

KANDIDAT

**XXXXXX**

PRØVE

# JUS5940 1 Offentlige anskaffelser

Emnekode JUS5940

Vurderingsform Skriftlig eksamen

Starttid 07.02.2020 08:00

Sluttid 07.02.2020 12:00

Sensurfrist 28.02.2020 22:59

## <sup>1</sup> JUS5940 utatt

Lillevik kommune har inngått kontrakt om kjøp av datautstyr og tilhørende programvare. Anskaffelsens verdi overstiger EØS-terskel, og anskaffelsesprosessen er gjennomført i tråd med kravene i anskaffelsesregelverket. I kontrakten som regulerer anskaffelsen, finner vi følgende endringsklausul:

«Lillevik kommune har rett til å gi pålegg om endring med hensyn til økning eller reduksjon i omfang, karakter, art, kvalitet eller utførelse av leveransen, samt endring i fremdriftsplanen forutsatt at endringen ligger innenfor hva partene med rimelig grunn kan ha forventet da avtalen ble inngått.»

Drøft de anskaffelsesrettslige spørsmålene denne klausulen reiser.

### Skriv ditt svar her...

Jeg vil innledningsvis si at jeg tolker oppgaven som en delvis teori og praktikumsoppgave. Strukturen og innholdet vil derfor bli mer teoretisk enn en ren praktikumsoppgave.

### Drøft de anskaffelsesrettslige spørsmålene denne klausulen reiser:

#### 1 Er endringsklausulen lovlig?

Utgangspunktet i avtaleretten er at oppdragsgiver kan velge hva som skal anskaffes og på hvilke vilkår, jf. avtalefriheten. Denne friheten gjelder også ved offentlige anskaffelser, men den må imidlertid begrenses hva gjelder offentlige oppdragsgivere. Offentlige oppdragsgivere har ikke samme incentiver til å foreta forretningsmessig optimale anskaffelser som private oppdragsgivere. Dette gir risiko for dårlige og lite kostnadseffektive anskaffelser, samt risiko for korrupsjon og favorisering. Friheten må begrenses som følge av nasjonale hensyn (kostnadseffektive og tillitsvekkende anskaffelser, jf. LOA § 1), EU/EØS-rettslige hensyn (fri flyt av varer og tjenester og de tilhørende hensynene for å oppfylle dette formålet, jf. LOA § 4) samt hensynet til leverandørene.

Når oppdragsgiver først har inngått en kontrakt, er utgangspunktet at kontrakten ikke kan endres i ettertid. Mulighet for endringer kan komme i strid med de ovenfor nevnte hensyn. På den andre siden må det av hensyn til effektive anskaffelser være mulighet til å foreta endringer. Særlig hva gjelder anskaffelser som pågår over lengre tid (som entrepriser), vil det nesten alltid oppstå behov for endringer underveis i kontraktgjennomføringen. Samfunnet er ikke tjent med at det offentlige foretar anskaffelser som det viser seg de ikke trenger. Dersom oppdragsgiver benytter endringsklausuler, kan en mulig måte å se slike på være at det ikke er tale om en endring, men snarere anvendelse av de rettigheter kontrakten gir. Uansett hvordan man ser på det er det viktig med begrensninger i adgang til endring og krav til endringsklausuler dersom slike stilles.

Som følge av dette foreligger det en endringsadgang som er regulert i FOA (som gjennomfører anskaffelsesdirektivet). Spørsmålet er hvorvidt endringsklausulen oppfylder kravene som følger av dette regelverket.

Hovedregelen er at kontrakten kan endres dersom endringene foretas etter en endringsklausul som nevnt i FOA § 19-1 (2), jf. FOA § 28-1 (1) bokstav a. Spørsmålet er da hvorvidt endringsklausulen Lillevik kommune har inntatt i kontrakten oppfylder de materielle kravene som stilles til endringsklausuler i FOA § 19-1.

Bestemmelsen stiller flere krav til innholdet av endringsklausuler. Klausulen må "angis" i anskaffelsesdokumentene, det skal "klart" fremgå "hvilke" endringer som kan foretas, "i hvilket omfang" de kan foretas og "på hvilke vilkår". Samtidig kan ikke endringsklausulene åpne for at "anskaffelsens

overordnede karakter blir endret". Samtidig må klausulen være forenlig med de

grunnleggende prinsippene.

Først og fremst må endringsklausuler angis i anskaffelsesdokumentene. Det må her forutsettes at de er angitt. Ellers ville ikke anskaffelsesprosessen vært i tråd med kravene i regelverket (som oppgaven uttrykkelig sier at den har vært). Men kravet må ses i sammenheng med de andre vilkårene. Hensikten bak at de skal angis er at det skal være forutberegnelig for leverandørene og andre potensielle tilbydere om hva tilbudene skal gå ut på eller om de skal være med i konkurransen i det hele tatt. Samtidig er hensikten å sikre likebehandling. De andre kravene i § 19-1 må derfor også ses i sammenheng med dette.

Spørsmålet er hvorvidt det "klart" fremgår av endringsklausulen "hvilke endringer" Lillevik kommune kan foreta.

Det gjelder altså krav til angivelse av arten for hvilke endringer som kan foretas, jf. ordlyden. Denne angivelsen må også fremgå "klart".

I henhold til endringsklausulen har Lillevik kommune en rett til å gi pålegg om endring med hensyn til økning eller reduksjon i "omfang, karakter, art, kvalitet eller utførelse".

Hva gjelder ordlyden i klausulen og kravene i § 19-1, sier klausulen at Lillevik kommune kan endre kontrakten med hensyn til "karakter" og "art". Ordlyden er svært generell og sier lite. Den oppgir kun at det kan foretas en endring med hensyn til art/karakter, men sier ingenting konkret eller spesifisert om hvilken art eller karakter leveransen kan endres til. Kontraktsvilkårene bør fremgå såpass klart at den gjør det mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere å tolke dem på samme måte, jf. SIAC. Selv om saken gjaldt krav til klarhet i henhold til tildelingskriterier, gjør de samme grunnleggende hensynene seg gjeldende hva gjelder kontraktsvilkårene.

Klarhetskravet innebærer at endringsklausuler ikke kan gi oppdragsgiveren et for stort spillerom, jf. fortalen til anskaffelsesdirektivet (avsnitt 111). Slik ordlyden er formulert gir den altfor stort skjønsmessig spillerom til Lillevik kommune.

Det er særlig problematisk i henhold til de grunnleggende prinsippene dersom oppdragsgiver har mulighet til å endre arten eller karakteren av anskaffelsen i ettertid. Innkjøpet i denne saken gjaldt datautstyr og tilhørende programvare. Dersom Lillevik kommune har mulighet til slike endringer av leveransen, er det store muligheter for at oppdragsgiver ikke får det best tenkelige tilbudet. Det er lett å tenke at andre tilbydere kunne tilbudt en bedre ytelse, samtidig som det også lett kan tenkes at tilbydere som har avstått fra deltakelse kunne tenkt seg å inngi tilbud. Samtidig kan det tenkes at slike endringer retter seg mot et annet marked. Dette gjelder særlig ved endringer av art og karakter. Ved slike endringer kan det være en presumsjon for påvirkning av resultatet, jf. fortalen til anskaffelsesdirektivet (avsnitt 109).

Imidlertid så følger det av endringsklausulen at denne gjelder innenfor hva "partene med rimelig grunn kan ha forventet da avtalen ble inngått". Dette avgrenser det skjønsmessige spillerommet. Ordlyden er uansett fremdeles veldig skjønsmessig og tvetydig. Det er et eget tolkningsspørsmål hvorvidt denne avgrensningen gjelder de endringene som først klausulen ramser opp, eller om den kun gjelder for endring i fremdriftsplanen. Selv om den mest nærliggende tolkningen vil være at den gjelder for alle type endringer som er opplistet, er det likevel et moment at den tvetydig. Det vil også være vanskelig for tilbydere å prise denne klausulen i sine kalkyler, samtidig som det uansett vil være særlig problematisk iht. potensielle tilbydere som ikke er med i konkurransen.

Det er nok muligheter for at endringer av art og karakter er mulig. Hva gjelder art kan det vises til C-496/99 (Socchi di Frutta). Tvisten gjaldt hvorvidt en endring i vederlag (endring av type frukt, som her var vederlaget) var lovlig. I saken var denne endringen ulovlig. Men Domstolen uttalte i avsnitt 118 at slike endringer kan være lovlige, så lenge de fremgår av endringsklausuler. At endringer i karakter er mulig, følger direkte av ordlyden i direktivet. Kravet er at den "overordnede" karakteren ikke endres, ikke at ingen endringer i karakter kan foretas. Uansett i denne saken tilfredsstiller ikke klausulen kravene til klarhet.

Det derfor ikke "klart" av endringsklausulen "hvilke endringer" Lillevik kommune kan foreta.

Det neste spørsmålet er hvorvidt det fremgår "klart" av endringsklausulen "i hvilket omfang" Lillevik kommune kan foreta endringer.

Sammenlignet med endringer i art, er det nok generelt sett større rom for endringer i omfang. Etter anskaffelsesdirektivet art. 72 (1) bokstav a, kan endringer etter slike klausuler foretas "uavhengig av deres pengeverdi". Men forutsetningen må uansett være at klausulen tilfredsstiller klarhetskravet.

Klausulen Lillevik kommune har inntatt i kontrakten sier ingenting om konkret om omfanget. Den sier bare at den kan foreta endringer i omfang uten å presisere nærmere i hvilket omfang. Etter FOA § 28-2 bokstav c, vil en endring som "utvider kontraktens omfang betydelig" alltid være en vesentlig endring, som ikke er

tillatt. Det er likevel antakelig rom for kvantitative endringer som er vesentlige dersom kontrakten har en endringsklausul som tilfredsstillende kravene til klarhet. Dette støttes av C-549/14 (Finn Frogne), som åpnet for at vesentlige endringer kan tillates, så lenge det foreligger tilstrekkelig klare endringsklausuler.

Det må være nødvendig at omfanget i tilstrekkelig grad kvantifiseres/spesifiseres (basert på forsvarlige prognoser), jf. ordlyden "i hvilket" omfang - og ikke bare "omfang". Selv om den mulige endringen i omfang begrenses av hva partene kunne "forvente" ved avtaleinngåelsen, kan det være vanskelig for leverandører å anslå et mulig omfang basert på avtalen som helhet. Det er også problematisk for potensielle tilbydere som ikke har deltatt dersom det f. eks. foretas endringer i omfang i form av reduksjoner. Her kan det tenkes at mindre tilbydere ville hatt mulighet til å delta dersom de var kjent med en slik reduksjon på forhånd.

Det fremgår derfor ikke klart av endringsklausulen "i hvilket omfang" Lillevik kommune kan foreta endringer.

Det neste spørsmålet er hvorvidt det fremgår "klart" av endringsklausulen "på hvilke vilkår" Lillevik kommune kan foreta endringer.

Ordlyden i bestemmelsen er tvetydig og må derfor tolkes. En mulig tolkning er at endringsklausulen må angi hvilke situasjoner - altså når - endringer kan foretas. En annen tolkning er at endringsklausulen må angi hvilke vilkår som gjelder dersom endring blir aktuelt.

Hva gjelder endringsklausulen i saken her, oppfyller ikke klausulen noen av kravene. Den oppgir kun en "rett" til å gi pålegg om endring. Det skal likevel knyttes noen bemerkninger til tolkningen.

Ordlyden i FOA kan isolert tale for den siste tolkningen. Ordlyden i den danske versjonen av anskaffelsesdirektivet ("betingelserne for deres anvendelse") kan tale for det andre alternativet.

Dersom det kun er krav om å angi hvilke situasjoner endringer kan foretas, kan dette åpne for omgåelse av regelverket dersom det ikke er oppgitt hvilke vilkår som vil gjelde for selve endringen. Her kan det være risiko for avtaler i det "skjulte". Når det gjelder det andre alternativet, vil dette gi lite forutberegnelig til når det ikke er angitt hvilke situasjoner endringsadgangen kan inntre. Dette vil gi stor skjønnsfrihet til endringer, som vil være lite forutberegnelig for tilbydere.

De grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet tilsier derfor at det må være et krav om at begge tolkninger gjelder. Det må stilles krav til at endringsklausulen klart må angi hvilke situasjoner som må oppstå for at endringsadgangen skal kunne gjøres, samtidig som at vilkårene som gjelder for selve endringene som sådan også er klart angitt. Hva gjelder det første kravet kan det nevnes at det ikke må stilles for strenge krav til spesifisering av situasjoner som kan gi endringsadgang. Grensen må balanseres med oppdragsgivers behov for fleksibilitet. Her kan det trekkes på eksemplene i direktivets fortale (avsnitt 111).

Det fremgår derfor ikke klart av endringsklausulen "på hvilke vilkår" Lillevik kommune kan foreta endringer.

Summert sett er endringsklausulen lite klar og presis. Klausulen angir bare overordnet hva oppdragsgiver kan endre, uten å spesifisere hva, når, hvordan eller omfang. Den gir tilbydere svært lite forutberegnelighet under utarbeidelsen av tilbudene. Samtidig er ordlyden så vag og generell at den med stor risiko åpner for favorisering og omgåelse i strid med likebehandlingsprinsippet, samt hensynet til potensielle tilbydere som har avstått fra å delta er heller ikke tilstrekkelig ivare tatt.

Selv om anskaffelsesregelverket også stiller krav til leverandørene når de skal tolke anskaffelsesdokumentene (klarhetskravene går ikke så langt at anskaffelsesdokumentene skal være så klart at tilbydere ikke trenger å tolke dem særlig), stilles altså også krav til tilbyderne, jf. Rt-2012-1729. Imidlertid gir akkurat denne klausulen for mye skjønnsfrihet til Lillevik kommune.

Dersom Lillevik kommune vil foreta endringer i det omfang klausulen åpner for, må den gjøre dette ved

å utlyse en ny konkurranse.

Spørsmålet er hvorvidt endringsklausulen åpner for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.

Det fremgår av ordlyden at det ikke er krav om at det må faktisk foreligge en endring som endrer kontraktens overordnede karakter. Det er tilstrekkelig at selve klausulen "åpner" for dette. Videre taler

ordlyden for at det skal en del til før unntaket er aktuelt.

Som gjennomgåelsen av de andre kravene ovenfor har vist, gir klausulen et betydelig potensielt endringsrom for Lillevik kommune. I tillegg til at endringsrommet for hva og hvor mye som kan endres potensielt er betydelig, stiller klausulen også lite krav til hva som skal til og på hvilke vilkår de vage og generelt nevnte endringene kan foretas. Klausulen gir altså altfor stor skjønnsfrihet til Lillevik kommune både hva gjelder om den kan endre, men også hva endringene kan bestå av.

Oppdragsgivere har et behov for fleksibilitet. Denne fleksibiliteten må balanseres med de andre hensyn, slik som forutberegnelighet og likebehandling. Dette er hensyn som er viktige for å oppfylle det overordnede hensynet om konkurranse, som igjen er viktig for formålet om fri utveksling av varer og tjenester. Det er vanskelig å se gode grunner til at Lillevik kommune har saklige grunner til å forbeholde seg så mye fleksibilitet som klausulen åpner for.

Som gjennomgått ovenfor under drøftelsen av kravet om at oppdragsgiver må klart angi "hvilke endringer" klausulen skal omfatte, vil muligheten for å endre leveransens art gi en stor risiko for at en slik endring kan påvirke resultatet av konkurransen. Enten ved at en annen leverandør som har deltatt kunne fått tildelt kontrakten, eller eventuelt gitt andre leverandører som ikke har deltatt en mulighet til å delta. Endringen av art kan mye lettere tenkes å henvende seg til et annet marked enn opprinnelig forutsatt, slik at enda flere potensielle deltakere er forbigått. I slike situasjoner forutsettes en "hypotetisk" påvirkning av resultatet, jf. direktivets fortale (avsnitt 109).

At klausulen åpner for endringer som kan tenkes å henvende seg til et annet marked taler sterkt for at endringsklausulen **åpner** for endringer av anskaffelsens overordnede karakter. Totalt sett er også dette konklusjonen. Endringsklausulen åpner for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.

Konklusjon: Endringsklausulen Lillevik kommune har inntatt i kontrakten oppfylder **ikke** de materielle kravene som stilles til endringsklausuler i FOA § 19-1. Endringsklausulen er derfor ulovlig.

## 2 Konsekvenser av ulovlig endringsklausul:

Som følge av at endringsklausulen ikke er lovlig, kan ikke Lillevik kommune foreta endringer i henhold til klausulen etter FOA § 28-1 (1) bokstav a. Eventuelle endringer må derfor foretas innenfor rammen av de andre endringsbestemmelsene i FOA kapittel 28. Her er det forskjellige reguleringer som gjelder ut fra situasjonen.

Systemet er oppbygd slik at man metodisk kan spørre seg først hvorvidt det foreligger en klausul. Dersom det ikke foreligger en endringsklausul, kan man undersøke om endringsadgangen er lovlig etter reglene om uforutsette endringer (§ 28-1 bokstav d). Dersom endringene er små, er disse automatisk lovlige etter § 28-1 (1) (så lenge anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret). Hvis endringene overskrider "de minimis"-regelen, fører ikke dette automatisk til at endringen er ulovlig. Konsekvensen er bare at man må foreta en vurdering av om endringen er vesentlig. Ikke-vesentlige endringer er lovlige, jf. § 28-1 (1) bokstav f.

I denne saken har Lillevik kommune allerede inngått kontrakt med leverandøren. Kontraktsinngåelse utelukker de forbigåtte tilbydernes muligheter for at domstolene kan tilsidesette oppdragsgivers beslutninger, jf. LOA § 8.

Det er likevel mulighet for leverandørene å fremme søksmål for krav på erstatning etter LOA § 10.

Det fremgår ikke av faktum hvorvidt det er foretatt en endring. Det kan derfor være vanskelig for en forbigått leverandør å bli hørt med at han ville blitt tildelt kontrakten dersom klausulen var borte. Domstolen må eventuelt ta stilling til om konkurransen skulle vært avlyst.

Et mulighet er søksmål med krav om å kjenne en kontrakt uten virkning etter LOA § 13 eller avkorte en kontrakts varighet etter LOA § 14. Forutsetningen er at søksmål er reist innen to år etter at kontrakt er inngått, jf. LOA § 15 (4).

Dersom retten kjenner en kontrakt uten virkning etter LOA § 13 for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal den også idømme et overtredelsesgebyr, jf. LOA § 14 (2).

