

UiO : **Det juridiske fakultet**

Varigheten av kontrakter inngått etter anskaffelsesregelverket

Begrensninger for varigheten av offentlige vare- og tjenstekontrakter

Kandidatnummer: 556

Leveringsfrist: 25.4.2017

Antall ord: 17 854



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Kontraktstypene	3
1.3	Rettskildesituasjonen	4
2	KONKURRANSEPRINSIPPET I ANSKAFFELSESRETTEN	7
2.1	Innledning	7
2.2	Konkurranseprinsippets funksjoner	8
2.3	Konkurranseprinsippets materielle innhold	10
2.4	Forholdet til andre prinsipper i anskaffelsesretten	11
3	KONTRAKTSVARIGHET	13
3.1	Innledning	13
3.2	Forholdet til kontraktsretten.....	14
3.3	Tidsbegrensede kontrakter	15
3.3.1	Innledning	15
3.3.2	Varighetens konkurransebegrensende effekt.....	19
3.3.3	Forhold som kan tilsi lang kontraktperiode	22
3.3.4	Krav til begrunnelse og dokumentasjon	27
3.3.5	Tidsbegrensede kontrakter med oppsigelsesklausul.....	27
3.4	Tidsubegrensede kontrakter	29
3.4.1	Om adgangen til å inngå en tidsubegrenset kontrakt.....	29
3.4.2	Oppdragsgivers oppsigelsesplikt	32
3.4.3	Kontrakter inngått før ikrafttredelsen av anskaffelsesregelverket.....	36
3.4.4	Tidsubegrensede kontrakter med bindingstid.....	40
4	HÅNDHEVELSE OG VIRKNINGER	42
4.1	Innledning	42
4.2	Tidsbegrensede kontrakter – det er fastsatt en for lang varighet	42
4.3	Tidsubegrensede kontrakter – unnlatt oppsigelse	43
5	AVSLUTNING	46
	KILDELISTE	47

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er hvilke begrensninger som gjelder for varigheten av en kontrakt inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser. Problemstillingen kan også formuleres som et spørsmål om hvor ofte en offentlig kontrakt må konkurranseutsettes.

Anskaffelsesregelverket inneholder detaljerte regler om fremgangsmåten til offentlige aktører ved innkjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider.¹ Reglene innebærer i korte trekk at leverandører skal velges på bakgrunn av en formalisert og rettferdig konkurranse mellom alle potensielle leverandører.² Det tilbudet som etter objektive kriterier er best, skal velges. Kravet til «konkurranse» kommer til uttrykk gjennom flere enkeltbestemmelser i regelverket, i tillegg til å utgjøre ett av flere grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten.³

Regelverkets hovedformål er å sikre effektiv ressursbruk og ivareta samfunnets interesser på området for offentlige innkjøp, samt forhindre korrupsjon og kameraderi.⁴ Regelverket bygger på en formodning om at offentlige aktører ikke har samme insentiv som private til å opptre økonomisk rasjonelt, siden de ikke er underlagt samme konkurranse og krav til effektivitet og inntjening.⁵ En nærmere forklaring ligger nok i at det er fellesskapets midler som blir brukt, og at aktøren derfor ikke selv bærer de økonomiske konsekvensene av en dårlig disposisjon. Offentlige aktører har også andre hensyn å ivareta enn de rent kommersielle hensyn, slik at full kontraktsfrihet ikke alltid vil gi et resultat i samfunnets interesse.⁶ I et EU/EØS-perspektiv skal regelverket bidra til realiseringen av et felles indre marked på EØS-området, ved å sikre fri etableringsrett og fri flyt av varer og tjenester på tvers av landegrensene.⁷ Dette betyr at også utenlandske leverandører skal få muligheten til å delta i en konkurranse om et offentlig oppdrag fra norske myndigheter.

For å sikre at konkurransen er effektiv, inneholder anskaffelsesregelverket ikke bare krav til prosessen forut kontraktsinngåelse, men også enkelte krav knyttet til kontraktsfasen. Det kan for eksempel ikke fastsettes krav til oppfyllelsen som favoriserer en bestemt leverandør,⁸ og

¹ Jf. Lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA) og forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (FOA).

² Normalt i form av en anbudskonkurranse, jf. FOA §§ 8-3 og 13-1 (1).

³ Jf. LOA § 4.

⁴ Jf. LOA § 1 og Prop. 51 L (2015-2016) side 35.

⁵ NOU 2010:2 side 46.

⁶ Den offentlige aktør omtales heretter som «oppdragsgiver», som omfatter de juridiske personer som er nevnt i LOA § 2 annet ledd og FOA § 1-2.

⁷ Jf. Direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet) fortalen avsnitt 1.

⁸ Jf. FOA §§ 8-5 (3) og 15-1 (4).

det er begrenset hvilke endringer som lovlig kan gjøres i en eksisterende kontrakt uten at det må avholdes en ny konkurranse om det aktuelle oppdraget.⁹

Anskaffelsesregelverket inneholder derimot ikke uttrykkelige regler om kontraktens varighet, med unntak for «rammeavtaler».¹⁰ I denne oppgaven avgrenses det mot rammeavtaler. Spørsmålet er om *konkurranseprinsippet* danner grunnlag for egne regler om løpetiden for alminnelige offentlige kontrakter, og i så fall hvilke.¹¹ Spørsmålet oppstår fordi langvarige kontrakter kan ha en uheldig virkning på konkurransesituasjonen og fremstå som en omgåelse av regelverket. Lang kontraktsperiode betyr at oppdragsgiveren har dekket sitt behov for en lengre periode, og dette avskjærer mulighetene for andre leverandører til å oppnå de samme leveransene i et langt tidsrom. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har passende uttalt at meget langvarige offentlige kontrakter kan «etablere et reelt leverandørmonopol i strid med forutsetningen om at alle offentlige oppdrag skal være gjenstand for konkurranse».¹² EU-domstolen har tilsvarende gitt uttrykk for at tidsubestemte kontrakter ikke er forenlige med formålet bak anskaffelsesregelverket.¹³

I forarbeidene til anskaffelsesloven er det påpekt at det i praksis ofte råder en misforståelse om hvilke begrensninger som gjelder for varigheten av offentlige kontrakter.¹⁴ Det er også ulike oppfatninger om dette i juridisk litteratur, ikke minst om hvilke regler som *bør* gjelde. Et siktemål med denne oppgaven er derfor å rette oppmerksomheten mot de anskaffelsesrettslige spørsmålene som langvarige kontrakter reiser, og på den måten øke bevisstheten hos aktørene om de begrensninger anskaffelsesregelverket setter.¹⁵

Det finnes lite – eller ingen – domstolpraksis om kontraktsvarighet. Det betyr ikke at problemstillingen er lite aktuell. Spørsmål knyttet til kontraktens løpetid har flere ganger vært oppe hos KOFA. Det er også grunn til å tro at det finnes «mørketall», fordi den praktiske håndhevelsen av de spørsmål som oppstår er vanskelig.¹⁶ Dette gjelder særlig i relasjon til tidsubegrensede kontrakter, der varigheten ikke kan angripes allerede ved kontraktsinngåelse.

⁹ jf. FOA §§ 11-2 og 28-1 flg.

¹⁰ For rammeavtaler gjelder det i utgangspunktet en begrensning på fire år, jf. FOA §§ 11-1 (4) og 26-1 (4).

¹¹ Konkurransesprinsippet omtales nærmere i oppgavens kapittel 2.

¹² Sak 2010/23 avsnitt 39. Regler for varigheten av tidsbegrensede avtaler behandles i punkt 3.3

¹³ C-454/06 *Pressetext*, avsnitt 73. Regler for varigheten av tidsubegrensede avtaler omtales i punkt 3.4.

¹⁴ NOU 2014:4 side 134.

¹⁵ Dette er en rettsdogmatisk fremstilling. Det vil fremgå uttrykkelig eller av sammenhengen der jeg kommer med rettspolitiske synspunkter.

¹⁶ Håndhevelse og virkninger blir kort behandlet i oppgavens kapittel 4.

1.2 Kontraktstypene

Problemstillingen aktualiserer seg først og fremst for kontrakter som knytter seg til et løpende og (mer eller mindre) konstant behov hos oppdragsgiver. Dette gjelder typisk kategoriene *vare-, eller tjenestekontrakter*.¹⁷ Her kan nevnes avtaler om forsikring, levering av forbruksmateriell, eller søppelinnsamling.¹⁸ Dette er kontrakter som ofte med kun mindre justeringer kan tenkes å løpe i lange perioder.

Det avgrenses mot *bygge- og anleggskontrakter*.¹⁹ Disse har som regel et naturlig opphørstidspunkt, nemlig når det aktuelle bygge- eller anleggsprosjektet er ferdig. Hovedregelen må være at et prosjekt kan fullføres uten at kontraktstiden anses å være for lang.²⁰ Selv om også bygge- og anleggsprosjekter kan strekke seg over lang tid, er hensynet til effektiv konkurranse tilstrekkelig ivaretatt gjennom den første anskaffelsesprosessen: Det er selve prosjektet som er gjenstand for konkurranse og det ligger normalt for dagen hvor lang tid prosjektet (omtrent) vil ta. Potensielle leverandører har dermed god mulighet til å ta høyde for tidsaspektet ved vurderingen av om de skal delta i konkurransen og i utformingen av sine tilbud. Dersom et bygge- eller anleggsprosjektet skulle vise seg å ta (vesentlig) lenger tid enn først antatt, vil hovedformålet bak anskaffelsesreglene, «effektiv bruk av samfunnets ressurser», uansett tale med tyngde for at opprinnelig valgte leverandør står gjennom hele prosjektet.²¹ Det er sjeldent økonomisk forsvarlig å slippe til en ny entreprenør (leverandør) på et halvferdig prosjekt. Det kan likevel oppstå situasjoner der utviklingen prosjektet, i retning mot en vesentlig forlenget kontraktstid, tilsier at det bør gjennomføres en ny konkurranse om de gjenstående arbeider. Denne situasjonen håndteres imidlertid av endringsreglene, som faller utenfor oppgaven.²²

Det avgrenses også mot konsesjonskontrakter. Spørsmål om kontraktsvarighet kan også komme på spissen for konsesjonskontrakter, først og fremst tjenestekonsesjonskontrakter. Denne kontraktstypen skiller seg imidlertid karaktermessig fra «alminnelige» kontrakter og er regulert i egen forskrift.²³ En konsesjonskontrakt kjennetegnes ved at vederlaget består av retten til å utnytte tjenestene, og hvor driftsrisikoen er overført til leverandøren. Det gjør seg derfor gjeldende til dels andre hensyn med betydning for vurderingen av kontraktstiden, og plassen tillater ikke en redegjørelse for disse i denne fremstillingen.

¹⁷ Jf. FOA § 1-1, jf. § 4-1 bokstav b og c.

¹⁸ Den mye medieomtalte kontrakten mellom Oslo kommune og Veireno om søppelinnsamling i Oslo ble opprinnelig inngått for en periode på fem år, med rett til forlengelse på nye tre år.

¹⁹ Jf. LOA § 2 tredje alternativ og FOA § 1-1 tredje alternativ.

²⁰ Dragsten (2013) side 735.

²¹ Jf. LOA § 1.

²² Se FOA §§ 11-2 og 28-1 flg.

²³ Forskrift av 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter.

1.3 Rettskildesituasjonen

Et kjennetegn ved det norske regelverket om offentlige anskaffelser, er at det meste er regulert gjennom anskaffelsesforskriften. De detaljerte prosedyrereglene er gitt i forskriften, mens anskaffelsesloven (kun) angir grunnleggende krav til alle offentlige anskaffelser, i tillegg til bestemmelser om håndheving og virkninger.²⁴ Det finnes som nevnt ikke konkrete forskriftsbestemmelser om kontraktsvarighet, og det rettslige utgangspunktet for oppgavens problemtilling er derfor det generelle konkurranseprinsippet nedfelt i anskaffelsesloven § 4.

Det foreligger en del *forarbeider* i tilknytning til regelverket om offentlige anskaffelser. Av størst interesse for denne fremstillingen er Forenklingsutvalgets utredning og departementets lovproposisjon.²⁵ Sammen med innstillingen fra Næringskomiteen,²⁶ utgjør dette de sentrale forarbeidene til någjeldende regelverk. Etter norsk rettskildelære er forarbeidene en viktig rettskilde.²⁷ I anskaffelsesretten har imidlertid forarbeidene mindre rettskildemessig vekt enn hva som er vanlig. Dette er fordi store deler av det norske regelverket gjennomfører Norges forpliktelser etter *EØS-avtalen*, og det er den EØS-rettslige forståelsen av reglene som vil være avgjørende. Selv om Forenklingsutvalget og departementet kommer med flere uttalelser om innholdet og rekkevidden av EUs anskaffelsesdirektiv, er det ikke de som har utformet direktivbestemmelsene. Deres uttalelser om disse bestemmelsene må derfor ses mer som en meningsytring enn som en autorativ instruks.²⁸ For de delene av anskaffelsesregelverket som ikke gjennomfører EU/EØS-retten, vil nasjonale forarbeider ha samme vekt som ellers.²⁹

Som antydnet er kombinasjonen av EU/EØS rett og vanlig nasjonal rett et grunnleggende trekk ved reglene om offentlige anskaffelser.³⁰ Siden det norske anskaffelsesregelverket for det meste er en gjennomføring av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen,³¹ er det nødvendig å kartlegge innholdet i og rekkevidden av de underliggende EU/EØS-reglene.³²

Selve EØS-avtalen inneholder ingen konkrete bestemmelser om offentlige anskaffelser, men de alminnelige reglene og prinsippene om de fire friheter, legger likevel visse føringer for oppdragsgiveren. EØS-avtalens hoveddel gjelder for øvrig bare ved alle anskaffelser av «grenseoverskridende interesse». Med «grenseoverskridende interesse» menes at kontrakten

²⁴ NOU 2014:4 side 59.

²⁵ NOU 2014:4 og Prop.51 L (2015-2016).

²⁶ Innst.358 L (2015-2016).

²⁷ Fleischer (1998) side 108.

²⁸ Sejersted (2011) side 203.

²⁹ Sejersted (2011) side 203.

³⁰ NOU 2010:2 side 30.

³¹ Jf. Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring av hoveddelen i EØS-avtalen (EØS-loven).

³² Jf. EØS-loven § 2 som bestemmer at EØS-rettens regler har forrang i møte med motstridende norske regler.

kan være av interesse for utenlandske leverandører.³³ For disse anskaffelsene vil Norge være forpliktet til å tolke konkurranseprinsippet i LOA § 4 i samsvar med EØS-retten.³⁴

I tillegg til at EØS-avtalen gir visse føringer for alle anskaffelser med grenseoverskridende interesse, er det gjennom direktiver gitt detaljerte bestemmelser om offentlige anskaffelser over en viss verdi.³⁵ Dette fordi offentlige anskaffelser ble ansett som et viktig område under hovedreglene om de fire friheter og fri konkurranse i EU/EØS.³⁶ Dagens norske anskaffelsesregelverk er langt på vei basert på EUs direktiver innen offentlige anskaffelser, hvorav det viktigste i denne sammenheng er direktivet som gjelder for «klassisk sektor»; direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet).³⁷ Direktivet inneholder ingen bestemmelser som direkte regulerer varigheten av alminnelige kontrakter, men direktivets formål og prinsipper kan være av betydning for oppgavens problemstilling. *Direktivets fortale* er ikke tilpasset EØS-avtalen, men er relevant i den grad det er nødvendig for en enhetlig (autonom) tolkning av direktivet.³⁸ Selv om fortalen ikke er bindende, kan den fortelle noe om formålene bak reglene.³⁹ Dermed fyller den noe av samme funksjon som forarbeider gjør i norsk rett.⁴⁰ Det vil bli vist noe til direktivets fortale.

Det er bare for anskaffelser over visse terskelverdier (kalt EU/EØS-terskelverdier) Norge er forpliktet til å gjennomføre direktivbestemmelsene, men lovgiver har valgt å regulere også anskaffelser under terskelverdiene. Dette har ført til en tredeling i forskriften med tre ulike regelsett, der anskaffelsens anslåtte verdi avgjør hvilken del som kommer til anvendelse.⁴¹ Reglene er langt på vei bygget over samme lest, men jo større verdi kontrakten har, jo mer omfattende og detaljert regelsett kommer til anvendelse. Forskriftens del III får anvendelse for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene, og er langt på vei en omskrivning av direktivet, med enkelte tilpasninger og suppleringer.

³³ C-91/08 *Wall* avsnitt 36.

³⁴ C-507/03 *Kommissjonen mot Irland* avsnitt 29 og C-231/03 *Coname* avsnitt 17-19. Jf. også Prop.51 L (2015-2016) side 81 (nederst).

³⁵ Omtalt som «EU/EØS-terskelverdier», jf. FOA § 5-3, jf. § 5-1.

³⁶ NOU 2014:4 side 39 og NOU 2010:2 side 29. Traktaten om den Europeiske unions funksjonsmåte (TEUF).

³⁷ Andre EU-direktiver er 2014/25/EU (forsyningsdirektivet) og 2014/23/EU (konesjonskontraktdirektivet) og 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet).

³⁸ Protokoll 1 til EØS-avtalen, første punkt.

³⁹ Slik EU-domstolen understreker i sak C-7/11 (Fabio Caronna) avsnitt 40.

⁴⁰ Sejersted (2011) side 53.

⁴¹ Jf. FOA § 5-1, jf. § 1-1 og LOA § 2.

Konkurransesprinsippet er nedfelt i anskaffelsesloven, og kommer til anvendelse overfor alle anskaffelser over kroner 100 000.⁴² Sondringen mellom de ulike delene i forskriften er derfor av mindre betydning i denne oppgaven. Hvorvidt en anskaffelse er over eller under EU/EØS-terskelverdiene, kan likevel ha en viss betydning for den nærmere avveiningen mellom ulike hensyn.⁴³ Dette fordi formålene bak regelverket er til dels forskjellig på det nasjonale plan og i EU/EØS-retten.

EU-domstolens praksis om EU-retten og anskaffelsesdirektivet er en svært viktig rettskilde i anskaffelsesretten. «Homogenitetsmålsettingen» innebærer at Norge er forpliktet til å legge EU-domstolens rettspraksis til grunn ved tolkingen av EØS-retten og direktivbestemmelser.⁴⁴ *Generaladvokaten* utformer et forslag til avgjørelse før EU-domstolen treffer sin avgjørelse.⁴⁵ Domstolen anser seg ikke bundet av forslaget,⁴⁶ men i flere avgjørelser viser Domstolen til Generaladvokatens uttalelser til støtte for sin argumentasjon. Det er også ofte lettere å danne seg et bilde av sakens faktum gjennom å lese Generaladvokatens forslag, enn ved bare å lese dommen.⁴⁷ Det vil bli vist noe til Generaladvokatens forslag til avgjørelse.

Det finnes per d.d. ingen *rettspraksis fra Høyesterett* om varigheten av offentlige vare- og tjenestekontrakter, ei heller fra underrettsdomstolene. EFTA-domstolen har ikke hatt noen saker inne om offentlige anskaffelser i det hele tatt. Til gjengjeld foreligger det en rekke saker med relevans fra *Klagenemnda for offentlige anskaffelser* (KOFA). Nemndas avgjørelser er kun rådgivende.⁴⁸ Hensett til det store omfanget av saker som det behandler hvert år, må det likevel sies å spille en sentral rolle i rettsutviklingen på området for offentlige anskaffelser.⁴⁹ I mangel på relevant rettspraksis, vil KOFA-praksis få mye omtale i denne oppgaven. Dets rettskildemessige vekt er likevel begrenset til argumentasjonsverdien, og jeg stiller meg derfor friere til deres avgjørelser enn til for eksempel EU-domstolens og Høyesteretts praksis.

Det vil også bli vist til uttalelser fra danske *Klagenævnet for Udbud*. Den rettskildemessige verdien av Klagenævnets avgjørelser er, i likhet med avgjørelser fra norske KOFA, begrenset til argumentasjonsverdien. Det er likevel verdt å nevne at danske Klagenævnets avgjørelser er bindende for partene, i motsetning til KOFAs avgjørelser.⁵⁰

⁴² Jf. LOA § 4, jf. § 2.

⁴³ NOU 2014:4 side 70-71.

⁴⁴ Jf. EØS-avtalens art. 1 og fortalens punkt 16, jf. Art. 6. Se Sejersted (2011) på side 223-224.

⁴⁵ Jf. TEUF artikkel 252.

⁴⁶ Sejersted (2011) side 236.

⁴⁷ Sejersted (2011) side 236.

⁴⁸ Forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

⁴⁹ Dragsten (2013) side 54.

⁵⁰ Jf. Lovbekendtgørelse av 2. juni 2016 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud § 8.

2 Konkurranser prinsippet i anskaffelsesretten

2.1 Innledning

LOA § 4 fastslår at oppdragsgiver «skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet». Sammen med de konkrete bestemmelsene i forskriften skal prinsippene bidra til å realisere anskaffelsesregelverkets formål.⁵¹

De grunnleggende prinsippene nedfelt i § 4 har et sammensatt opphav. På et nasjonalt plan har de sin bakgrunn i blant annet forvaltningsrettens krav om forsvarlig saksbehandling og alminnelige anbudsrettslige prinsipper.⁵² På et internasjonalt plan har prinsippene bakgrunn i anskaffelsesdirektivet og EØS-avtalens alminnelige regler om de fire friheter.⁵³ Direktivet oppstiller uttrykkelig prinsippene om *likebehandling*, *gjennomsiktighet* og *proporsjonalitet*, og de samme prinsippene kan langt på vei utledes av EØS-avtalens alminnelige regler.⁵⁴ Selv om det i utgangspunktet ikke er noe i veien for at «de norske» prinsippene i § 4 gis et videre innhold enn de beslektede prinsipper i EØS-retten, er det understreket i forarbeidene at disse skal tolkes i samsvar med EØS-retten: «Det må utvises varsomhet med å legge noe mer eller noe annet i prinsippene enn EØS-retten gir grunnlag for.»⁵⁵

Verken det gamle eller någjeldende anskaffelsesdirektivet nevner uttrykkelig *konkurranse* som et selvstendig prinsipp.⁵⁶ Heller ikke utenlandsk teori synes å omtale konkurranse som et eget grunnleggende prinsipp på linje med prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet.⁵⁷ Det er derimot ut ifra EU-domstolens praksis klart at konkurranse anses å utgjøre ett av flere *formål* bak EU/EØS-retten regler og anskaffelsesdirektivet. I sak C-454/06 *Pressetext*, presiseres det at «hovedformålet med fællesskapsbestemmelsene om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighet for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurranse i samtlige medlemsstater» (min understrekning).⁵⁸ Tilsvarende i sak C-568/13 *Data Medical Service*, uttaler Domstolen at «(...) et af formålene med EU-bestemmelsene om offentlige kontrakter er at skabe så bred konkurranse som muligt»,⁵⁹ og i sak C-243/89

⁵¹ NOU 2014:4 side 73

⁵² Prop. 51 L (2015-2016) side 81.

⁵³ NOU 2014:4 side 73.

⁵⁴ Direktiv 2014/24 artikkel 18 nr. 1 (1). NOU 2014:4 side 73-75.

⁵⁵ Prop. 51 L (2015-2016) side 81.

⁵⁶ Direktiv 2004/18 artikkel 2 og direktiv 2014/24 artikkel 18 nr. 1 (1).

⁵⁷ Verken Arrowsmith (2014) eller Jakobsen (2016) har tatt med ”konkurranse” som et eget prinsipp i sine kapitler om henholdsvis «General principles» og «Grundlæggende principper».

⁵⁸ Avsnitt 31.

⁵⁹ Avsnitt 34.

Storebælt uttalte Domstolen at et likebehandlingsprinsipp «... følger af selve hovedformålet med direktivet, som (...) bl.a. tager sigte på at utvikle en effektiv konkurrence».⁶⁰

Et krav om konkurranse er også langt på vei innbakt i prinsippet om likebehandling, ved at reell likebehandling av leverandørene forutsetter en åpen konkurranse. I forente saker C-20/01 og C-28/01, *Kommisjonen mot Tyskland*, uttalte EU-domstolen i denne retning at «[r]isikoen for en tilsidesettelse af prinsippet om forbud mod forskelsbehandling er særlig høj, når en ordregivende myndighed beslutter ikke at udbyde en bestemt aftale i konkurrence.»⁶¹

I det nyeste anskaffelsesdirektivet er kravet til konkurranse fremhevet i både fortalens første avsnitt (siste punktum) og i artikkel 18 nr. 1 (2). Sistnevnte bestemmer at oppdragsgiver ikke skal utforme konkurransen «med det formål at (...) kunstigt innskrenke konkurransen». Det heter videre at konkurransen er kunstig innskrenket hvis grunnlaget for den er utformet med hensikt om å favorisere visse leverandører. Arrowsmith synes å mene at bestemmelsen kun er en presisering likebehandlingsprinsippet.⁶² Siden en tilsvarende bestemmelse ikke er inntatt i FOA, har norsk lovgiver trolig lagt til grunn at den uansett konsumeres av de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.

Grensen mellom «prinsipp», «virkemiddel» og «formål» er flytende i anskaffelsesretten. Til illustrasjon foreslo Forenklingsutvalget (flertallet) at *konkurranse* skulle løftes frem som et formål bak «det norske» regelverket, på lik linje med effektiv bruk av samfunnets ressurser.⁶³ Dette fikk det ikke gjennomslag for, idet næringskomiteen innvendte at konkurranse kun er et virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk, ikke et mål i seg selv.⁶⁴ Dette kan tenkes å stille seg annerledes i EU/EØS-retten.

2.2 Konkurransesprinsippets funksjoner

«Rettslige prinsipper» brukes på ulikt vis. Etter Gravers systematikk brukes prinsipper for å analysere og fremstille rettsregler, i den rettslige argumentasjon og i fastleggelsen av konkrete rettsregler.⁶⁵ I denne oppgaven er hovedproblemstillingen knyttet til konkurranseprinsippet som et selvstendig grunnlag for konkrete rettsregler.

⁶⁰ Avsnitt 33. Sml. forente saker C-21/03 og C-34/03, *Fabricom* avsnitt 26.

⁶¹ Forente saker C-20/01 og C-28/01 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 63.

⁶² Arrowsmith (2014) side 631.

⁶³ NOU 2014:4 side 16 og side 68 flg.

⁶⁴ Innst. 358 L (2015-2016) side 6.

⁶⁵ Graver (2006) side 199.

Konkurrans prinsippet kan ha betydning på tre måter ved fastleggelsen av oppdragsgivers plikter:⁶⁶ *For det første* kommer prinsippet til uttrykk i flere bestemmelser i regelverket.⁶⁷ Et eksempel er FOA § 12-1 (2), som fastslår at oppdragsgiveren kan motta råd fra leverandører i forkant av en konkurranse, men under forutsetning at «rådene ikke har konkurransevidende effekt...». *For det annet* fungerer de grunnleggende prinsippene som tolkningsmomenter i fastleggelsen av innholdet i konkrete bestemmelser i anskaffelsesregelverket. Ved tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, skal man velge den løsningen som best samsvarer med de grunnleggende prinsippene. *For det tredje*, og kanskje viktigst i denne sammenheng, kan konkurranseprinsippet på selvstendig vis danne grunnlag for konkrete plikter som ikke direkte følger av prosedyrebestemmelsene i regelverket.

Prinsippenes egenskap i å kunne danne grunnlag for konkrete plikter kan først og fremst leses ut fra anskaffelsesloven § 4, hvor det heter at oppdragsgiveren «skal opptre i samsvar med» prinsippene. Det er nærliggende å forstå LOA § 4 som en «sekkebestemmelse», som er ment å skulle fange opp alle konkurransestridige forhold som ikke er direkte regulert i de konkrete prosedyrebestemmelsene. En slik forståelse av de grunnleggende prinsippene støttes av EU-domstolens praksis. Domstolen har i en rekke saker utledet konkrete plikter for oppdragsgiver ut ifra prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, der direktivene er tause om det aktuelle spørsmålet.⁶⁸ Høyesteretts praksis viser også at prinsippene egenhendig kan danne grunnlag for konkrete plikter på rettsomme områder. Høyesterett viste i Rt. 2008 side 1705 til «de strenge krav til likebehandling og forutberegnelighet» når den fant at oppdragsgiveren ikke kunne ta hensyn til et rabatt-tilbud, hvor rabatten var betinget av at tilbyderer vant en annen anbudskonkurranse hos samme oppdragsgiver.⁶⁹ Spørsmålet var ikke løst i forskriften.

Forarbeidene slår også fast at de grunnleggende prinsippene kan fungere som rettslig grunnlag for konkrete plikter hos oppdragsgiveren. Det fremholdes der at «[m]anglende overholdelse av de grunnleggende prinsippene vil representere et brudd på regelverket på lik linje med manglende overholdelse av konkrete prosedyreregler i forskriftene».⁷⁰ KOFA har tilsvarende uttalt at hvis «oppdragsgiver [foretar] handlinger som vil svekke konkurransen uten saklig grunn eller hjemmel i regelverket, vil dette kunne være i strid med regelverket selv om det ikke foreligger brudd på konkrete bestemmelser.»⁷¹

⁶⁶ Prop. 51 L (2015-2016) side 81 og Arrowsmith (2014) side 613.

⁶⁷ Et søk på ordet «konkurranse» i FOA gir over 100 treff.

⁶⁸ For eksempel C-454/06 *Pressetext* avsnitt 34, C-92/00 *Hospital Ingenieure* avsnitt 42-44 og C-244/02 *Kaupatalo Hansel* avsnitt 31-33. Se også Arrowsmith (2014) side 613.

⁶⁹ Se avsnittene 42 og 47. Mindretallet på én dommer hadde en annen begrunnelse.

⁷⁰ Prop. 51 L (2015-2016) side 81.

⁷¹ Sak 2007/74.

2.3 Konkurranser prinsippets materielle innhold

Anskaffelsesregelverket inneholder ingen definisjon av konkurranser prinsippet. Ethvert forsøk på å formulere en allment gyldig definisjon synes å være dømt til å mislykkes, idet prinsippet mangler et entydig innhold. Konkurranser prinsippets *kjerne* er at alle interesserte leverandører skal få muligheten til å inngi tilbud og konkurrere om å ha det beste tilbudet. Det tilbudet som etter en objektiv målestokk er best, skal velges. Fra dette utgangspunktet kan det tenkes ulike forhold som i større eller mindre grad er til hinder for konkurranse. Uforholdsmessig lange kontraksperioder er ett av dem. Konkurranser prinsippets innhold må i alle tilfelle fastlegges helt konkret i hver enkelt situasjon.

Det er ikke tilstrekkelig kun å vise til «konkurranser prinsippet» (e.l.) når man skal fastsette regler om kontraksvarighet. Prinsippets innhold vil variere avhengig av kontraktens art og markedet den er tilknyttet. En gitt kontraktslengde kan i relasjon til en bestemt kontrakt (og et bestemt marked) innebære betydelige konkurransehindringer, mens den samme kontraktslengden er uproblematisk i et annet tilfelle. Eksempler på ulike forhold som kan tilsa at en lengre kontraksperiode hindrer konkurransen, gis i kapittel 3 nedenfor. Mitt foreløpige poeng er at en ren henvisning til konkurranser prinsippet vil gi liten veiledning, fordi prinsippet ikke har en gitt størrelse. Det må foretas en nærmere kartlegging av hvordan konkurransen faktisk begrenses i det konkrete tilfelle.

Selv om det er vanskelig å si noe generelt om konkurranser prinsippet, kan det oppstilles noen utgangspunkter og retningslinjer for den konkrete vurderingen. Et utgangspunkt kan tas i de hensyn prinsippet skal ivareta. Konkurranse er et viktig virkemiddel for å oppnå regelverkets hovedformål om effektiv bruk av samfunnets ressurser.⁷² Dersom det er økonomisk irrasjonelt med lang kontraktstid, kan dette trekke i retning av at kravet om konkurranse er tilsidesatt ved fastsettelsen av en lang kontraksvarighet.

Det kan videre hentes veiledning i de konkrete bestemmelsene som bygger på hensynet til konkurranse. Det klareste utslaget av konkurranser prinsippet er *kunngjøringsplikten*.⁷³ Plikten innebærer at i utgangspunktet alle offentlige oppdrag skal offentliggjøres (kunngjøres) og potensielle leverandører skal få nødvendig informasjon for å kunne inngi sitt tilbud. Særlig av hensyn til nye leverandører på markedet, kan det i lys av kunngjøringsplikten argumenteres for at kontrakten må gjøres til gjenstand for konkurranse ikke bare én gang, men med jevne mellomrom.

⁷² Jf. LOA § 1.

⁷³ Jf. FOA §§ 8-17 og 21-1 flg. Kunngjøringsplikten oppfylles normalt ved at konkurransen registreres i en offentlig tilgjengelig database («Doffin eller «TED»).

2.4 Forholdet til andre prinsipper i anskaffelsesretten

Det er nær sammenheng mellom de ulike grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. Prinsippene overlapper på flere områder og fungerer i et samspill. Derfor er det viktig å si noe om de øvrige prinsippene og deres forhold til konkurranseprinsippet.

Kjernen i *likebehandlingsprinsippet* er at alle leverandører skal behandles likt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet.⁷⁴ Prinsippet omfatter både direkte og indirekte forskjellsbehandling.⁷⁵ Likebehandlingsprinsippet spiller en helt sentral rolle i EU-retten, og i sak C-243/89 *Storebælt*, slo EU-domstolen fast at prinsippet følger av selve hovedformålet med anskaffelsesdirektivet.⁷⁶ I det nyeste anskaffelsesdirektivet er likebehandlingsprinsippet uttrykkelig fremhevet som et prinsipp i artikkel 18 nr. 1.⁷⁷ Likebehandling er et virkemiddel for en rettfærdig og effektiv konkurranse. Som Jakobsen har uttalt: «For at kunne tale om (...) effektiv konkurranse om offentlige kontrakter må de interesserte virksomheder – ud over adgang til at byde på offentlige kontrakter – også have *lige muligheder* for at opnå offentlige kontrakter».⁷⁸ Den andre veien er konkurranse en forutsetning for likebehandling. Uten en tilgjengelig konkurranse vil ikke alle leverandørene ha like muligheter for å oppnå leveransen. På denne måten er kravene om konkurranse og likebehandling overlappende.

Forholdsmessighetsprinsippet er av noe ulik karakter enn konkurranse- og likebehandlingsprinsippet. Mens de to sistnevnte prinsipper skal direkte bidra til å oppnå regelverkets formål, er forholdsmessighetsprinsippet styrende for alle de andre prinsippenes gjennomslagskraft.⁷⁹ Forholdsmessighetsprinsippet innebærer at enhver innskrenkning av konkurransen ikke er forbudt, idet prinsippet fra tid til annen må avveies mot motstående hensyn. Det er tillatt med handlinger eller unnlatelser som begrensninger konkurransen, dersom handlingen/unnlatsen forfølger er legitimt mål og dessuten er egnet, nødvendig og forholdsmessig for å oppnå dette målet.⁸⁰ En annen side ved forholdsmessighetsprinsippet er at pliktene til oppdragsgiver må tilpasses den enkelte anskaffelses art, kompleksitet og verdi.⁸¹ Det stilles strengere krav til blant annet konkurranse overfor en kontrakt av stor verdi, sammenliknet med en kontrakt av liten verdi. Det erkjennes også at en bestemt kontraktslengde kan ha varierende innvirkning

⁷⁴ Jf. for eksempel de forente saker C-21/03 og C-34/03, *Fabricom* avsnitt 27.

⁷⁵ Prop. 51 L (2015-2016) side 82.

⁷⁶ C-243/89 *Storebælt* avsnitt 33.

⁷⁷ Direktiv 2014/24.

⁷⁸ Jakobsen (2016) side 35.

⁷⁹ Prop. 51 L (2015-2016) side 82.

⁸⁰ For eksempel C-376/08, *Serrantoni* avsnitt 33 og forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 31-34. Se også Arrowsmith (2014) side 628.

⁸¹ NOU 2014:4 side 79.

på konkurransen, avhengig av den konkrete kontrakten og markedssituasjonen. Prinsippet om forholdsmessighet innebærer i denne sammenheng at en ulovlig lang kontraktsperiode for en bestemt kontrakt, ikke trenger å bety at den samme kontraktslengden er forbudt i relasjon til en annen kontrakt.

Kravene til *forutberegnelighet og etterprøvbarhet* har sin parallell i det EU/EØS-rettslige *gjennomsiktighetsprinsippet*.⁸² Kjernen i disse prinsippene er at konkurransen skal skje på en måte som er forutsigbar for leverandørene og dessuten gir dem mulighet til å kontrollere at oppdragsgiver ikke bryter med anskaffelsesregelverket. Vesentlige forhold i konkurransen skal derfor kunne etterprøves.⁸³ Et utslag av forutberegnelighetsprinsippet er at kontraktens bestemmelser om kontraktsvarighet, skal fremgå av anskaffelsesdokumentene.⁸⁴ Prinsippet om etterprøvbarhet kan ha betydning for de krav som stilles til oppdragsgivers begrunnelse for kontraktsvarigheten.⁸⁵

⁸² Prop. 51 L (2015-2016) side 82.

⁸³ Prop. 51 L (2015-2016) side 82.

⁸⁴ Jf. FOA §§ 8-12 (1) og 19-1 (1).

⁸⁵ Se oppgavens punkt 3.3.4.

3 Kontraktvarighet

3.1 Innledning

Anskaffelsesregelverket inneholder ikke uttrykkelige regler om varigheten av alminnelige kontrakter. I utgangspunktet får regelverket bare anvendelse frem til kontraktsinngåelse, ikke overfor den etterfølgende kontraktsfasen.⁸⁶ Dette taler for at oppdragsgiveren kan inngå en hvilken som helst tidsbegrenset eller langvarig kontrakt, så lenge tildelingen av kontrakten er gjennomført i tråd med de konkrete prosedyrereglene i anskaffelsesforskriften.

Prinsippet om konkurranse tilsier derimot at varigheten av offentlige kontrakter begrenses, fordi langvarige kontrakter kan virke uheldig på konkurransesituasjonen. Så lenge en kontrakt løper vil som nevnt oppdragsgiver ikke være interessert i å dekke det samme behovet hos andre leverandører, og dermed avskjæres muligheten for andre leverandør til å oppnå de samme leveransene i lengre tid. Hensynet til effektiv konkurranse om oppdragene forutsetter derfor at en offentlig kontrakt gjøres til gjenstand for konkurranse med jevne mellomrom.

Spørsmålet er hvilke begrensninger konkurranseprinsippet setter for varigheten av offentlige vare- og tjenestekontrakter. I fremstillingen videre sonderer jeg mellom tidsbegrensede og tidsubegrensede kontrakter. Dette fordi problemstillingen som regel vil være annerledes for de to kontraktstypene: Det kan først og fremst spørres om tidsubegrensede kontrakter overhodet er tillatt. EU-domstolen har som nevnt gitt uttrykk for at slike kontrakter ikke er forenelige med formålet bak regelverket.⁸⁷ I den grad inngåelsen av en tidsbegrenset kontrakt tillates, oppstår det et spørsmål om oppdragsgiveren etter hvert som kontrakten løper kan ha en *plikt* til å si opp denne etter en viss tid for å gjennomføre ny konkurranse om oppdraget (punkt 3.4). Dette må ses i sammenheng med at det etter norsk kontraktsrett foreligger en alminnelig rett til med et rimelig varsel å gå til oppsigelse av en tidsbegrenset kontrakt.⁸⁸ I forlengelsen av dette kan det spørres om oppdragsgiver har adgang til å frasi seg oppsigelsesretten, eventuelt kun for en viss periode (punkt 3.4.4). Tidsbegrensede kontrakter kan på sin side ikke sies opp av partene underveis, med mindre noe annet er uttrykkelig avtalt. Man derfor på forhånd at ytelsene som er omfattet av kontrakten er unntatt fra konkurranse like lenge som kontrakten er satt til å løpe. For tidsbegrensede kontrakter uten oppsigelsesklausul kan det derfor spørres om oppdragsgiveren bryter med regelverket allerede ved inngåelsen av en langvarig kontrakt (se punkt 3.3). Tidsbegrensede kontrakter med en oppsigelsesklausul fremstår umiddelbart som mindre betenkelige i relasjon til konkurranseprinsippet. Disse omtales for seg i punkt 3.3.5.

⁸⁶ Sml. NOU 2014: 4 side 132. Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt, se punkt 3.2 nedenfor.

⁸⁷ C-454/06 (Pressetext) premiss 73.

⁸⁸ Hagstrøm (2011) side 241.

3.2 Forholdet til kontraktsretten

Regelverket om offentlige anskaffelser får i utgangspunktet bare anvendelse i tidsrommet fra en offentlig innkjøper begynner å undersøke om markedet kan levere en ytelse og frem til kontraktsinngåelse med valgte leverandør.⁸⁹ Partenes rettigheter og plikter i den etterfølgende kontraktsfasen reguleres av kontraktsretten. Denne sontringen kan leses ut av LOA § 1 og FOA § 1-1, som angir at regelverket får anvendelse når offentlige oppdragsgivere «inngår» kontrakter. Det kommer også til syne ved at ulike søksmålsfrister for brudd på regelverket begynner å løpe ved kontraktsinngåelse.⁹⁰

Dette er imidlertid ikke mer enn et snevert utgangspunkt. Som Fabricius uttaler det: «Det klassiske mantra om, at udbudsreglene angår processen for indgåelse af kontrakten og ikke kontrakten, er imidlertid i bedste fald en sandhed med meget betydelige modifikationer».⁹¹

Det lar seg ikke gjøre å holde anskaffelsesretten og kontraktsretten helt adskilt fra hverandre. Det er nødvendig med visse «innhugg» i kontraktsretten for å sikre en effektiv etterlevelse av anskaffelsesregelverket. EU-domstolens uttalelser i C-454/06 *Pressetext* er illustrerende. Domstolen uttalte at prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling setter begrensninger for hvilke endringer som lovlig kan gjøres i en løpende offentlig kontrakt.⁹² Begrensningene er begrunnet med at vesentlige endringer i en kontrakt kan likestilles med inngåelsen av ny kontrakt, som bør konkurranseutsettes. Det har også betydning for tolkningen av en kontrakt at denne er inngått etter anskaffelsesregelverket,⁹³ og regelverket inneholder dessuten enkelte bestemmelser som mer eller mindre direkte knytter seg til kontraktsforholdet mellom partene under kontraktens levetid.⁹⁴

Når det gjelder konkurranseprinsippet, fremgår det av LOA § 4 at oppdragsgiver «skal opptre i samsvar med» prinsippet, uten at dette er begrenset til tidsrommet før kontraktsinngåelse. KOFA har uttalt at «[de grunnleggende prinsippene angir] både et krav om håndteringen av de enkelte oppdrag og et krav knyttet til kontraktens innhold i tid og rom når et slikt innhold virker konkurransebegrensende».⁹⁵

⁸⁹ NOU 2014:4 side 132, Goller (2014) side 205 og Jakobsen (2016) side 585

⁹⁰ Jf. LOA § 15 fjerde ledd, jf. Klagenemndforskriften §§ 6 og 13a.

⁹¹ Fabricius (2015) side 583.

⁹² Avsnitt 34. Endringsadgangen er nå kodifisert i anskaffelsesdirektivet artikkel 73 flg., jf. FOA § 28-1 flg.

⁹³ Se Krüger (2010) side 111 flg. og Hagstrøm (2014) side 158 flg.

⁹⁴ For eksempel FOA §§ 11-2 og 28-1 flg. (om endringsadgangen) og §§ 8-12 og 19-1 (om kontraktsvilkår).

⁹⁵ Jf. sak 2010/23 avsnitt 39. KOFA fant at innklagede hadde brutt kravet til konkurranse ved å benytte en kontraktsperiode på ti år. Se også sak 2007/19 avsnitt 22.

3.3 Tidsbegrensede kontrakter

3.3.1 Innledning

3.3.1.1 Noen utgangspunkter

Offentlige kontrakter inngås som regel med en tidsbegrensning. En tidsbegrensning kan enten foreligge ved at det er fastsatt et konkret tidspunkt for opphør av kontrakten, eller det kan være bestemt at kontrakten skal løpe for en bestemt periode når ytelsen først er påbegynt. Vanligvis inneholder kontrakten både et konkret starttidspunkt og et konkret sluttidspunkt.

For tidsbegrensede kontrakter foreligger det som nevnt ingen alminnelig rett for partene til å si opp kontrakten underveis. Det er normalt en klar forutsetning at kontrakten skal gjelde i hele den avtalte kontraktsperioden. Med mindre en oppsigelsesadgang er uttrykkelig avtalt, vet man derfor på forhånd at kontrakten vil bli holdt utenfor konkurransen i hele den fastsatte kontraktsperioden.⁹⁶ I den videre behandlingen forutsettes det at oppdragsgiveren ikke har forbeholdt seg en oppsigelsesadgang. Spørsmålet er derfor om oppdragsgiveren handler i strid med regelverket allerede ved inngåelsen av en langvarig kontrakt, fordi dette er til hinder for effektiv konkurranse om kontrakten.

Anskaffelsesregelverket er som nevnt taust om kontraktsvarigheten av alminnelige kontrakter. Utgangspunktet må derfor være at det er opp til oppdragsgiverens innkjøpsfaglige skjønn å bestemme hvor lenge kontrakten skal løpe.⁹⁷ Oppdragsgiveren er formodentlig også nærmest til å vite hvordan eget behov bør dekkes og hvilken kontraktslengde som er hensiktsmessig.

Konkurransепrinsippet i LOA § 4 tilsier imidlertid at det må gjelde noen begrensninger for hvilken kontraktsvarighet som kan tillates. Langvarige kontrakter er som nevnt uheldig for konkurransen, fordi potensielle leverandører blir avskåret fra å tilby sine tjenester over lengre tid. Det kan riktignok hevdes at hensynet til konkurranse er tilstrekkelig ivaretatt gjennom den første anbudsprosessen: Siden kontraktsvarigheten skal fremgå av anskaffelsesdokumentene, har alle leverandørene hatt den samme muligheten til å ta kontraktens lengde i betraktning ved utformingen av sine tilbud.⁹⁸ Et slikt argument rekker imidlertid bare et stykke på vei. Det vil være uheldig å stenge for konkurranse i lang tid fremover, uansett om de andre leverandørene har hatt sin «sjanse» eller ikke. Det er heller ikke først og fremst av hensyn til leverandørene at det bør avholdes ny konkurranse med jevne mellomrom, men for å oppnå kostnadseffektive

⁹⁶ Dette vet man riktignok ikke med hundre prosent sikkerhet, ettersom kontrakten kan opphøre etter enighet mellom partene eller på irregulært vis (f.eks. ved heving på grunn av vesentlig kontraktsbrudd).

⁹⁷ Se KOFA-sak 2013/66 avsnitt 49. Med «innkjøpsfaglig skjønn» menes det handlingsrommet som oppdragsgiver et gitt innenfor rammene av de konkrete reglene og de grunnleggende prinsippene.

⁹⁸ Jf. FOA §§ 8-12 (1) og 19-1 (1).

innkjøp og sikre fri flyt av varer og tjenester m.m. Lange kontraktperioder vil også gjøre det vanskelig for nye aktører å etablere seg, noe som er negativt for konkurransesituasjonen.

Det er ut ifra KOFAs praksis ikke tvilsomt at konkurranseprinsippet setter begrensninger for hvor lang varighet alminnelige vare- og tjenestekontrakter kan ha.⁹⁹ Det finnes også en viss støtte for dette i EU-domstolens uttalelser i *Presstext*.¹⁰⁰ Domstolen gir uttrykk for at tidsubegrensede kontrakter er lite forenelig med anskaffelsesregelverket, fordi «[e]n sådan praksis med tiden [vil] kunne hindre konkurransen mellom mulige tjenesteydere og følgelig hindre anvendelsen af Fællesskabets direktiver [om offentlige anskaffelser]». Uttalelsene i *Presstext* knytter seg riktignok til tidsubegrensede kontrakter. En langvarig tidsbegrenset kontrakt uten adgang til å si opp denne vil imidlertid, i likhet med tidsubegrensede kontrakter som får løpe over lengre tid, være til hinder for effektiv konkurranse.¹⁰¹

FOA § 30-1 (5) indikerer også at det gjelder en begrensning for hvor lang varighet offentlige tjenestekontrakter kan ha. Bestemmelsen slår fast at det innenfor helse- og sosialsektoren «kan inngå[s] langvarige kontrakter dersom det er nødvendig på grunn av brukernes behov, kontraktens formål, investeringskostnader eller andre relevante grunner». Regelen har sin bakgrunn i de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i denne sektoren.¹⁰² For eksempel kan det være hensiktsmessig med langvarige kontrakter om sykehjem- og fosterhjemtjenester, der mottakerne av tjenestene har et spesielt behov for trygghet og stabilitet.¹⁰³ En nærliggende forståelse av FOA § 30-1 (5) er at det *ikke* er adgang til å inngå langvarige kontrakter utenom de tilfeller der det foreligger relevante grunner til det. Bestemmelsen indikerer videre at det er enda mindre rom for langvarige kontrakter utenfor helse- og sosialsektoren, hvor brukerne ikke har samme behov for kontinuitet. Hva som menes med «langvarige kontrakter» utdyper ikke bestemmelsen.

3.3.1.2 Kontrakter med opsjon på rett til forlengelse

En mye brukt variant, er kontrakter som inneholder bestemmelser om *rett til forlengelse av kontraktperioden*. Det er for eksempel bestemt at kontrakten skal ha en avtaleperiode på fire år, med rett til forlengelse med ett år, to ganger (4+1+1).¹⁰⁴ Dette innebærer vanligvis at oppdragsgiven ensidig kan forlenge avtalen for et bestemt tidsrom, på de samme vilkår som

⁹⁹ Jf. f.eks. sakene 2010/23 avsnitt 39, 2013/66 avsnitt 47 og 2015/17 avsnitt 26.

¹⁰⁰ C-454/06 avsnitt 73.

¹⁰¹ Se sak 2010/23 avsnitt 38 flg. KOFA fant at kontraktens varighet på ti år var i strid med konkurransekravet.

¹⁰² NOU 2014:4 side 259.

¹⁰³ NOU 2014:4 side 259.

¹⁰⁴ Sml KOFA-sak 2010/197.

før.¹⁰⁵ For spørsmålet om lovligheten av kontraktens varighet, er det nærliggende å behandle kontrakter med opsjon på forlengelse likt med andre tidsbegrensede kontrakter. Kontraktens opsjonsperioder regnes da med i den totale kontraktslengden.¹⁰⁶ Dette fordi det normalt må antas at opsjonene tas i bruk, særlig dersom bruk av opsjonen skjer automatisk uten en aktiv handling fra oppdragsgiverens side. I eksemplet ovenfor (4+1+1) ser man det derfor slik at kontrakten er satt til å løpe i seks år. En forutsetning er imidlertid at antall mulige forlengelser er begrenset. Dersom kontrakten automatisk forlenges med for eksempel ett år av gangen, uten at det er begrenset hvor mange ganger kontraktstiden kan forlenges på denne måten, er det gode grunner til å likestille kontrakten med tidsbegrenset kontrakt.¹⁰⁷

For å kunne forlenge kontraktsperioden er det for øvrig en minste forutsetning at kontrakten inneholder en klar og entydig bestemmelse om dette.¹⁰⁸ En forlengelse som ikke er hjemlet i kontrakten vil fort anses for å utgjøre en vesentlig endring av kontrakten, som likestilles med inngåelse av ny kontrakt.¹⁰⁹ Hvor det ikke avholdes en ny konkurranse om oppdraget, vil dette kunne representere en ulovlig direkteanskaffelse.¹¹⁰

3.3.1.3 Særreguleringen om rammeavtalers varighet

For rammeavtaler gjelder det i utgangspunktet en begrensning på fire års løpetid.¹¹¹ Lengre avtaleperioder enn dette er kun tillatt dersom «særlige forhold» tilsier det. I denne oppgaven avgrenses det i utgangspunktet mot særreguleringen om rammeavtalers varighet, men det kan være hensiktsmessig for sammenhengens skyld å si noe kort om hva en rammeavtale er, hva særregelen innebærer og hvilken overføringsverdi den eventuelt har for «vanlige» kontrakter.

En «rammeavtale» har ifølge legaldefinisjonen «til formål å fastsette kontraktsvilkårene for de kontrakter som oppdragsgiveren skal inngå i løpet av en bestemt periode, særlig om pris og mengde».¹¹² En rammeavtale kjennetegnes ved at ytelsene først leveres på et senere tidspunkt, og ved at omfanget av ytelsene (f.eks. mengden innkjøp) ikke er fastlagt på forhånd.¹¹³ Dette gir oppdragsgiveren fleksibilitet ved at man kan sette rammene for fremtidige innkjøp, uten å

¹⁰⁵ DIFIs veileder for kontraktoppfølging (2017), side 32.

¹⁰⁶ Slik KOFA i sak 2010/197 (avsnitt 91).

¹⁰⁷ I denne retning Arrowsmith (2005) side 294.

¹⁰⁸ FOA § 28-1 (1) bokstav a, jf. § 19-1 (2)

¹⁰⁹ FOA §§ 11-2 og 28-1 flg., jf. Goller (2012) side 46-47.

¹¹⁰ Med «ulovlig direkteanskaffelse» menes en anskaffelse som ikke er kunngjort (lagt ut for konkurranse) i henhold til kunngjøringsreglene, jf. FOA § 8-17 og kapittel 21.

¹¹¹ jf. FOA §§ 11-1 (4) og 26-1 (4).

¹¹² jf. legaldefinisjonen i FOA § 4-1 bokstav i.

¹¹³ Jakobsen (2016) Side 418

være pliktig til å gjennomføre konkurranse for hvert enkelt innkjøp under rammeavtalen.¹¹⁴ Baksiden er at oppdragsgiveren i hele rammeavtalens periode ikke kan inngå avtaler med tredjepersoner om de samme ytelsene som er omfattet av rammeavtalen.

Et spørsmål er om regelen for rammeavtaler kan gis anvendelse overfor «vanlige» kontrakter. Dette må umiddelbart avkreftes, først og fremst fordi bestemmelsen uttrykkelig gjelder for «rammeavtaler». Det forelå også en god mulighet for å oppstille en tilsvarende bestemmelse for vanlige kontrakter i forbindelse med innføringen av det nyeste regelverket, uten at det ble gjort.¹¹⁵ KOFA har også flere ganger slått fast at regelen som gjelder for rammeavtaler ikke har noen direkte overføringsverdi til alminnelige kontrakter.¹¹⁶ FOA § 5-4 (12) forutsetter dessuten at det kan inngås tjenstekontrakter med lengre varighet enn fire år. Bestemmelsen fastslår at for «[tjeneste]kontrakter med en varighet på over 48 måneder», skal kontraktens verdi beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

Selv om særregelen for rammeavtaler har sin bakgrunn i det generelle konkurranseprinsippet, er det en kjensgjerning at rammeavtaler ofte er mer omfattende enn enkeltstående kontrakter. En rammeavtale skiller seg fra en alminnelig kontrakt ved at en rammeavtale danner grunnlag for inngåelsen av en rekke etterfølgende kontrakter (kalt avrop).¹¹⁷ Langvarige rammeavtaler er derfor som regel mer konkurransebegrensende enn langvarige enkeltstående kontrakter.

Når det skal tas stilling til hvilken varighet som er tillatt for alminnelige kontrakter, er det imidlertid nærliggende å legge vekt på de samme momentene som for vurderingen av om en rammeavtale (eller en kontrakt basert på en rammeavtale) kan ha en varighet utover fire år.¹¹⁸ Relevante momenter er blant annet «den tid, der er nødvendig for at gjennomføre [kontrakten]; hvor der indgår vedligeholdelse af udstyr med en forventet levetid på over fire år, eller hvor der er behov for indgående uddannelse af personale til at gennemføre kontrakten.»¹¹⁹ KOFA har lagt spesielt stor vekt på om oppfyllelse av kontrakten krever betydelige investeringer fra leverandørens side, spesielt der bygninger, materiale, utstyr m.m. som er nødvendig for å gjennomføre kontrakten har en lengre avskrivningsperiode.¹²⁰ Dette kommer vi tilbake til i oppgavens punkt 3.3.3.3.

¹¹⁴ Forutsatt at rammeavtalen fastsetter alle kontraktsvilkårene, jf. FOA § 26-3 (2) og 11-1 (2) og (3).

¹¹⁵ Dvs. ved innføringen av direktiv 2014/24 og norsk anskaffelseslov og -forskrift fra 2016.

¹¹⁶ F.eks. sakene 2010/23 avsnitt 37, 2010/197 avsnitt 88-89 og 2013/66 avsnitt 46-49.

¹¹⁷ Jakobsen (2016) side 419.

¹¹⁸ Slik KOFA 2010/23 avsnitt 42.

¹¹⁹ Direktiv 2014/24, fortalet avsnitt 62. Se også Arrowsmith (2014) side 1175.

¹²⁰ Se f.eks. sak 2011/102 avsnitt 36.

3.3.1.4 *En konkret helhetsvurdering*

Enkelte avgjørelser fra KOFA etterlater et inntrykk av at det gjelder en alminnelig regel om at kontrakter, i likhet med rammeavtaler, ikke bør løpe mer enn omtrent fire år, med mindre det finnes konkrete forhold som tilsier en lengre kontraktsperiode.¹²¹ I dansk juridisk teori er det tilsvarende anført at offentlige tjenstekontrakter som hovedregel bør gjøres til gjenstand for konkurranse omtrent hvert 3-5 år.¹²²

Det er etter min mening ikke rettslig grunnlag for å oppstille en generell hovedregel om at vare- og tjenstekontrakter bare kan inngås for inntil fire år av gangen. Som påpekt ovenfor er det særlige forhold knyttet til rammeavtaler som tilsier at disse bør ha kortere varighet enn vanlige kontrakter. I denne retning trekker også KOFA-sak 2013/66, hvor nemnda avviste klagers anførsel om at det måtte gjelde et tilsvarende utgangspunkt for en alminnelig tjenstekontrakt som for en rammeavtale.¹²³ Hvilken kontraktslengde som er tillatt, vil i alle tilfelle måtte bero på en konkret helhetsvurdering. Offentlige vare- og tjenstekontrakter varierer mye i innhold og omfang, og kontraktene er tilknyttet forskjellige markeder. Det er derfor vanskelig å mene noe generelt om hva som er en hensiktsmessig kontraktsvarighet. Eventuelle hensyn som i det konkrete tilfelle taler for en lang kontraktsperiode må veies opp mot den konkurransebegrensende effekt dette faktisk har.¹²⁴ Dersom en meget langvarig kontrakt ikke påvirker konkurransen i det aktuelle markedet i særlig grad, er kontraktsvarigheten heller ikke problematisk. Nedenfor redegjøres det først for typiske forhold som kan tilsi at kontraktstiden er til hinder for effektiv konkurranse, deretter noen forhold som på den annen side kan tale for en lang kontraktstid.

3.3.2 Varighetens konkurransebegrensende effekt

3.3.2.1 *Innledning*

Her skal det gjennomgås enkelte typiske forhold som kan tilsi at kontraktens lengde virker begrensende for konkurransen. Dette er 1) at det trolig vil etableres seg flere nye aktører på det aktuelle markedet i løpet av de neste årene, 2) at kontrakten har stor verdi, 3) at markedet er i rask utvikling og 4) at kontrakten har en meget lang varighet. Dette er kun noen utvalgte eksempler og ikke en uttømmende liste.

¹²¹ Se f.eks. sak 2010/361 avsnitt 31.

¹²² Jakobsen (2016) side 240. Se også Nielsen (2010) side 183.

¹²³ Avsnitt 49, jf. avsnitt 44.

¹²⁴ Slik KOFA-sak 2010/23 avsnitt 40.

3.3.2.2 *Sannsynligheten for at det etablerer seg nye aktører*

Det kan være uheldig for konkurransen om det inngås en langvarig kontrakt på et område der det er grunn til å tro at det vil etablere seg nye aktører i løpet av de neste årene. KOFA-sakene 2009/144 og 2010/361 er illustrerende. I begge sakene fant KOFA at oppdragsgiver hadde (hatt) en oppsigelsesplikt, og det ble vist til at flere nye aktører var kommet til markedet siden kontraktsinngåelse.¹²⁵ Selv om disse sakene dreide seg om tidsbegrensede kontrakter som aldri var blitt utsatt for konkurranse, er momentene som blir trukket frem av nemnda likevel relevante hvor det er snakk om å inngå en langvarig tidsbegrenset kontrakt. På samme måte som ved manglende oppsigelse i sakene over, vil det kunne hindre effektiv konkurranse om oppdragsgiver inngår en langvarig kontrakt uten oppsigelsesadgang, dersom det er grunn til å tro at det vil komme til nye aktører på markedet i løpet av kontraktsperioden. Dette vil nemlig kunne gjøre det vanskelig for ny aktører å etablere seg.

3.3.2.3 *Kontrakten er av stor verdi og/eller omfattende*

Det kan videre virke konkurransebegrensende med en langvarig kontrakt dersom kontrakten har stor verdi eller for øvrig dekker et bredt spekter av tjenester. Leverandørvalget vil i slike tilfeller vil kunne få stor betydning i markedet. KOFAs sak 2004/16 kan her nevnes som et eksempel. Saken gjaldt en rammeavtale fra før det fantes særreguleringer om varigheten av disse, men argumentene har overføringsverdi til vanlige kontrakter. Den omstridte avtalen hadde en varighet på åtte år, medregnet opsjoner på forlengelse. Den omfattet innklagedes (Helsebygg Midt-Norge) samlede behov på IT-området, og prisen for maksimal utnyttelse av avtalen var omkring en milliard kroner. Med dette som bakgrunn uttalte KOFA at «med de virkninger et slikt leverandørvalg har i markedet, må det stilles strenge krav til etterlevelse av anskaffelsesreglene, siden de beslutninger som gjøres i et slikt tilfelle, i realiteten langt på vei vil etablere et leverandørmonopol og virke til å ekskludere konkurranse over et betydelig tidsrom.»¹²⁶ Nemnda kom deretter til at de fordelene det innebar å velge én leverandør for et så langt tidsrom, ikke veide opp mot de konsekvenser det ville ha at konkurrerende leverandører i samme tidsrom ikke ville slippe til med sine produkter og løsninger.¹²⁷ Denne saken viser at kontraktens evne til å endre balansen mellom leverandørene i markedet, typisk der kontrakten er av stor verdi, må tillegges vekt i vurderingen av hvor lang kontraktstid som kan tillates. Det må ses hen til hvor stor del av det totale markedet kontrakten utgjør, og hvilke andre oppdrag som er tilgjengelige for de konkurrerende leverandørene.

¹²⁵ Se sak 2009/144 avsnitt 37, jf. 31 og sak 2010/361 avsnitt 31.

¹²⁶ Avsnitt 89.

¹²⁷ Avsnitt 94.

3.3.2.4 *Det aktuelle markedet er i rask utvikling*

Det kan ha en konkurransevidende effekt med lange kontraksperioder i et marked som er under rask utvikling, hvor pris og kvalitet på det som skal leveres/ytes er i stadig endring. Her vil også hensynet til effektiv ressursbruk som regel tale for korte kontraksperioder. En nært beslektet situasjon er der konkurransen mellom de ledende leverandørene er veldig tett.

3.3.2.5 *Meget langvarige kontrakter*

Selv uten at det foreligger spesielle forhold som tilsier at kontrakten har en særlig innvirkning på konkurransesituasjonen, vil en meget lang kontraksvarighet i seg selv kunne medføre uheldige konkurransebegrensninger. Det er vanskelig ut ifra de tilgjengelige rettskildene å oppstille konkrete grenser for kontraksvarigheten, men KOFA synes å ha slått fast at i hvert fall en kontraksperiode på ti år forutsetter særlige forhold knyttet til kontraktsgjenstanden som forsvarer kontraktstiden, først og fremst et behov for å nedskrive kostbart utstyr m.m.¹²⁸ KOFA uttalte at konkurranseprinsippet kan hindre inngåelsen av «kontrakter [med] meget lang varighet uten at oppdragets art eller innhold tilsier dette, og hvor konkurransemomentet svekkes av den grunn.»¹²⁹ Nemnda fant at oppdragsgiveren ikke i tilstrekkelig grad hadde dokumentert at en kontraktstid på ti år var normalt for denne typen kontrakt, og konkluderte med at kontraktens varighet derfor var i strid med konkurranseprinsippet.¹³⁰

Det er imidlertid grunn til å tro at terskelen er enda lavere, slik at også kontraksperioder på seks-syv år og oppover må begrunnes i særlige forhold: I KOFA-sak 2010/197 fant nemnda at en kontraksperiode på seks år var tillatt, og viste til at «en normal avskrivningstid på i alle fall deler av det utstyr som er nødvendig (...) er vesentlig lengre enn seks år».¹³¹ Det synes som om KOFA her krevde at oppdragsgiveren kunne begrunne kontraktens lengde i særlige forhold.

Goller fremholder at «[u]nntatt i helt spesielle tilfeller (...) vil det neppe være grunnlag for kontrakter med en varighet lengre enn åtte til ti år».¹³² Hvor forfatteren tar akkurat *åtte* år fra er ikke godt å si, men det er ut ifra nevnte KOFA-praksis nærliggende å trekke en slutning om at kontrakter med en varighet på seks-syv år og oppover, forutsetter en særskilt begrunnelse i kontraktens gjenstand. Et slikt standpunkt samsvarer også best med det prinsipp Klagenævnet for Udbud har oppstilt om at «offentlige kontrakter som utgangspunkt med et vist mellomrum

¹²⁸ Sak 2010/23 avsnitt 42 flg.

¹²⁹ Avsnitt 40.

¹³⁰ Avsnitt 44.

¹³¹ Sak 2010/197 avsnitt 91.

¹³² Goller (2014) side 102.

skal udsættes for konkurrence». ¹³³ Jo større innvirkning kontrakten har på konkurransen – jo lengre varighet – desto strengere krav må stilles til begrunnelse.

En annen KOFA-sak 2013/66, synes umiddelbart å trekke i en annen retning. Den omstridte kontrakten om bedriftshelsetjenester var inngått for en periode på ti år. Innklagede begrunnet kontraktsperioden alene med at det var kostnads- og ressursbesparende. Dette godtok nemnda, og viste til at valget av kontraktens lengde i utgangspunktet er underlagt oppdragsgiverens innkjøpsfaglige skjønn. ¹³⁴ Denne kontrakten skilte seg imidlertid fra kontraktene i de andre sakene, fordi oppdragsgiveren hadde forbeholdt seg en oppsigelsesrett med seks måneders oppsigelsesfrist. Dersom markedssituasjonen skulle endre seg kunne oppdragsgiveren velge å si opp kontrakten før det har gått ti år. Så kan det diskuteres hvilken betydning dette bør ha, ettersom en oppsigelsesrett ikke gir noen garanti for at oppsigelse skjer i tide (se punkt 3.3.5).

3.3.2.6 *En totalvurdering*

Ofte er det flere forhold samtidig som tilsier at en langvarig kontrakt vil være uheldig for konkurransen. Det kan være at kontrakten både er verdifull og at det skjer en rask utvikling i markedet. I slike tilfeller bør kontraktslengden være godt begrunnet i andre hensyn knyttet til kontrakten (se nedenfor). Hvilken kontraktslengde som er tillatt, beror til syvende sist på en konkret helhetsvurdering.

3.3.3 Forhold som kan tilsi lang kontraktsperiode

3.3.3.1 *Innledning*

Ovenfor er det gjennomgått noen typisk forhold som kan tilsi at kontraktens varighet hindrer effektiv konkurranse om oppdraget. Oppdragsgiver kan imidlertid ha gode grunner for å inngå en langvarig kontrakt. Først og fremst kan lengre kontraktsperioder gi bedre priser. Nedenfor redegjøres det for enkelte forhold som kan begrunne en lengre kontraktsvarighet. Dette er 1) at det er «forretningsmessig» (kommersielt riktig), 2) at oppfyllelse av kontrakten krever store investeringer fra leverandørens side, 3) at det er kostnads- og ressursbesparende, 4) at det går med mye tid til en innkjøringfase eller opplæring av personale og 5) at personlige brukere av tjenesten har behov for kontinuitet i ytelsen. Dette er kun noen utvalgte eksempler og ikke en uttømmende «liste». Felles for alle disse forholdene er for øvrig at de er objektive og knytter seg til den aktuelle ytelsen. ¹³⁵ Det kan ikke være rom for vilkårlighet eller vektlegging av rent subjektive meninger hos oppdragsgiver.

¹³³ Klagenævnet for Udbud, 18. februar 2008 Willis mod Lejerbo, side 10.

¹³⁴ Avsnitt 49 og 50.

¹³⁵ jf. FOA §§ 8-12 (1) og 19-1 (1) som bestemmer at «[k]ontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen». Nevnte bestemmelse knytter seg først og fremst til mer *spesielle* kontraktsvilkår, f.eks. om innovasjon og miljø. Det er likevel ikke tvil om at alle kontraktsvilkår skal ha en tilknytning til det som skal ytes.

3.3.3.2 «Forretningsmessighet»

I den gamle anskaffelsesloven (1999) § 1 het det at anskaffelser skulle baseres på blant annet «forretningsmessighet».¹³⁶ I norsk juridisk litteratur er det derfor blitt fremholdt at «[h]vilken [kontrakts]varighet som kan aksepteres, vil bero på en konkret helhetsvurdering av hva som anses forretningsmessig i det enkelte tilfellet.»¹³⁷ KOFA har også lagt vekt på hva som er «forretningsmessig».¹³⁸

Det finnes ikke lenger et uttrykkelig krav om forretningsmessighet i anskaffelsesregelverket. Forenklingsutvalget uttaler at forretningsmessighet aldri var et selvstendig formål ved siden av formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser.¹³⁹ Effektiv ressursbruk er fremdeles et formål bak regelverket, og det er derfor ikke skjedd noen egentlig endring ved at kravet til «forretningsmessighet» er fjernet.¹⁴⁰ Det gjelder derfor fremdeles at oppdragsgiveren bør ta utgangspunkt i hva som er økonomisk fordelaktig ved fastleggelsen av kontraktens varighet.

Hva som nærmere ligger i et krav om *forretningsmessig opptreden* er derimot ikke godt å si. Det er kanskje nærliggende å forstå dette som en slags oppfordring til økonomisk rasjonell opptreden. I forarbeidene uttales det at «[m]ed forretningsmessighet menes her at offentlige oppdragsgivere, for å nå målet om en mest mulig effektiv anskaffelse, skal opptre som enhver annen profesjonell...» (min understrekning).¹⁴¹ Dette tilsier at kommersielle aktørers praksis for lignende kontrakter kan være et moment i vurderingen, i den grad det eksisterer en slik praksis.¹⁴² Tanken er at offentlige anskaffelser skal være forretning, ikke forvaltning.¹⁴³

Selv om oppdragsgiver bør ta utgangspunkt i hva som er økonomisk lønnsomt, innebærer det ikke uten videre et brudd med regelverket dersom det fastsettes en kontraktsvarighet som er økonomisk irrasjonell. Det er fremholdt i forarbeidene til den gamle anskaffelsesloven at så lenge oppdragsgiveren «kun tar lovlige hensyn når han treffer sitt valg, må valget (...) legges til grunn av domstolene».¹⁴⁴ Det understrekes at det «ikke [er] domstolens oppgave å sette seg i anskafferens sted og spørre hva domstolene ville ha valgt om den selv var anskaffer.»¹⁴⁵ Det

¹³⁶ OPPHEVET Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

¹³⁷ Dragsten (2013) side 732. Goller (2014) side 100.

¹³⁸ Jf. sak 2011/229 avsnitt 34.

¹³⁹ NOU 2014:4 side 67.

¹⁴⁰ Jf. LOA § 1.

¹⁴¹ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) side 21.

¹⁴² Slik Gollder (2014) side 101. Se også Arrowsmith (2005) side 293 og KOFAs sak 2010/23 avsnitt 44.

¹⁴³ NOU 2014:4 side 67.

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) side 67.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) side 67.

er med andre ikke domstolenes oppgave å finne frem til en passende kontraktslengde, men kun å ta stilling til om oppdragsgiverens vurdering er gjort innenfor de grensene regelverket setter. Først dersom kontraktens varighet er til hinder for effektiv konkurranse om oppdraget, forutsettes det at oppdragsgiveren kan begrunne dette i forhold knyttet til kontrakten. Her vil blant annet kommersielle hensyn kunne tillegges vekt, i tillegg til andre relevante hensyn. Men det er ikke noe krav i seg selv at kontraktslengden skal være den økonomisk fordelaktig. Offentlige oppdragsgivere har som nevnt andre hensyn å ivareta enn de rent kommersielle.

Det vil ofte være samsvar mellom det som økonomisk sett lønner seg og det som minst mulig begrenser konkurransen i markedet. Meningen er jo at konkurransekravet skal sikre effektiv ressursbruk. Likevel kan det fra tid til annen oppstå en «ubalanse» mellom de to hensynene. Typisk vil det isolert sett gi et økonomisk bedre tilbud med en langvarig kontrakt, samtidig som hensynet til opprettholdelse av konkurranse i markedet trekker i motsatt retning. Det må i så fall foretas en nærmere avveining av de motstående hensyn, der det er vanskelig å si noe generelt om hvilken vekt disse har i møte med hverandre. Dette vil blant annet avhenge av hvor mye det er å spare på en langvarig kontrakt.

3.3.3.3 *Kontrakten krever store investeringer fra leverandørens side*

Hensynet til leverandørens investeringer og avskrivningsperioder for nødvendig materiale og utstyr mv. er som nevnt et relevant moment for vurderingen av om en rammeavtale kan ha lengre varighet enn fire år.¹⁴⁶ Dette vil også kunne være et relevant moment for vurderingen av om en bestemt varighet er tillatt for en alminnelig kontrakt. Hvis oppfyllelse av kontrakten forutsetter at leverandøren gjør betydelige investeringer i f.eks. materiale og utstyr, kan dette forsvare en lengre kontraktperiode. KOFA har i flere saker lagt avgjørende vekt på hensynet til leverandørens investeringer og avskrivningsperioden for materialer og utstyr mv.¹⁴⁷ Sak 2010/197 er så vidt nevnt tidligere. Denne saken gjaldt en kontrakt om sluttbehandling av restavfall og klager anførte at kontraktens varighet på seks år innebar et brudd med kravet til konkurranse. KOFA avviste dette, og viste til at «normal avskrivningstid på i alle fall deler av det utstyr som er nødvendig (...) vanligvis er vesentlig lengre enn seks år.»¹⁴⁸

I sak 2010/23 var det snakk om en kontrakt om drift av ambulansébåter, som var satt til å løpe i ti år. Oppdragsgiveren begrunnet kontraktslengden med at en ambulansébåt som oppfylte kravspesifikasjonen hadde begrenset salgsverdi på brukmarkedet, og at leverandøren derfor måtte avskrive hele investeringen gjennom kontraktperioden.¹⁴⁹ Det ble oppgitt at normal

¹⁴⁶ Se direktiv 2014/24, fortalet avsnitt 62.

¹⁴⁷ Se f.eks. sak 2010/23 avsnitt 42 og 44, sak 2010/197 avsnitt 90 flg. og sak 2011/229 avsnitt 34.

¹⁴⁸ Avsnitt 91.

¹⁴⁹ Avsnitt 25.

avskrivningstid var ti år, mens skatteetatens maksimale avskrivninger er satt til 14 % per år, noe som vil gi en minimums avskrivningstid på mellom syv og åtte år. KOFA var enig i at «behovet for investeringer som krever lang nedskrivingsperiode [vil] være et relevant moment ved vurderingen av om kravet til konkurranse i loven § 5 er brutt.»¹⁵⁰ Nemda konkluderte imidlertid med kontraktslengden var i strid med konkurranseprinsippet, fordi at anførselene til oppdragsgiveren ikke var tilstrekkelig dokumentert.¹⁵¹

Det er ikke utelukkende av hensyn til leverandøren at investeringsbehovet vektlegges. Hvis leverandøren gjennom en lengre kontraktsperiode får muligheten til å avskrive materialer og utstyr som trengs for å utføre oppdraget, kan dette bidra til at flere leverandører har anledning til å delta i konkurransen – og bedre priser for oppdragsgiveren. Lengre kontraktsperioder kan i slike tilfelle like godt begrunnes i konkurranseprinsippet, som i hensynet til leverandøren eller forretningsmessig opptreden.¹⁵² Hensynet til leverandørens investeringer i materialer og utstyr (m.m.) står særlig sterkt der disse er så spesialiserte at de ikke vil kunne brukes i andre oppdrag etter at kontrakten er gjennomført og dessuten har liten verdi på brukmarkedet.¹⁵³ Der kontrakten forutsetter store investeringer er det grunn til å tillate en kontraktsperiode som gjør at investeringene på en rimelig måte kan avskrives i løpet av perioden.¹⁵⁴

3.3.3.4 *Kostnads- og ressursbesparelser – transaksjonskostnader*

Anskaffelsesregelverket er omfattende og til dels komplisert. Offentlige aktører bruker derfor mye tid og penger på selve gjennomføringen av en anskaffelse. Langvarige kontrakter kan medføre kostnads- og ressursbesparelser ved at man ikke behøver å gjennomføre anskaffelser like ofte. Dette gjelder særlig komplekse kontrakter som innebærer ekstra høye kostnader i forbindelse med konkurransen og/eller overgangen til nye leverandør.

Hensynet til transaksjonskostnader vil i utgangspunktet forsvare de fleste kontraktsperioder på rundt to-tre år. Hyppigere konkurranseutsetting enn dette vil fort kunne medføre at det man tjener på bedre markedsvilkår går tapt i kostnader med å gjennomføre konkurranse og få den nye leverandøren i gang med oppdraget. Dette vil imidlertid variere fra kontrakt til kontrakt. Forenklingsutvalget fremholder at «[d]ersom transaksjonskostnadene er betydelige, tilsier det adgang til en forholdsmessig lengre kontraktsvarighet».¹⁵⁵

¹⁵⁰ Avsnitt 44.

¹⁵¹ Avsnitt 44. Se oppgavens punkt 3.3.4 om krav til begrunnelse og dokumentasjon.

¹⁵² Se KOFA-2010/23 avsnitt 42, hvor investeringshensynet er begrunnet i konkurranseprinsippet selv.

¹⁵³ NOU 2014:4 side 134.

¹⁵⁴ Slik Dragsten (2013) på side 733.

¹⁵⁵ NOU 2014:4 side 134. Se tilsvarende i FADs veileder (2013) side 86.

KOFA har også godtatt andre dokumenterte og betydelige kostnadsbesparelser, utover selve transaksjonskostnadene, som begrunnelse for en langvarig kontrakt. KOFA-sak 2013/66 gjaldt en kontrakt om bedriftshelsetjenester med en fastsatt varighet på ti år. KOFA godtok oppdragsgivers valg av kontraktsperiode, og viste til at dette var begrunnet i et ønske om å redusere kostnadene: «Innklagede har i denne forbindelse vist til at tiårsavtaler har resultert i kostnadsbesparelser på 30-40 %, og at man i denne konkurransen oppnådde en kostnadsbesparelse på 32 %. Innklagede sparer også interne ressurser ettersom det sjeldnere er behov for å kunngjøre konkurranser».¹⁵⁶ Dokumenterte kostnadsbesparelser på 30-40 % hører nok til sjeldenhetene, og her vil hensynet til effektiv ressursbruk måtte gå foran det som isolert sett fremmer konkurranse.

3.3.3.5 Tidkrevende innkjøringsfase og behov for opplæring

Nært forbundet med «transaksjonskostnader» er situasjonen der oppstartsfasen av en kontrakt tar lang tid. Det kan for eksempel være at en del av kontraktstiden skal gå med til utvikling av utstyr som er nødvendig for oppfyllelsen, og hvor det vil kunne ta noe tid før leverandøren er i stand til å prestere som forventet.¹⁵⁷ Dette kan forsvare en forholdsmessig lengre kontraktstid. Det samme gjelder der mye tid går med til opplæring av personale. I anskaffelsesdirektivets fortale er «behov for indgående utdanning av personale» eksplisitt nevnt som et moment i vurderingen av hvilken kontraktstid som er tillatt for kontrakter tildelt under rammeavtaler.¹⁵⁸

3.3.3.6 Behov for kontinuitet hos mottakeren av ytelsen

Forenklingsutvalget fremholder at behovet for kontinuitet hos mottakeren av ytelsen kan være relevant i vurderingen av kontraktslengden, særlig der mottakerne av tjenestene er personlige brukere med behov for kontinuitet.¹⁵⁹ Dette vil først og fremst kunne være tilfelle innenfor helse- og sosialsektoren.¹⁶⁰ Anskaffelsesdirektivets fortale gir av denne grunn uttrykk for at medlemslandene bør gis et vidt skjønns på området for helse- og sosialtjenester.¹⁶¹ Det vil for eksempel kunne være behov for langvarige kontrakter ved anskaffelser av sykehjemsplasser, barnevernsinstitusjoner og fosterhjemtjenester og oppfølging av andre med et særlig behov for trygghet og stabilitet.¹⁶² Det må være en forutsetning for å vektlegge kontinuitetshensyn at ikke bare samme firmaet skal yte tjenestene, men også – i en viss grad – samme mennesker. Dette fordi brukerne må antas å knytte seg til de ansatte, ikke firmaet.

¹⁵⁶ Avsnitt 49 og 50.

¹⁵⁷ KOFA-sak 2011/102 avsnitt 46.

¹⁵⁸ Direktiv 2014/24 fortalen avsnitt 62.

¹⁵⁹ NOU 2014: 4 side 134-135.

¹⁶⁰ Jf. FOA § 30-1 (5) som uttrykkelig bestemmer at det innenfor helse- og sosialsektoren at «kan inngå[s] langvarige kontrakter dersom det er nødvendig på grunn av brukerens behov (...)».

¹⁶¹ Direktiv 2014/24, fortalen avsnitt 114.

¹⁶² NOU 2014:4 side 259 og DIFIs veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester (2017) side 37.

3.3.4 Krav til begrunnelse og dokumentasjon

Kontraktsvilkår, herunder kontraktsvarigheten, skal fremgå av anskaffelsesdokumentene.¹⁶³ Regelverket inneholder derimot ingen konkrete bestemmelser om at kontraktens lengde må være begrunnet, og følgelig heller ikke at begrunnelsen må være dokumentert.

Hensynene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet taler imidlertid for at oppdragsgiverens valg av kontraktslengde begrunnes i anskaffelsesdokumentene.¹⁶⁴ Dette vil gi leverandørene bedre mulighet til å kontrollere at oppdragsgiver ikke bryter med anskaffelsesregelverket, ved at hensiktsmessigheten av kontraktens lengde kan etterprøves.¹⁶⁵ En begrunnelse kan da også spare oppdragsgiver fra å bli innklaget/saksøkt for brudd på regelverket, og slik bidra til enda mer ressurseffektive anskaffelser.

Praksis fra KOFA tilsier at oppdragsgiver må godtgjøre at en langvarig kontrakt kan forsvares ut ifra kontraktens gjenstand.¹⁶⁶ I sak 2010/23 uttalte KOFA at «[m]ed en kunngjort kontrakt med så lang varighet som ti år, må innklagede etter klagenemndas mening forventes å kunne dokumentere alle de fakta som er lagt til grunn for vurderingen av kontraktens varighet.»¹⁶⁷ KOFA går dermed lenger enn til bare å oppstille en begrunnelsesplikt, idet det også kreves dokumentasjon for anførselene. Om denne begrunnelsesplikten også gjelder for kontrakter som ikke har så lang varighet som ti år, er imidlertid vanskelig å si.

3.3.5 Tidsbegrensede kontrakter med oppsigelsesklausul

I utgangspunktet kan som nevnt tidsbegrensede kontrakter ikke sies opp av kontraktspartene før kontraktens utløpstid, *med mindre noe annet er avtalt*. Ovenfor er det redegjort for hvilke regler som gjelder for varigheten av tidsbegrensede kontrakter uten oppsigelsesadgang. Spørsmålet i det følgende er hvilke regler som gjelder der det er avtalt en oppsigelsesrett.

Tidsbegrensede kontrakter med en ubetinget oppsigelsesrett på oppdragsgivers hånd fremstår umiddelbart som mindre problematisk i lys av konkurranseprinsippet enn de andre variantene. Dette fordi det både er begrenset hvor lenge kontrakten løper på det meste, og oppdragsgiver kan velge å si opp kontrakten før utløpstiden dersom konkurransesituasjonen skulle tilsi det. KOFA synes også å vurdere oppsigelige kontrakter mindre strengt enn uoppsigelige: KOFA tillot i sak 2013/66 en kontrakt på ti år, uten at kontraktslengden var begrunnet i investeringer

¹⁶³ jf. FOA § 19-1 (1) og 8-12 (1).

¹⁶⁴ Jf. LOA § 4.

¹⁶⁵ Prop. 51 L (2015-2016) side 82.

¹⁶⁶ Jf. f.eks. KOFA-sak 2011/229 avsnitt 34 og sak 2010/23 avsnitt 44.

¹⁶⁷ Avsnitt 44.

fra leverandørens side eller lange avskrivningsperioder. Kontrakten inneholdt en oppsigelsesklausul med oppsigelsesfrist på seks måneder.¹⁶⁸

Klagenævnet for Udbud synes å tillegge oppsigelsesmuligheten enda større vekt, og mener at det ikke oppstår et spørsmål i forbindelse med kontraktsinngåelsen om en oppsigelig kontrakt har for lang varighet, fordi «[i]ndklagede kan (...) til enhver tid opsi kontrakten og foretage nyt udbud».¹⁶⁹ Saken gjaldt en kontrakt på fire år med 2 ganger 2 års rett til forlengelse, det vil si totalt åtte år. Oppdragsgiver hadde ifølge kontrakten en oppsigelsesrett med 3 måneders oppsigelsesfrist. Klager anførte at det ikke var saklig grunn for å inngå en kontrakt med så lang varighet, hvorpå Klagenævnet uttalte følgende:

«Når en ordregiver efter at have gennemført EU-udbud indgår en kontrakt, som ordregiveren efter kontraktens indhold – med et efter kontraktens beskaffenhed passende varsel – når som helst kan opsi, opstår der ikke spørgsmål, om ordregiveren ved indgåelse af kontrakten har handlet i strid med det EU-udbudsretlige princip om, at offentlige kontrakter af hensyn til at tilgodese konkurrencen som udgangspunkt med et vist mellemrum skal udsættes for konkurrence.»¹⁷⁰

Dette trekker i retning av at oppdragsgiver kan inngå en hvilken som helst langvarig kontrakt, så lenge han har forbeholdt seg en oppsigelsesrett.

En oppsigelsesrett er imidlertid lite verdt dersom oppdragsgiveren ikke faktisk benytter seg av denne. Jakobsen synes av denne grunn å mene at en oppsigelig kontrakt i utgangspunktet må bedømmes likt som en uoppsigelig kontrakt.¹⁷¹ Forfatteren tar til orde for at en oppsigelsesrett kun inngår som et moment i helhetsvurderingen, og begrunner dette med at det normalt er en forutsetning for partene at kontrakten skal løpe i hele den avtalte perioden. Dette har etter mitt skjønn gode grunner for seg. Det ville gitt lite mening om oppdragsgiveren kunne omgå de begrensninger som gjelder for varigheten av tidsbegrensede kontrakter, kun ved å gi seg selv en oppsigelsesrett.

Forutsetningen for å vurdere en oppsigelig kontrakt annerledes enn en uoppsigelig kontrakt, må derfor være at det kan oppstilles en oppsigelsesplikt.¹⁷² I samme sak som referert til over antyder Klagenævnet at det kan inntre en slik plikt, idet det uttaler følgende:

¹⁶⁸ Se avsnitt 49-50.

¹⁶⁹ Klagenævnets avgjørelse, 18. februar 2008, Willis mod Lejerbo, side 11.

¹⁷⁰ Klagenævnets avgjørelse, 18. februar 2008, Willis mod Lejerbo, side 10.

¹⁷¹ Jakobsen (2016) side 241. Det er litt uklart om forfatteren her gir uttrykk for sin vurdering av gjeldende rett eller de lege ferenda.

¹⁷² Se oppgavens punkt 3.4.2 om oppdragsgivers oppsigelsesplikt for tidsbegrensede kontrakter.

«Derimod kan der for en ordregiver, som efter at have gennemført EU-udbud har indgået en sådan opsigelig kontrakt, men som ikke udnytter muligheden for at opsi­ge kontrakten, men derimod over en længere årrække lader kontrakten løbe videre, opstå det spørsmål, om ordregiveren herved handler i strid med det EU-udbudsretlige princip om, at offentlige kontrakter som udgangspunkt med et vist mellemrum skal ud­settes for konkurrence.»¹⁷³

Hvorvidt en avtalt oppsigelsesadgang inngår som et moment i en helhetsvurdering, eller fullt ut avhjelper enhver kontraktslengde, er ikke helt klart. Det siste må forutsette at det kan inntre en oppsigelsesplikt dersom oppdragsgiveren ikke benytter seg av oppsigelsesmuligheten. Hensynet til effektiv konkurranse og leverandørens forutberegnelighet taler likevel for at en oppsigesklausul kun inngår som et moment i vurderingen, særlig i den grad det erkjennes at en oppsigelsesplikt i praksis forutsetter at en tredjeperson bringer saken inn for KOFA eller domstolene. Av samme grunn mener jeg at tidsubegrensede kontrakter bør unngås.¹⁷⁴

3.4 Tidsubegrensede kontrakter

3.4.1 Om adgangen til å inngå en tidsubegrenset kontrakt

Anskaffelsesregelverket oppstiller ikke noe uttrykkelig forbud mot tidsubegrensede avtaler.¹⁷⁵ Tvert imot forutsetter FOA at det er adgang til å inngå kontrakter uten tidsavgrensning, idet det er bestemt at «for tidsubegrensede kontrakter (...) skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48» (min understrekning).¹⁷⁶

EU-domstolen har også slått fast i *Pressetext*-saken fra 2008 at oppdragsgiver har adgang til å inngå en tidsubegrenset kontrakt.¹⁷⁷ Saken reiste primært spørsmål om det var inngått slike endringer i kontrakten at dette måtte anses som inngåelse av en ny kontrakt, hvor én av de diskuterte endringene var en fornyelse av en klausul hvor oppdragsgiveren frasa seg retten til oppsigelse de neste tre år. I denne forbindelse uttalte Domstolen at det «på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin [ikke er] noget til hinder for indgåelsen af tidsubegrænsede offentlige tjenesteydelsesaftaler».¹⁷⁸

To år senere, i C-451/08 *Helmut Müller* (2010), fant Domstolen at konsesjonskontrakter må være tidsbegrenset: «For så vidt angår varigheden af koncessionskontrakterne er der under alle omstændigheder tungtvejende grunde, herunder særligt opretholdelsen af konkurrencen,

¹⁷³ Klagenævnets avgjørelse, 18. februar 2008, Willis mod Lejerbo, side 10.

¹⁷⁴ Se oppgavens punkt 3.4.1 og kapittel 5.

¹⁷⁵ For konsesjonskontrakter er det uttrykkelig oppstilt et forbud mot tidsubegrensede kontrakter, jf. forskrift av 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter § 8-12.

¹⁷⁶ FOA § 5-4 (12) bokstav b, sml. anskaffelsesdirektivet art. 5 nr. 14 (b).

¹⁷⁷ C-454/06 *Pressetext*, avsnitt 74.

¹⁷⁸ Avsnitt 74.

som taler for at betrakte tildeling af en koncessionskontrakt uden tidsbegrænsning som værende i strid med Unionens retsorden, således som generaladvokaten har anført i punkt 96 og 97 i forslaget til afgørelse». ¹⁷⁹ EU-domstolens uttalelser dreier seg imidlertid uttrykkelig om «konesjonskontrakter». Henvisningen til generaladvokats forslag til avgjørelse viser også at dens standpunkt er nærmere begrunnet i *konesjonskontraktens* særtrekk. Generaladvokaten trekker nemlig i sitt forslag frem forskjellene mellom konsesjonskontrakter og alminnelige kontrakter. ¹⁸⁰ Det pekes på at det er konsesjonshaver som bærer den økonomiske risikoen i forbindelse med driften og at en tidsubegrenset kontrakt vil innebære at leverandøren alltid vil ha mulighet til å «rette op på eventuelle perioder med vanskeligheter», i strid med konseptet om konsesjonskontrakter. ¹⁸¹ EU-domstolens uttalelser i *Helmut Müller* kan derfor ikke uten videre tas til inntekt for at det gjelder et tilsvarende forbud mot tidsubegrensede kontrakter i alminnelighet. Dette støttes av at konsesjonsdirektivet nå uttrykkelig forbyr tidsubegrensede konsesjonskontrakter, ¹⁸² i motsetning til hva anskaffelsesdirektivet gjør for «vanlige» kontrakter.

EU-domstolen har ikke siden *Pressetext* (2008) uttalt seg om adgangen til å inngå alminnelige kontrakter uten tidsbegrænsning. Utgangspunktet må derfor være at oppdragsgiver står fritt til å inngå en tidsubegrenset kontrakt. Et slikt utgangspunkt støttes av Klagenemndas praksis, og det gir mening til reglene om verdiberegning av tidsubegrensede tjenestekontrakter. ¹⁸³ Det kan også trekkes frem at det nå er slått uttrykkelig fast i FOA § 30-1 (5) annet punktum at kontrakter innen helse- og sosialsektoren kan inngås på ubestemt tid.

En minste forutsetning for å kunne inngå en tidsubegrenset kontrakt må imidlertid være at oppdragsgiver har forbeholdt seg en oppsigelsesrett. Generaladvokat Kokott fremholder at det ville være anskaffelsesrettslig problematisk med en tidsubegrenset avtale uten mulighet for oppdragsgiver til å si opp denne, fordi «[e]n sådan aftale (...) med tiden [ville] udelukke enhver form for konkurrence mellem mulige tjenesteydere og følgelig grundlæggende være i strid med udbudsdirektivernes formål.» ¹⁸⁴

¹⁷⁹ C-451/08 *Helmut Müller* avsnitt 79.

¹⁸⁰ Generaladvokat Mengozzis forslag til avgjørelse i sak C-451/08 *Helmut Müller*, avsnitt 94 flg.

¹⁸¹ Generaladvokatens forslag avsnitt 95. En konsesjonskontrakt kjennetegnes ved at vederlaget for det som skal utføres består av retten til å utnytte tjenesten, slik at leverandøren bærer risikoen for å få dekket sine investeringer, jf. konsesjonskontraktforskriften § 1-2.

¹⁸² Jf. EUs konsesjonskontraktdirektiv (2014/23) artikkel 18 nr. 1 første punktum, jf. konsesjonskontraktforskriften § 8-12 (3).

¹⁸³ F.eks. KOFAs saker 2010/361 og 2011/14. Se FOA § 5-4 (12) bokstav b.

¹⁸⁴ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-454/06 *Pressetext*, avsnitt 74.

Det er klart at en tidsbegrenset kontrakt *uten noen som helst oppsigelsesmulighet* vil være en ulovlig omgåelse av anskaffelsesregelverket. Dette ville holdt det aktuelle oppdraget ute fra enhver fremtidig konkurranse. En oppsigelsesadgang gir derimot oppdragsgiveren mulighet til å avvikle kontraktsforholdet etter hvert som konkurransen skulle tilsi det. Forenklingsutvalget legger så til grunn at en tidsbegrenset kontrakt er nødt til å inneholde en oppsigelsesklausul for å være lovlig.¹⁸⁵ En *klausul* om dette skal strengt tatt ikke være nødvendig, ettersom det gjelder en alminnelig hovedregel i norsk rett om at en tidsbegrenset avtale kan sies opp med et passende varsel.¹⁸⁶ Forutsetningen for å kunne inngå en tidsbegrenset kontrakt må derfor være at oppdragsgiveren ikke uttrykkelig har frasagt seg sin oppsigelsesrett.¹⁸⁷

En oppsigelsesrett er imidlertid som nevnt lite verdt dersom oppdragsgiveren ikke faktisk benytter seg av denne. Når EU-domstolens synes å forutsette i *Pressetext* at en tidsbegrenset kontrakt må inneholde en oppsigelsesmulighet, er det derfor nærliggende å spørre om det kan oppstilles en oppsigelsesplikt i de tilfeller oppdragsgiveren ikke faktisk sier opp kontrakten etter en viss tid. Denne problemstillingen kommer vi tilbake til i punkt 3.4.2.

Hvorvidt oppsigelsesadgang er den *eneste* forutsetningen for å kunne inngå en tidsbegrenset kontrakt, er ellers noe uklart. Selv om EU-domstolen slo fast i *Pressetext*-saken at EU-rettens anskaffelsesregelverk ikke er til hinder for inngåelsen av tidsbegrensede kontrakter, ble det i samme sak gitt uttrykk for at slike kontrakter er lite forenlige med formålet bak anskaffelsesreglene.¹⁸⁸ I norsk juridisk litteratur er det uttalt at tidsbegrensede offentlige kontrakter «i utgangspunktet ikke [er] å anbefale, da det lett vil bli kritisert allerede i konkurransefasen og kan lede til angrep fra leverandører som ikke når opp i konkurransen.»¹⁸⁹ I dansk litteratur er det, et skritt videre, tatt til orde for at slike kontrakter bare helt unntaksvis kan tillates.¹⁹⁰

Hensynet til effektiv konkurranse og leverandørens forutberegnelighet tilsier at offentlige vare- og tjenestekontrakter som hovedregel bør være tidsbegrensede. Leverandørene vil i så fall vite når det blir en ny konkurranserunde, og de kan innrette sin virksomhet deretter. Slik blir konkurransen om oppdraget antagelig større enn der ny konkurranse avholdes etter en oppsigelse. Til tross for dette, er det ikke rettslig grunnlag per i dag for å oppstille en generell regel om at tidsbegrensede bare helt unntaksvis er tillatt. Hvorvidt hensynene til blant annet konkurranse og forutberegnelighet kan tilsi noe annet i et konkret tilfelle, kan ikke utelukkes.

¹⁸⁵ NOU 2014: 4 side 135.

¹⁸⁶ Hagstrøm (2011) side 241.

¹⁸⁷ Adgangen for oppdragsgiver til å frasi seg oppsigelsesretten kun for en viss periode omtales i punkt 3.4.4.

¹⁸⁸ C-454/06 avsnitt 73.

¹⁸⁹ Goller (2014) side 101-102.

¹⁹⁰ Jakobsen (2016) side 241

3.4.2 Oppdragsgivers oppsigelsesplikt

3.4.2.1 Rettslig grunnlag

I den utstrekning inngåelsen av en tidsbegrenset vare- eller tjenestekontrakt tillates, oppstår det et spørsmål om oppdragsgiveren kan ha en *plikt* til å ta i bruk oppsigelsesretten og si opp kontrakten etter en viss tid for å gjennomføre ny konkurranse. I motsatt fall, vil kontrakten i prinsippet kunne løpe uendelig, hvis ikke oppdragsgiver *velger* å si den opp. I forlengelsen av dette, oppstår spørsmålet om *når* slik plikt eventuelt inntreffer (se punkt 3.5.2.2 nedenfor).

Anskaffelsesregelverket inneholder ikke regler som eksplisitt pålegger oppdragsgiver å si opp en langvarig løpende kontrakt. Som Forenklingsutvalget påpeker, vil også eventuelle negative virkninger av at en kontrakt faktisk får løpe over lang tid, i en viss grad kompenseres gjennom forbudet mot å gjøre vesentlige endringer.¹⁹¹

Som redegjort for tidligere tilsier imidlertid konkurranseprinsippet at offentlige kontrakter konkurranseutsettes med forholdsvis korte mellomrom.¹⁹² Tidsbegrensede kontrakter som faktisk får løpe over lang tid vil, i likhet med langvarige tidsbegrensede kontrakter, være til hinder for effektiv konkurranse. Dette fordi andre potensielle leverandører i samme periode blir avskåret fra muligheten til å kunne levere sine produkter og tjenester. Når inngåelsen av tidsbegrensede kontrakter tillattes, samtidig som det erkjennes at unnlatt oppsigelse etter en viss periode kan være til hinder for effektiv konkurranse, tilsier kravet til konkurranse at det må oppstilles en oppsigelsesplikt.

Det finnes en viss indirekte støtte for en oppsigelsesplikt i EU-domstolens sak *Pressetext*.¹⁹³ Domstolen uttaler at tidsbegrensede kontrakter «med tiden» vil kunne hindre konkurransen mellom potensielle leverandører.¹⁹⁴ Formuleringen kan tyde på at en kontrakt som er lovlig inngått, likevel med tiden kan komme i strid med regelverket dersom den ikke sies opp.

KOFA har også i en rekke saker konkludert med at oppdragsgiver har hatt en oppsigelsesplikt. En gjennomgang av disse sakene viser imidlertid at det ofte foreligger spesielle grunner, det vil si utenom selve varigheten: I sak 2009/144 var det snakk om en kontrakt som aldri var blitt konkurranseutsatt fordi det ved kontraktsinngåelse bare fantes én leverandør i markedet.¹⁹⁵ I sakene 2010/338 og 2011/65 var vilkårene for unntak fra kunngjøring ikke lenger oppfylt. I

¹⁹¹ NOU 2014: 4 side 135. Adgangen til å gjøre endringer i kontrakten er regulert i FOA §§ 11-2 og 28-1 flg.

¹⁹² Slik også Klagenævnet for Udbud presiserer i sin avgjørelse 18. februar 2008, Willis mod Lejerbo, side 10.

¹⁹³ C-454/06 *Pressetext*. Dette mener også Forenklingsutvalget, jf. NOU 2014:4 side 135.

¹⁹⁴ Avsnitt 73.

¹⁹⁵ Kontrakten var også inngått før anskaffelsesregelverket trådte i kraft.

sak 2011/229 hadde en tidsbegrenset kontrakt blitt forlenget på ubestemt tid, uten at det fantes hjemmel for dette i kontrakten. I sakene 2010/222 og 2010/361 var kontraktene opprinnelig inngått i strid med anskaffelsesregelverket (pga. manglende kunngjøring). Selv om flere av de nevnte sakene gjaldt kontrakter som hadde løpt forholdsvis lenge, ble det tilsynelatende ikke i noen av disse sakene oppstilt en oppsigelsesplikt *alene på grunn av kontraktens varighet*.

I KOFA's sak 2011/14 uttalte nemnda seg om betydningen av kontraktens varighet i relasjon til oppsigelsesplikten. Saken gjaldt spørsmål om det forelå en oppsigelsesplikt av en kontrakt som klager mente var inngått i strid med anskaffelsesregelverket (på grunn av manglende kunngjøring). Nemnda tok ikke stilling til hvorvidt kontrakten skulle vært kunngjort, idet man fant at klagefristen uansett ikke var overholdt. Etter en gjennomgang av tidligere KOFA-avgjørelser om oppsigelsesplikt, uttalte nemnda følgende om kontraktens varighet:¹⁹⁶

«Som det fremkommer av alle de nevnte sakene, er varigheten av avtalene et relevant moment i vurderingen av hvorvidt det foreligger en plikt til å si opp avtalen. Dette gjelder uavhengig av om avtalene er tidsbegrensede eller tidsubegrensede (...).

På samme måte som for avtalene i sak 2010/361, er avtalen i foreliggende sak tidsubestemt. Av avtalens punkt 8 fremgår det at avtalen tok til å løpe 1. januar 2008, og innklagede har opplyst at avtalen per 26. april 2011 ikke var terminert. Til forskjell fra avtalene i sak 2010/361, som hadde hatt en varighet på nærmere ti år før de ble klaget inn for klagenemnda, hadde herværende avtale dermed vart i mindre enn tre år på tidspunktet for klagen til klagenemnda. Også for de øvrige gjennomgåtte saker der nemnda har kommet til at det forelå oppsigelsesplikt, har avtalene vart lenger enn avtalen i foreliggende sak (...).

På bakgrunn av avtalens varighet frem til nå, finner klagenemnda ikke at det har oppstått noen oppsigelsesplikt for innklagede. (...) Klagenemnda vil imidlertid påpeke at en plikt til oppsigelse vil kunne inntre etter hvert som avtalen løper videre. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på når en slik oppsigelsesplikt kan tenkes å oppstå.»

Dette kan tyde på at kontraktsvarigheten kun er et moment i vurderingen av om oppdragsgiver har (hatt) en oppsigelsesplikt, ved siden av (andre) forhold som tilsier en slik plikt. KOFA's praksis viser at det ofte er flere forhold samtidig som tilsier en oppsigelsesplikt. Det er for eksempel begått regelbrudd i forbindelse med inngåelsen av kontrakten eller skjedd endringer i de faktiske forhold etter at kontrakten ble inngått – i tillegg til at kontrakten har hatt en lang varighet. KOFA har, etter hva jeg kan finne, ikke noen gang oppstilt en oppsigelsesplikt alene på bakgrunn av kontraktens varighet. Oppsigelsesplikten som er oppstilt i flere av de nevnte sakene, fremstår derfor heller som en reaksjon på flere samvirkende forhold.

¹⁹⁶ Avsnitt 27-29.

Spørsmålet er derfor om konkurranseprinsippet kan danne grunnlag for en oppsigelsesplikt av en tidsbegrenset kontrakt, alene fordi kontrakten har fått løpe for lenge. Gode grunner taler for det. Først og fremst er det ikke grunn til å innrømme lenger løpetid der kontrakten løper frem til oppsigelse, enn der kontraktens varighet er fastsatt på forhånd.¹⁹⁷ Snarere tvert imot. Hensynet til konkurranse og leverandørens forutberegnelighet tilsier at kontrakten kun får løpe så lenge som er normalt for den type kontrakt, slik at leverandørene har bedre muligheter for å innrette seg med tanke på ny konkurranse. Klagenævnet for Udbud har også utledet et prinsipp fra EU-retten om at offentlige kontrakter må gjøres til gjenstand for konkurranse «med et vist mellomrum», og dette kan bare skje dersom det oppstilles en oppsigelsesplikt.¹⁹⁸

3.4.2.2 Manglende oppsigelse som en ulovlig direkteanskaffelse

En oppsigelsesplikt samsvarer dårlig med de klagefristene som gjelder for tredjeparter ved påstand om regelbrudd: Klagenemndas adgang til å ilegge overtredelsesgebyr bortfaller «to år etter at kontrakten er inngått», og et søksmål om å kjenne en kontrakt uten virkning må reises innenfor samme frist.¹⁹⁹ Disse reglene avskjærer tilsynelatende en konkurrerende leverandør fra å angripe en tidsbegrenset kontrakt som har løpt i mer enn to år.

KOFA har imidlertid lagt til grunn at manglende oppsigelse av en langvarig løpende avtale kan likestilles med inngåelse av en ny avtale, og følgelig en ulovlig direkteanskaffelse.²⁰⁰ Dermed kan klagefristen på to år anses overholdt, selv om klage er blitt fremsatt senere enn to år fra (den opprinnelige) kontraktsinngåelsen.²⁰¹ KOFA underbygger dette med at det ikke er grunn til å behandle en stadig løpende kontrakt ulikt fra en kontrakt som forlenges uten at det er grunnlag for forlengelsen i kontrakten.²⁰² Nemnda viser til forarbeidene,²⁰³ hvor det nevnes som et eksempel på en ulovlig direkteanskaffelse at «oppdragsgiver forlenger (...) avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt til å gjøre dette». KOFA henter også støtte for sitt synspunkt hos Arrowsmith, som tilsvarende argumenter for at en stadig løpende tidsbegrenset kontrakt må likestilles med tidsforlengelse.²⁰⁴

¹⁹⁷ Se oppgavens punkt 3.3 om tidsbegrensede kontrakter.

¹⁹⁸ Klagenævnet for Udbud, 18. februar 2008 *Willis mod Lejerbo*, side 10.

¹⁹⁹ Jf. LOA §§ 12 (4) og 15 (4). Se nærmere i oppgavens punkt 4.3.

²⁰⁰ Jf. f.eks. sak 2010/361 avsnitt 32 flg.

²⁰¹ KOFA-sak 2011/14 avsnitt 18.

²⁰² Se sak 2010/361 avsnitt 35.

²⁰³ Ot.prp.nr.62 (2005-2006), om blant annet innføringen av sanksjonen overtredelsesgebyr, side 26

²⁰⁴ Se Arrowsmith (2005) side 294.

En slik sammenlikning har gode grunner for seg. I likhet med en tidsbegrenset kontrakt som forlenges uten hjemmel for dette, vil det svekke konkurransen og ikke minst leverandørens forutberegnelighet om en tidsbegrenset kontrakt stadig forsetter å løpe. Grunnen til at jeg nevner dette allerede her, og ikke venter til håndhevelseskapitlet, er at kunngjøringsplikten – og det avledede forbudet mot direkteanskaffelser – i denne sammenheng fungerer like mye som et rettsgrunnlag for oppsigelsesplikten, som en virkning av unnlatt oppsigelse. I likhet med endringer i kontrakten,²⁰⁵ anser KOFA det for å representere en ny avtale at en løpende avtale ikke sies opp tidnok.

3.4.2.3 *Markedsundersøkelser*

Det kan spørres om det er tilstrekkelig å gjennomføre markedsundersøkelser for å avdekke om det er hensiktsmessig å gjennomføre en ny konkurranse. KOFA-sak 2011/231 kan trekke i denne retning. Saken gjaldt en tidsbegrenset tjenestekontrakt som løp i omtrent åtte år før den ble sagt opp. Nemnda avviste at kommunen hadde hatt en oppsigelsesplikt på et tidligere tidspunkt, og viste blant annet til at oppdragsgiver hadde gjort undersøkelser for å avdekke om det var lønnsomt å avholde ny konkurranse på et tidligere tidspunkt – noe det ikke var.²⁰⁶

Sammenliknet med forskriftens strenge kunngjøringsplikt,²⁰⁷ er det imidlertid vanskelig å finne gode argumenter for at rene markedsundersøkelser er tilstrekkelig for å sikre en reell og effektiv konkurranse.²⁰⁸ Særlig gjelder dette overfor nye leverandører. Det er videre tvilsomt om slike undersøkelser vil gi oppdragsgiveren et godt nok grunnlag for å vurdere om det er økonomisk fordelaktig å la den eksisterende avtalen løpe.²⁰⁹ Dette fordi leverandørene neppe vil strekke seg like langt i sine tilbud som hvis de deltok i en konkurranse. Hovedregelen må være derfor at en oppsigelsesplikt ikke kan avhjelpes gjennom rene markedsundersøkelser.

3.4.2.4 *Når inntre oppsigelsesplikten?*

Hvilket tidspunkt oppsigelsesplikten inntre (hvor ofte en kontrakt må konkurranseutsettes) beror i utgangspunktet på en tilsvarende vurdering som ved spørsmålet om hvilken kontraktslengde som er tillatt for en tidsbegrenset kontrakt.²¹⁰ Momenter som taler for at kontrakten fortsetter å løpe må veies opp mot kontraktsvarighetens konkurransebegrensende effekt.

²⁰⁵ jf. FOA §§ 11-2 og 28-1 flg.

²⁰⁶ Avsnitt 17.

²⁰⁷ Jf. FOA §§ 8-17 og 21-1.

²⁰⁸ Se også Se Rapport om pensjonsleverandør for helseforetakene (2011) side 62.

²⁰⁹ Se Rapport om pensjonsleverandør for helseforetakene (2011) side 62.

²¹⁰ FADs veileder (2013). Se oppgavens punkt 3.3.

Det vil blant annet kunne tale for en oppsigelsesplikt at nye leverandører har etablert seg på markedet siden kontraktsinngåelse.²¹¹ Det samme gjelder der markedet har utviklet seg siden kontraktsinngåelse, slik at pris/kvalitet på produktene eller tjenestene er blitt bedre. Forhold som på den annen side kan forsvare lengre kontraktsperioder, er kostnader i forbindelse med skifte av leverandør eller avskrivningsperioden for materialer og utstyr som leverandøren har investert i kontrakten.²¹² KOFA har som nevnt lagt særlig stor vekt på avskrivningsperioden for materialer m.m. som ikke kan brukes i andre oppdrag eller selges på brukmarkedet.²¹³ Det kan også tale for en lengre kontraktstid at personlige brukerne av tjenestene har et særskilt behov for kontinuitet, f.eks. innen helse- og sosialsektoren.²¹⁴

Det er for øvrig grunn til å være (enda) strengere overfor tidsbegrensede kontrakter enn ved de tidsbegrensede med hensyn til varigheten. Dette fordi leverandørenes forutberegnelighet i utgangspunktet er dårligere ivarettatt ved tidsbegrensede kontrakter. Det er uvisst hvor lenge kontrakten faktisk vil løpe, og det er derfor vanskeligere for de andre leverandørene å innrette sin virksomhet på en måte som gjør at de kan delta i konkurransen om det samme oppdraget når kontrakten sies opp. Hensynet til forutberegnelighet og effektiv konkurranse taler for at oppsigelsesplikten i utgangspunktet inntreer når kontrakten har løpt like lenge som denne type kontrakt vanligvis løper. En kan se det slik at leverandørene ikke har fått konkurrere om den perioden av kontrakten som går utover normaltiden. Anskaffelsesrettens konkurranseprinsipp kan imidlertid tilsi at offentlige kontrakter må utsettes for konkurranse *oftere* enn tilsvarende kontrakter mellom private aktører, særlig ved anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene. Det er derfor ikke nødvendigvis en god nok grunn i seg selv for å la kontrakten løpe i lang tid, at tilsvarende private kontrakter løper like lenge.

3.4.3 Kontrakter inngått før ikrafttredelsen av anskaffelsesregelverket

3.4.3.1 *Problemstillingen*

Ovenfor er det redegjort for hvordan konkurranseprinsippet kan innebære en oppsigelsesplikt for oppdragsgiver etter hvert som kontrakten løper over lengre tid. En problemstilling er om en tilsvarende oppsigelsesplikt kan oppstilles der en kontrakt er inngått før EØS-loven trådte i kraft 1. januar 1994, og som fremdeles løper.²¹⁵ Problemstillingen kan også formuleres som et spørsmål om hvorvidt anskaffelsesregelverket kan gis tilbakevirkende kraft.

²¹¹ KOFA-saker 2009/144 og 2010/361.

²¹² KOFA-saker 2010/197 avsnitt 91 og 2010/23 avsnitt 42 og 44.

²¹³ NOU 2014:4 side 134.

²¹⁴ Se FOA § 30-1 (5) og oppgavens punkt 3.3.3.6.

²¹⁵ Jf. OPPHEVET lov av 27. november 1992 nr. 109 og lov av 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser mv. (som trådte i kraft samtidig og som gjennomførte våre forpliktelser etter EF-direktiv 92/50).

3.4.3.2 Tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97

Grunnloven § 97 forbyr lover med *tilbakevirkende kraft*.²¹⁶ Stat, fylkeskommune, kommune eller offentligrettslige organer mv. kan ikke påberope seg grunnlovsvernet i § 97, selv ikke når det opptrer som part i et kontraktsforhold med en privat aktør.²¹⁷ Bestemmelsen gir kun beskyttelse til private borgere og selskaper mv. Det er derfor leverandøren som eventuelt må påberope seg tilbakevirkningsforbudet som grunnlag for at oppdragsgiveren ikke kan ha noen oppsigelsesplikt.

Tilbakevirkningsforbudet skal blant annet sikre forutberegnelighet, og er til hinder for at nye lover knytter ugunstige virkninger til tidligere handlinger, unnlater eller begivenheter.²¹⁸ Forbudet beskytter også i en viss grad mot at det med virkning fremover i tid blir grepet inn i et bestående rettsforhold (såkalt «uegentlig tilbakevirkning»²¹⁹). Hvis konkurranseprinsippet kan innebære en oppsigelsesplikt for kontrakter som er inngått før regelverkets trådte i kraft, er det i så fall snakk om en «uegentlig tilbakevirkning».

Grunnloven § 97 inneholder ikke et absolutt forbud mot uegentlig tilbakevirkning.²²⁰ Etter Høyesteretts praksis er denne typen tilbakevirkning bare i strid med grunnloven dersom den er særlig urimelig eller urettferdig. En slik urimelighet kan tenkes å foreligge der leverandøren har investert tungt i kontrakten, og derfor har (berettigede) forventinger om at avtalen skal fortsette å løpe utover den foreløpige avtaleperioden. I slike tilfeller vil det imidlertid neppe bli tale om en oppsigelsesplikt uansett. Lagt til grunn som en forutsetning for oppsigelsesplikt at oppdragsgiveren har en oppsigelsesrett, kan det også hevdes at en forventning om videre løpetid i alle tilfelle ikke er berettiget. Dersom en oppsigelse *ikke* vil medføre store ulemper for leverandøren, utover det faktum at leverandøren mister kontrakten, har jeg vanskelig for å se at forbudet mot tilbakevirkning i Grunnloven § 97 er til hinder for en oppsigelsesplikt. Domstolene har enda ikke vurdert forholdet til Grunnloven § 97 i denne sammenheng, og heller ikke KOFA syntes å ha sett dette som en problemstilling.

²¹⁶ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

²¹⁷ Skoghøy (2011) side 268.

²¹⁸ Skoghøy (2011) side 264.

²¹⁹ Jf. Rt. 1996 side 1415 (Borthen) på side 1424.

²²⁰ Jf. Rt. 2006 side 293 (Arves trafikkskole) avsnitt 58-60.

3.4.3.3 EU/EØS-rettens tilbakevirkende kraft

Som tidligere nevnt skal innholdet i og rekkevidden av de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 fastlegges i samsvar med EØS-retten.²²¹ En problemstilling er om EØS-retten hindrer slik tilbakevirkning som beskrevet ovenfor.

EU-domstolens avgjørelse i C-76/97 *Tögel* (1998), trekker klart i retning av at det etter EU/EØS-retten gjelder et tilbakevirkningsforbud på anskaffelsesrettens område. Saken gjaldt en tidsubegrenset rammeavtale om ambulansetjenester, inngått av østerrikske myndigheter og en privat leverandør i 1984. Kontrakten var inngått før Østerrike tiltrådte EU, og dermed før landets myndigheter ble forpliktet av EUs anskaffelsesregelverk. Et av flere spørsmål i saken var om EU-retten griper inn i et bestående rettsforhold som ikke er i overensstemmelse med anskaffelsesdirektivet.²²² Dette avviste EU-domstolen, som uttalte at «fællesskabsretten ikke pålegger en medlemsstats ordregivende myndighet, på opfordring fra en borger, at gripe ind i bestående retsforhold, som er indgået på ubestemt tid eller for flere år, når disse retsforhold er påbegyndt inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 92/50».²²³ Dette tilsier at det ikke kan oppstilles noen oppsigelsesplikt for en kontrakt inngått før anskaffelsesregelverket trådte i kraft. Det er imidlertid verdt å nevne at det er snart 20 år siden avgjørelsen i *Tögel* (1998), og at EU/EØS-retten og anskaffelsesdirektivene er i stadig utvikling, særlig ettersom EU-domstolen har inntatt en svært rettsskapende holdning.²²⁴ Det er derfor ikke sikkert at Domstolen hadde kommet frem til samme resultat i dag.

3.4.3.4 Klagenemndas praksis

KOFA har i et par saker vurdert om det forelå en oppsigelsesplikt overfor kontrakter som var inngått før EØS-avtalen og anskaffelsesregelverket trådte i kraft.

KOFA-sak 2009/144 gjaldt en rammeavtale om transporttjenester inngått i 1991 mellom Oslo Sporveier og Oslo TAXI. KOFA fant at kommunen hadde en plikt til å si opp avtalen etter hvert som nye aktører etablerte seg på markedet, og at alle tjenester utført i henhold til avtalen etter at oppsigelsesplikten inntrådte, utgjorde fortløpende ulovlige direkteanskaffelser.²²⁵ Nemnda viste først til EU-domstolens uttalelser C-76/97 *Tögel*, og påpeker nettopp at EUs anskaffelsesregelverk ikke får anvendelse på et «bestående rettsforhold».²²⁶ KOFA mente imidlertid at den foreliggende kontrakten ikke kunne anses som et «bestående rettsforhold»,

²²¹ Prop. 51. L (2015-2016) side 81.

²²² Direktiv 92/50/EF (dagjeldende anskaffelsesdirektiv).

²²³ Avsnitt 54, jf. avsnitt 48-50.

²²⁴ Se Sejersted (2011) side 55.

²²⁵ Avsnitt 37.

²²⁶ Avsnitt 34.

og at forholdet ikke var sammenlignbart med situasjonen i *Tögel*.²²⁷ Dette fordi kontrakten hadde en avtalt oppsigelsesrett med 12 måneders oppsigelsesfrist. Det KOFA tilsynelatende overser, er at minst én av de omtvistede rammeavtalene i *Tögel*-saken også kunne sies opp ved utgangen av hvert kalenderår, med tre måneders oppsigelsesfrist.²²⁸ Det kan dermed se ut som KOFA bygger sin avgjørelse på en misforståelse av faktum i *Tögel*-saken.

KOFA har også tatt stilling til anskaffelsesregelverkets tilbakevirkende kraft i en sak fra 2010. KOFA-sak 2010/4 gjaldt en kontrakt inngått i 1992 om innhenting og behandling av septikslam. I motsetning til ovennevnte KOFA-sak, var det her snakk om en tidsbegrenset kontrakt, fastsatt til å vare i 20 år, med opsjon på forlengelse med nye 20 år. Kontraktpartene hadde en kontraktsfestet oppsigelsesadgang, med oppsigelsesfrist på 3 år. Hovedspørsmålet i saken var om kontrakten var overdratt til en ny kontraktpart og om dette i så fall utgjorde slike vesentlige endringer i kontrakten at det måtte anses som inngåelse av en ny kontrakt. Dette ble avvist.²²⁹ KOFA gikk videre til å vurdere om oppdragsgiver likevel hadde hatt en plikt til å si opp kontrakten, antagelig på bakgrunn av at kontrakten aldri var blitt utsatt for konkurranse, den lange kontraktstiden og fordi nye aktører viste interesse for kontrakten.²³⁰ Det ble lagt til grunn at kontrakten måtte likestilles med en tidsbegrenset kontrakt, hensett til den lange varigheten. Deretter finner nemnda at kontrakten er å anse som et «bestående rettsforhold», fordi en oppsigelse «[i] motsetning til i sak 2009/144 (...), vil (...) innebære økonomiske konsekvenser for innklagede.»²³¹ Kontrakten inneholdt en klausul hvoretter oppdragsgiveren måtte tilkjenne leverandøren kompensasjon dersom den ble avvirket før avtaletidens utløp. KOFA fant altså at «denne erstatningsplikten på innklagedes hånd [må] innebære at avtalen med Herdla gård er et "*bestående rettsforhold*"», og følgelig at oppdragsgiver *ikke* har hatt en plikt til å si opp kontrakten.²³²

Det er vanskelig å forstå hva KOFA legger i begrepet «bestående rettsforhold», og hvor det henter sin forståelse fra. Slik jeg leser uttalelsene i *Tögel*, mener Domstolen med «bestående rettsforhold» kun at man står overfor en kontrakt som er inngått før anskaffelsesregelverket trådte i kraft, og som fremdeles løper med det i alt vesentlige samme innhold og de samme vilkår som før. Det er, slik jeg tolker EU-domstolens uttaler, utelukket i henhold til EU/EØS-retten å oppstille en oppsigelsesplikt for oppdragsgiver i begge ovennevnte KOFA-saker.

²²⁷ Avsnitt 35.

²²⁸ Se Generaladvokat Fennelys forslag til avgjørelse i C-76/97 *Tögel*, avsnitt 66.

²²⁹ Sak 2010/4 avsnitt 50-51.

²³⁰ Avsnitt 52. Det fremgår ikke helt klart hva som er den faktiske bakgrunnen for en eventuell oppsigelsesplikt.

²³¹ Avsnitt 56.

²³² Avsnitt 58. Dette resultatet kunne KOFA antagelig også kommet frem til kun ved å vise til at den lange kontraktsperioden var forsvarlig ut ifra leverandørens store investeringer i kontrakten, se avsnitt 56 flg.

EU/EØS-rettens anskaffelsesregler, herunder anskaffelsesdirektivet, angir kun minimumskrav til norske lovgivningsmyndigheter. Det er derfor i utgangspunktet ikke noe i veien for at det norske regelverket oppstiller strengere regler enn EU/EØS-rettens gjør, for eksempel at «det norske» kravet til konkurranse går lenger enn det tilsvarende kravet i EU/EØS-retten. Ut ifra KOFA's praksis kan det derfor spørres om de «norske» prinsippene har tilbakevirkende kraft, selv om de beslektede prinsippene i EU/EØS-retten ikke har det. I de to nevnte KOFA-sakene viser KOFA imidlertid til praksis fra EU-domstolen, og det er derfor vanskelig å se det slik at KOFA har bygget avgjørelsene på utelukkende nasjonalt grunnlag. Dette er også lite trolig i lys av departementets uttalelser om at de norske prinsippene ikke skal gis et videre eller annet innhold enn EØS-retten gir grunnlag for.²³³

Min konklusjon er derfor at anskaffelsesreglene ikke kan danne grunnlag for rettigheter og plikter hos partene i et kontraktsforhold som er inngått før anskaffelsesregelverket trådte i kraft 1. januar 1994, og hvor det ikke er gjort vesentlige endringer etter dette skjæringspunktet som må anses for å utgjøre en ny avtaleinngåelse i regelverkets forstand. Det kan altså ikke oppstilles en oppsigelsesplikt hos oppdragsgiver på grunnlag av kontraktens varighet, når det er snakk om en «gammel» kontrakt.

3.4.4 Tidsubegrensede kontrakter med bindingstid

Det gjelder som nevnt en alminnelig hovedregel i norsk rett at tidsubegrensede kontrakter kan sies opp av begge parter med et rimelig varsel.²³⁴ Ovenfor konkluderer jeg med at offentlige tidsubegrensede kontrakter kun er tillatt så lenge oppdragsgiveren ikke har frasagt seg retten til å si opp kontrakten.²³⁵ Dette fordi offentlige kontrakter må konkurransesettes med jevne mellomrom. Spørsmålet er om anskaffelsesregelverket tillater at oppdragsgiveren sier fra seg oppsigelsesretten *kun for en viss periode* (avtale en bindingstid).

Presstext-saken gjaldt blant annet et spørsmål om det utgjorde en ulovlig endring i kontrakten å fornye en klausul der oppdragsgiveren ga avkall på retten til å si opp kontrakten i tre år.²³⁶ Domstolen uttalte i denne forbindelse at «en klausul, hvorved parterne forpligter sig til i en bestemt periode ikke at opsigte en tidsubegrenset aftale, ikke på forhånd anses for at være ulovlig i forhold til fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter».²³⁷ Slik jeg forstår Domstolen, gjelder det ikke noe absolutt forbud («på forhånd») mot bindingsklausuler, men

²³³ Prop. 51 L (2015-2016) side 81.

²³⁴ Hagstrøm (2011) side 241.

²³⁵ Se oppgavens punkt 3.4.1.

²³⁶ C-454/06 *Presstext*, avsnitt 27.

²³⁷ Avsnitt 74 og 75.

det må vurderes konkret hvilken effekt en slik klausul har på konkurransen.²³⁸ Domstolen fant i nevnte sak at en bindingsklausul på tre år ikke hindret myndighetene fra å gå til oppsigelse i usedvanlig lang tid, i forhold til den tiden det tar å tilrettelegge for en oppsigelse. Domstolen uttalte at «[u]nder disse omstendigheter er det ikke påvist, at en sådan oppsigelsesklausul – forudsatt at den ikke systematisk genindsættes i kontrakten, innebærer en risiko for at fordreje konkurrencevilkårene til skade for mulige nye tilbudsgivere.» Regelverket er altså ikke til hinder for at oppdragsgiveren frasier seg oppsigelsesretten for en viss periode, men dersom en slik klausul stadig gjeninntas i en løpende kontrakt eller gjelder for en meget lang periode, kan det stride mot konkurranseprinsippet. Generaladvokatens forslag til avgjørelse trekker i samme retning, hvor det uttales følgende:²³⁹

«Det ville være udbudsretligt problematisk i tillæg til et løbende, tidsubegrænset kontraktforhold at aftale et længerevarende opsigelsesafkald, eller endog helt at udelukke den ordregivende myndigheds ret til opsigelse. En sådan aftale ville nemlig med tiden udelukke enhver form for konkurrence mellem mulige tjenesteydere og følgelig grundlæggende være i strid med udbudsdirektivernes formål.»

Der selve bindingstiden tillattes, vil det etter at bindingstidens utløp kunne oppstå et spørsmål om oppsigelsesplikt for oppdragsgiveren, i likhet med andre tidsubegrensede kontrakter.²⁴⁰

²³⁸ Se avsnitt 79.

²³⁹ Jf. Generaladvokat J. Kokotts forslag til avgjørelse i C-454/06 *Pressetext*, avsnitt 74.

²⁴⁰ Se oppgavens punkt 3.4.2.

4 Håndhevelse og virkninger

4.1 Innledning

Det ville sprengt rammene for denne fremstillingen å gi en fullgod redegjørelse for mulige virkninger av brudd på regelverket med hensyn til kontraktsvarigheten, herunder de spørsmål den praktiske håndhevelsen reiser i denne sammenheng. I det følgende gis derfor bare en kort oversikt over de spørsmål som oppstår. Overordnet problemstilling er hvordan leverandørene kan angripe forholdet, og hvilke reaksjoner oppdragsgiveren kan bli møtt med.

4.2 Tidsbegrensede kontrakter – det er fastsatt en for lang varighet

Før kontrakt er inngått kan en leverandør for det første henvende seg til oppdragsgiveren med oppfordring om å endre kontraktens bestemmelser om kontraktsvarighet.²⁴¹ Oppdragsgiveren har frem til kontraktsinngåelse adgang til å gjøre endringer i kontraktsvilkårene som ikke er vesentlige.²⁴² For anskaffelser som går etter forskriftens del III (det vil si anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene) må slike endringer i utgangspunktet skje før tilbudsfristens utløp.²⁴³

For det andre kan det klages til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, som dermed skal uttale seg om det er begått brudd på anskaffelsesregelverket.²⁴⁴ Dette bør gjøres før kontraktsinngåelse, slik at oppdragsgiver har en bedre mulighet for å rette seg etter nemndas avgjørelse dersom denne går ut på at kontraktstiden er for lang. Etter at kontrakt er inngått foreligger det kun en snever adgang for oppdragsgiver til å endre kontraktsvilkårene, og det er nærliggende at kontrakten selv stenger for oppdragsgivers mulighet til ensidig å avkorte kontraktstiden: Selv om KOFA i ettertid finner at kontraktsvilkårene er i strid med anskaffelsesreglene, vil kontrakten være bindende *inter partes*. KOFA's avgjørelse er heller ikke bindende.

Endelig kan en leverandør som mener at oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelverket reise sak for tingretten.²⁴⁵ Dersom søksmål reises før kontraktsinngåelse, kan retten sette til side «beslutninger» som oppdragsgiveren har truffet i strid med regelverket.²⁴⁶ «Beslutninger» må forstås bredt, og vil omfatte oppdragsgivers fastsettelse av kontraktstiden. Domstolen kan derimot ikke angi hvilken varighet kontrakten skal ha istedenfor det som opprinnelig var bestemt, siden dette i utgangspunktet vil være underlagt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

²⁴¹ FADs veileder (2013), side 241.

²⁴² FOA § 8-4 fjerde ledd, jf. annet ledd bokstav b.

²⁴³ FOA § 14-2 (1). Dette gjelder derimot ikke hvis domstolene setter til side oppdragsgivers fastsettelse av kontraktstiden (se nedenfor).

²⁴⁴ Jf. Klagenemndforskriften (2002) § 12 annet ledd.

²⁴⁵ Jf. LOA § 8 første ledd.

²⁴⁶ Jf. LOA § 8 annet ledd.

Oppdragsgiveren er derfor henvist til selv å fastsette en ny kontraktstid, forhåpentligvis denne gangen i tråd med anskaffelsesregelverket.²⁴⁷

Når kontrakt først er inngått kan retten ikke lenger sette til side regelstridige beslutninger.²⁴⁸ Kontrakten anses inngått når begge parter har signert den.²⁴⁹ Hvis man nærmer seg kontraktsinngåelse, kan klager begjære midlertidig forføyning etter LOA § 9. Dersom en slik begjæring fremsettes etter at oppdragsgiver har valgt leverandør, men før kontraktsinngåelse,²⁵⁰ vil dette kunne føre til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt «suspenderes» i påvente av rettens konklusjon i spørsmålet om kontraktsvarighet.²⁵¹

Heller ikke de øvrige sanksjonsmulighetene regelverket oppstiller er aktuelle, som å kjenne kontrakten uten virkning,²⁵² avkorte kontraktens løpetid,²⁵³ eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.²⁵⁴ Nevnte sanksjoner kan bare idømmes ved alvorlige regelbrudd, for eksempel der det er foretatt ulovlige direkteanskaffelse eller oppdragsgiver ikke har overholdt prosedyrereglene samtidig som han har brutt bestemmelsene om karens eller suspensjon.²⁵⁵ Det å fastsette en for lang kontraktsvarighet kvalifiserer ikke til slike sanksjoner. Krav om erstatning for økonomisk tap lidt som følge av brudd på regelverket er alltid en mulighet, men det vil nok være vanskelig å påvise et økonomisk tap som følge av at kontrakten har for lang varighet.²⁵⁶

4.3 Tidsubegrensede kontrakter – unnlatt oppsigelse

Rent praktisk er det mer vrient for en leverandør å klage på varigheten av en tidsubegrenset kontrakt, sammenliknet med klagemulighetene overfor en tidsbegrenset kontrakt. I den grad en tidsubegrensning i utgangspunktet tillates, er det uvisst hvor lenge kontrakten faktisk vil løpe og det er derfor vanskelig å protestere på kontraktsvarigheten allerede i forbindelse med anskaffelsesprosessen. For å komme i klageposisjon må man holde kontrakten under oppsyn etter hvert som den løper og fortløpende vurdere om den har løpt lengre enn det tillatelige. Jakobsen har stilt seg kritisk til dette, og uttaler at «effektiviteten af loven [vil] blive (...)»

²⁴⁷ NOU 1997:21 kapittel 21. FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013), side 243.

²⁴⁸ Jf. LOA § 8 annet ledd. FADs veileder (2013) side 243.

²⁴⁹ jf. FOA §§ 10-1 (4) og 25-1 (5).

²⁵⁰ Etter valg av leverandør må oppdragsgiveren vente ut en karensperiode før kontrakt inngås, jf. FOA § 10-2 og 25-2.

²⁵¹ Jf. FOA §§ 10-3 og 25-3, jf. håndhevelsesdirektivet (2007/66/EF) artikkel 2 nr. 3.

²⁵² LOA § 13.

²⁵³ LOA § 14.

²⁵⁴ LOA § 12.

²⁵⁵ LOA §§ 12, 13 og 14.

²⁵⁶ LOA § 10.

utvandet, hvis der løbende må indgives klager over varigheden af en uopsagt, men tidsubegrenset kontrakt, indtil Klagenævnet måtte være af den opfattelse at kontraktens varighed konkret måtte overskride det tilladelige.»²⁵⁷ KOFA-sak 2011/14 er illustrerende. Nemnda fant at det «[p]å bakgrunn av avtalens varighet frem til nå» ikke hadde oppstått en oppsigelsesplikt for innklagede, men «...at en plikt til oppsigelse vil kunne inntre etter hvert som avtalen løper videre».²⁵⁸ Klager får med andre ord prøve på nytt om et par år.

I tillegg kommer det at klage- og søksmålsfristen er *to år etter at kontrakt er inngått* for å kunne ilegge oppdragsgiver overtredelsesgebyr, kjenne kontrakten uten virkning eller avkorte dens varighet.²⁵⁹ Dette skulle man tro at forhindret leverandører fra å kunne påberope seg oppsigelsesplikten etter hvert som kontrakts løpetid passerer to år, men som tidligere nevnt har KOFA løst dette problemet ved å legge til grunn at manglende oppsigelse av en langvarig løpende avtale kan likestilles med inngåelse av en ny avtale.²⁶⁰ Dermed kan søksmålsfristene anses overholdt, selv om klage/søksmål fremsettes senere enn to år etter den opprinnelige kontraktsinngåelsen.²⁶¹ Dette må ses i lys av EU-rettsens effektivitetsprinsipp, som blant annet innebærer at prosessreglene ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettigheter EU-retten gir.²⁶² Der oppdragsgiver unnlater å si opp kontrakten og heller ikke gjennomfører en reell konkurranse for å avdekke om man kan oppnå et bedre tilbud, vil dette som nevnt representere en ulovlig direkteanskaffelse.

Det kan imidlertid spørres når «den nye» fristen starter å løpe: Skal ny friststart settes til det tidspunktet hvor kontrakten burde vært sagt opp (slik at fristen igjen utløper to år etter dette tidspunktet), eller skal fristen anses overholdt så lenge man på klage/behandlingstidspunktet finner at kontrakten skulle ha vært sagt opp en eller annen gang tilbake i tid. Den første løsningen ville betydd at KOFA og domstolene måtte ta konkret stilling til når oppsigelsesplikten inntrådte. Dette ville gitt oss et bedre grunnlag for å vurdere hvor lang kontraktstid som er tillatt for tidsubegrensede avtaler. KOFA har imidlertid forstått fristreglene for overtredelsesgebyr slik at fristen på to år er overholdt så lenge man kommer til at kontrakten skulle ha vært sagt opp en eller annen gang tilbake i tid.²⁶³ KOFA det altså slik at det har skjedd fortløpende kontraktsinngåelser fra og med det tidspunktet oppsigelsesplikten først inntrådte, slik at det

²⁵⁷ Jakobsen (2016) side 241 (petit).

²⁵⁸ Avsnitt 29.

²⁵⁹ Jf. LOA § 15 fjerde ledd og Klagenemndforskriften (2002) § 13a annet ledd, jf. § 1, jf. LOA § 12.

²⁶⁰ Jf. f.eks. sak 2010/361 avsnitt 32 flg.

²⁶¹ KOFA-sak 2011/14 avsnitt 18.

²⁶² Jf. blant annet EU-domstolen C-538/13 *eVigilo* avsnitt 39 og C-239/05 *BVBA Management*, avsnitt 45. Se Sejersted (2011) side 81-82, Neergaard og Nielsen (2011) side 186-187 og Nielsen (2010) side 103 flg.

²⁶³ Jf. F.eks. sakene 2009/144 avsnitt 41 og 2010/361 avsnitt 36-37.

stadig og fortløpende utløses ny friststart i henhold til klagefristreglene.²⁶⁴ Overtredelsesgebyr kan derfor ilegges for en periode på to år, regnet tilbake i tid fra klagetidspunktet.²⁶⁵ En hake med klagefristreglene slik de er blitt tolket av KOFA, er at oppdragsgiveren ikke kan ilegges overtredelsesgebyr for eventuelle ulovlige direkteanskaffelser som ble foretatt tidligere enn to år tilbake i tid regnet fra klagetidspunktet.

Ved søksmål til de ordinære domstolene skal retten som hovedregel kjenne en kontrakt som er over EU/EØS-terskelverdiene «uten virkning», dersom den finner at det er skjedd en ulovlig direkteanskaffelse.²⁶⁶ En tilsvarende regel finnes ikke for kontrakter under EU/EØS-terskelverdier. Betydningen av at en kontrakt kjennes uten virkning skal ifølge forarbeidene fastsettes gjennom nasjonal rett.²⁶⁷ Sanksjonen innebærer ifølge FADs veileder at kontrakten «opphører å gjelde, slik at partenes plikter og rettigheter ikke lenger kan håndheves».²⁶⁸ Der kontraktsytelsene ikke kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, hvilket må sies å være tilfelle for de fleste tjenestekontrakter, kan kontrakten kjennes uten virkning kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (*ex nunc*).²⁶⁹ I slike tilfeller skal retten i tillegg idømme et overtredelsesgebyr.²⁷⁰ Det har til nå ikke vært saker oppe for norske domstoler om manglende oppsigelse av et langvarig kontraktsforhold som grunnlag for sanksjoner mot oppdragsgiver.

Det vil også her være en teoretisk mulighet for en forbigått leverandør å gå til erstatningskrav på grunn av manglende oppsigelse fra oppdragsgiver, men igjen vil det trolig være vanskelig å påvise et økonomisk tap i årsakssammenheng til dette.²⁷¹

²⁶⁴ Se sak 2009/144 avsnitt 41.

²⁶⁵ Se f.eks. KOFA-sak 2010/361 avsnitt 36-37.

²⁶⁶ Jf. LOA § 13, jf. direktiv 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet) artikkel 2d nr. 1 bokstav a.

²⁶⁷ Prop.12 L (2011-2012).

²⁶⁸ FADs veileder (2013) side 255.

²⁶⁹ FADs veileder (2013) side 255.

²⁷⁰ Jf. LOA § 14 annet ledd.

²⁷¹ LOA § 10.

5 Avslutning

I denne oppgaven har jeg redegjort for hvordan konkurranseprinsippet i anskaffelsesretten utgjør et selvstendig rettsgrunnlag for begrensninger med hensyn til varigheten av offentlige kontrakter. Det har imidlertid vært vanskelig å utlede konkrete regler fra prinsippet, og de tilgjengelige rettskildene har gitt begrenset veiledning. Ulike meninger i juridisk litteratur viser at kontraktsvarighet reiser vanskelige og til dels uavklarte spørsmål. Min erfaring er at det lett kan føre til litt løsere vurderinger når man skal forsøke å utlede konkrete regler fra et generelt utformet prinsipp, der domstolene ikke har klarlagt prinsippets innhold i relasjon til det rettsspørsmål man står overfor.

Et siktemål med denne oppgaven var å rette oppmerksomhet mot de vanskelige spørsmålene som langvarige offentlige kontrakter reiser, og på den måten å øke bevisstheten hos aktørene rundt dette. Jeg håper at den som leser oppgaven vil ha et bedre utgangspunkt for å vurdere hvilken kontraktslengde som er tillatt for en bestemt kontrakt.

Til slutt vil jeg komme med noen innspill til hvordan kontraktsvarigheten kan reguleres for vanlige vare- og tjenestekontrakter. Oppgaven har vist at det inngås et mangfold av offentlige kontrakter, av ulik art, omfang og kompleksitet. Det er derfor ikke nødvendigvis fordelaktig med rigide og generelle regler om kontraktsvarighet. En mulig løsning er å innføre tilsvarende regler som for rammeavtaler, eventuelt slik at den «øvre» grensen settes til fem eller seks år, og hvor terskelen for å inngå lengre kontrakter enn dette settes noe lavere sammenliknet med unntaket i bestemmelsen om rammeavtalers varighet. Videre kan jeg ikke se at fordelene ved å tillate tidsubegrensede vare- og tjenestekontrakter veier opp for de uheldige konsekvensene dette har for konkurransesituasjonen og leverandørenes forutberegnelighet. Tidsubegrensede kontrakter bør derfor ikke tillates.

Det bør i det minste innføres en uttrykkelig begrunnelsesplikt, uansett hvilken kontraktstid oppdragsgiveren velger. Dersom oppdragsgiveren blir tvunget til å begrunne kontraktslengden i anskaffelsesdokumentene, vil dette kunne bidra til å øke bevisstheten rundt det valget som tas. Kanskje justerer oppdragsgiveren kontraktsvarigheten når han/hun, i prosessen med å begrunne varigheten, innser at det ikke finnes gode grunner for å fastsette en så lang varighet som først tenkt. En begrunnelsesplikt vil også gjøre det endelige valget av kontraktslengde mer etterprøvable og enklere for de andre leverandørene å angripe.

Kildeliste

Lover og forskrifter

- 2016 LOA – Lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser
- 2016 FOA – Forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser
- 2016 Forskrift av 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter
- 2016 Lovbekendtgørelse av 2. juni 2016 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud (hentet fra pro.karnovgroup.dk)
- 2002 Forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndforskriften) § 1.
- 1999 OPPHEVET Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
- 1992 Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- 1992 OPPHEVET Lov av 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser mv.
- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

Forarbeider (hentet fra Lovdata.no)

- Innst. 358 L (2015-2016) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
- Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser
- Prop.12 L (2011-2012) Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven
- Ot.prp.nr.62 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
- Ot.prp.nr.71 (1997-1998) Lov om offentlige anskaffelser

NOU 2014:4	Lov om offentlige anskaffelser
NOU 2010:2	Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser
NOU 1997:21	Offentlige anskaffelser

Rettsavgjørelser

Rt. 2008 s. 1705	(Rabatt-tilbud)
Rt. 2006 s. 293	(Arves trafikkskole)
Rt. 1996 s. 1415	(Borthen)

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Sak 2015/17	(Helse Bergen HF 2)
Sak 2013/66	(Tønsberg kommune)
Sak 2011/231	(Frøya Kommune)
Sak 2011/229	(Vaskeritjenester)
Sak 2011/14	(Institusjonsplass)
Sak 2011/102	(Sanitetsmateriell)
Sak 2010/4	(Askøy kommune)
Sak 2010/361	(Bærum kommune)
Sak 2010/23	(Ambulansébåter)
Sak 2010/197	(Restavfall)
Sak 2009/144	(Oslo kommune)
Sak 2007/74	(Statskog)
Sak 2007/19	(Statens vegvesen)
Sak 2004/16	(IT-anskaffelser)

Internasjonale kilder

Konvensjoner (med protokoller)

TEUF (1957)	Traktat om den Europeiske Unions funksjonsmåte.
EØS-avtalen (1992)	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
Protokoll 1 til EØS-avtalen	Protocol 1 on horizontal adaptations: http://www.efta.int/legal-texts/eea/protocols-to-the-agreement [sitert 20.4.2017].

Direktiver

Direktiv 2014/25/EU	EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (forsyningsdirektivet).
Direktiv 2014/24/EU	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (anskaffelsesdirektivet).
Direktiv 2014/23/EU	EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (konesjonskontraktdirektivet).
Direktiv 2007/66/EF	EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (håndhevelsesdirektivet).
Direktiv 2004/18/EF	EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
Direktiv 92/50/EF	Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler

EU-domstolen

C-243/89	<i>Storebælt</i>	ECLI:EU:C:1993:257
C-76/97	<i>Tögel</i>	ECLI:EU:C:1998:432
C-92/00	<i>Hospital Ingenieure</i>	ECLI:EU:C:2002:379
C-20/01 og C-28/01	<i>Kommisjonen mot Tyskland</i>	ECLI:EU:C:2003:220
C-244/02	<i>Kauppatalo Hansel</i>	ECLI:EU:C:2003:560
C-21/03 og C-34/03	<i>Fabricom</i>	ECLI:EU:C:2005:127
C-231/03	<i>Coname</i>	ECLI:EU:C:2005:487
C-507/03	<i>Kommisjonen mot Irland</i>	ECLI:EU:C:2007:676
C-239/05	<i>BVBA Management</i>	ECLI:EU:C:2007:99
C-454/06	<i>Pressetext</i>	ECLI:EU:C:2008:351
C-376/08	<i>Serrantoni</i>	ECLI:EU:C:2009:808
C-451/08	<i>Helmut Müller</i>	ECLI:EU:C:2010:168
C-91/08	<i>Wall</i>	ECLI:EU:C:2010:182
C-7/11	<i>Fabio Caronna</i>	ECLI:EU:C:2012:396
C-568/13	<i>Data Medical Service</i>	ECLI:EU:C:2014:2466
C-538/13	<i>eVigilo</i>	ECLI:EU:C:2015:166

Forslag til avgjørelse fra generaladvokaten

C-76/97 Generaladvokat Fennely	<i>Tögel</i>	ECLI:EU:C:1998:161
C-454/06 Generaladvokat Kokott	<i>Pressetext</i>	ECLI:EU:C:2008:167
C-451/08 Generaladvokat Mengozzi	<i>Helmut Müller</i>	ECLI:EU:C:2009:710

Klagenævnet for udbud

18. februar 2008 Willis mod Lejerbo, J.nr.: 2007-00014677

Juridisk litteratur

- Arrowsmith (2005) Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement* 2. Utg. (2005), Sweet & Maxwell.
- Arrowsmith (2014) Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 3. utg., Volume 1 (2014), Sweet & Maxwell.
- Dragsten (2013) Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser; regelverk, praksis og løsninger* (2013).
- Fabricius (2015) Jesper Fabricius, *Offentlige innkøb*, 3. utgave (2015).
- Fleischer (1998) Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode* (1998).
- Goller (2012) Morten Goller og Karoline S. Kreyberg, *Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser*, Tidsskrift for forretningsjus 01/2012 (vol. 18) side 37-66.
- Goller (2014) Morten Goller mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (2014).
- Graver (2006) Hans Petter Graver, *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*, Tidsskrift for Rettsvitenskap vol. 119, 2/3 (2006) side 189-221.
- Hagstrøm (2011) Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utg. (2011).
- Hagstrøm (2014) Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett* (2014).
- Jakobsen (2016) Jakobsen, Poulsen og Kalsmose-Hjelmborg, *EU Udbudsretten*, 3. utg. (2016).
- Krüger (2010) Kai Krüger, *tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse*, S. 111-129 i «*På rett grunn*»: Festskrift til Norsk forening for Bygge- og entrepriserett (2010).
- Neergaard og Nielsen (2011) Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, *EU Ret*, 6. utg. (2011).
- Nielsen (2010) Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, 4. utg. (2010).
- Sejersted (2011) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett* 3.utg. (2011).
- Skoghøy (2011) Jens Edvin A. Skoghøy, *Forbudet mot tilbakevirkende lovgivning*, Lov og Rett, vol. 50, 5, (2011) s. 255-282.

Andre kilder

FADs veileder (2013): Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, desember 2013:

[https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id437022/?q=offentlige anskaffelser](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id437022/?q=offentlige+anskaffelser) [Sitert 24.4.2017]

DIFIs veileder for kontraktoppfølging: Direktoratet for forvaltning og IKT, *Veileder for kontraktoppfølging ved offentlige anskaffelser* (17. januar 2017):

<https://www.anskaffelser.no/verktoy/veileder-kontraktoppfolging> [Sitert 24.4.2017]

DIFIs veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester: Direktoratet for forvaltning og IKT, *Veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester* (07. april 2017):

<https://www.anskaffelser.no/verktoy/veileder-kjop-av-helse-og-sosialtjenester>

[Sitert 24.4.2017]

Rapport om pensjonsleverandør for helseforetakene (2011): Rapport av om pensjonsleverandør for helseforetakene fra en interdepartemental arbeidsgruppe nedsatt av Helse- og omsorgsdepartementet (20. mai 2011):

https://www.pkh.no/files/8314/0195/6215/interdep_rapp.pdf [Sitert 24.4.2017]