» I: Jan Einar Barbo, Lasse Simonsen (red.): *På rett grunn. Festskrift til norsk forening for Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*. Oslo, 2010.
- Liljenbøl (2010) Morten Wahl Liljenbøl: «Ændringer i bestående kontraktforhold - udbudsretlige utfordringer i Offentlig-Privat-Partnerskab (OPP).» I: *Tidsskrift for Bolig- og Byggeret*, nr. 15/2010, s.1-8.
- Lund Meyer (1998) Peter Lund Meyer: *EU's udbudsregler*. København, 1998.
- Marthinussen...[et al.] (2010) Karl Martiniussen, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8505 med kommentarer*. 3. utgave. Oslo, 2010.
- Nielsen (2005) Ruth Nielsen: *Udbud af offentlige kontrakter*. 3. utgave. København, 2005.

Sejersted...[et al.] (2011)	Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole Andreas Rognstad, Olav Kolstad: <i>EØS-rett</i> . 3. utgave. Oslo, 2011
Steinicke/Groesmeyer (2008)	Michael Steinicke / Lise Groesmeyer: <i>EU's Udbudsdirektiver med kommentarer</i> . 2. utgave. København, 2008.
Woxholth (2007)	Geir Woxholth: <i>Selskapsrett</i> . 2. Utgave. Oslo, 2007.
Woxholth (2009)	Geir Woxholth: <i>Avtalerett</i> . 7. utgave, Oslo, 2009.

8.8 Internasjonale rettskilder

Direktiv 2004/17/EF (EUs hoveddirektiv for forsyningssektoren).

Direktiv 2004/18/EF (EUs hoveddirektiv for «klassisk sektor»).

Direktiv 2007/66/EF (EUs håndhevelsesdirektiv).

Traktat om den Europeiske Union (Unionstraktaten).

Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte.

WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (Government Procurement Agreement – GPA-avtalen).

8.9 Diverse

KPMGs utredning av samfunnsøkonomiske konsekvenser ved bruk av Offentlig Privat samarbeid (OPS) til Næringslivets Hovedorganisasjon og Selmer Skanska A/S 2003.

<http://www.nho.no/files/Kap1.pdf> [Sitert 31. oktober 2011].

EU-kommissionens Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner (2004).

KOFAS årsrapport 2004. http://www.kofa.no/PageFiles/50/%c3%85rsrapport_2004.pdf [Sitert 31. oktober 2011].

Forsynings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2006).

Den danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne (2006).

Rapport fra konsulentfirmaet Asplan Viaks til Fornyings- og administrasjonsdepartementet 2008.

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/rapport_offentlige_anskaffelser_terskelverdier.pdf [Sitert 31. oktober 2011].

Nyhets sak fra Difi 12. august 2010. <http://www.anskaffelser.no/nyheter/2010/03/stort-effektiviseringspotensiale-i-offentlige-anskaffelser> [Sitert 31. oktober 2011].

Foredrag av Steen Treumer 14. september 2010.

www.dffudk.dk/media/863/kontraktændringer.ppt [Sitert 3. oktober 2010].

Advokatfirmaet Simonsens veileder for anskaffelse av konsulenttjenester til Difi 2010.

http://www.anskaffelser.no/filearchive/veileder-anskaffelse-av-konsulenttjenester-20100311_1.pdf [Sitert 31. oktober 2011].

E-post fra Marianne Dragsten av 19. september 2011

