

**ANSKAFFELSESREGELVERKETS HANDLINGSROM VED INNGÅELSE AV
RELASJONSKONTRAKTER INNEN E-HELSE**

KORRESPONDERENDE RAPPORT

Kvale, 10. oktober 2025
KVALE ADVOKATFIRMA DA

INNHALDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	2
1.1	Bakgrunn	2
1.2	Overordnet om inngåelse av relasjonskontrakter og offentlige anskaffelser	2
1.3	Nærmere om innholdet i denne rapporten	2
2	PLANLEGGINGSFASEN	3
2.1	Innledning	3
2.2	Anskaffelsesstrategi	3
2.3	Dialog med markedet	4
2.3.1	Hvorfor dialog?	4
2.3.2	Nærmere om rammene for dialog	4
2.4	Valg av kontraktsform	7
2.4.1	Vare- og tjenestekontrakt eller rammeavtale	7
2.4.2	Overordnet om kontraktsvilkår	7
2.4.3	Enkelte forhold som særlig bør hensyntas ved utarbeidelse av en relasjonskontrakt	8
2.5	Kontrakter og rammeavtals varighet	9
2.5.1	Generelt om kontraktens varighet	9
2.5.2	Tidsubegrensede kontrakter	10
2.5.3	Rammeavtals varighet	10
2.5.4	Varighet på avrop under en rammeavtale	12
2.6	Fleksibilitet i kontrakten	13
2.6.1	Overordnet	13
2.6.2	Fastsettelse av kravspesifikasjon	14
2.6.3	Utforming av endringsklausuler	15
2.7	Valg av anskaffelsesprosedyre	18
2.7.1	Overordnet	18
2.7.2	Konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog	19
2.7.3	Innovasjonspartnerskap	21
2.8	Valg av tildelingskriterier	22
2.8.1	Overordnet	22
2.8.2	Særlig om tildelingskriterier egnet til å evaluere elementer knyttet til samarbeid	23
3	KONKURRANSEFASEN	25
3.1	Innledning	25
3.2	Særlig om gjennomføring av forhandlinger og dialog	25
3.3	Tips og råd til gjennomføring av forhandling/dialog	26
3.4	Særlig om adgang til å gjøre endringer i løpet av konkurransen	27
4	KONTRAKTSFASEN	28
4.1	Innledning	28
4.2	Overordnet om rammene for endringer i kontraktsfasen	28
4.3	Endringer i tråd med en endringsklausul	29
4.4	Mindre endringer	31
4.5	Nødvendige tilleggsleveranser	31
4.6	Nødvendige endringer som følge av uforutsette omstendigheter	32
4.7	Skifte av leverandør	34
4.8	Vesentlige endringer	35
4.8.1	Overordnet	35
4.8.2	Endringer av betydning for konkurransen	36
4.8.3	Endringer som endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren	36
4.8.4	Endringer som utvider kontraktens omfang betydelig	37
4.9	Konsekvenser ved en ulovlig endring	38
5	UNNTAK FRA KONKURRANSEUTSETTING	39
5.1	Overordnet	39
5.2	Aktuelle hjemler for direktekjøp	39
5.2.1	Innledning	39
5.2.2	Umulig av tekniske årsaker	40
5.2.3	Umulig grunnet enerett	42
5.3	Forsknings- og utviklingskontrakter (FoU)	43

1 INNLEDNING

1.1 Bakgrunn

Helsedirektoratet har fått utarbeidet rapporten "Formelle relasjonskontrakter ved anskaffelse av e-helseløsninger" (heretter benevnt "Rapporten") for bruk av såkalte "relasjonskontrakter" i helsesektoren.

Begrepet og konseptet "relasjonskontrakter" kommer fra forskning på kontraktsøkonomi, og er i Rapporten punkt 1.1 definert som:

en juridisk bindende avtale mellom to eller flere parter som etablerer et kommersielt partnerskap, vanligvis innenfor en fleksibel avtaleramme basert på sosiale normer og felles definerte mål samt formelle samarbeidsmekanismer.

Rapporten er utarbeidet for innkjøpere som skal inngå komplekse og langvarige kontrakter, da særlig med tanke på komplekse IT-kontrakter i helsesektoren.

Kvale Advokatfirma DA har fått i oppdrag av Helsedirektoratet å utarbeide en korresponderende rapport hvor formålet er å se på hvilke muligheter og rammer anskaffelsesregelverket oppstiller, med fokus på utfordringer og problemstillinger som vil være særegne for relasjonskontrakter.

1.2 Overordnet om inngåelse av relasjonskontrakter og offentlige anskaffelser

Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når oppdragsgivere som er omfattet av regelverket inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva., jf. lov om offentlige anskaffelser (heretter benevnt "LOA") §2. Hvilken del av anskaffelsesregelverket som kommer til anvendelse, avhenger av hva som skal anskaffes og verdien på anskaffelsen. For reglene om beregning av anskaffelsens verdi, viser vi til forskrift om offentlige anskaffelser (heretter benevnt "FOA") § 5-4.

De fleste konkurranser om relasjonskontrakter innen e-helsesektoren vil være kjøp av varer og tjenester over EØS-terskelverdi, og anskaffelsen omfattes følgelig av LOA samt FOA del I og III. Denne rapporten er derfor primært skrevet med tanke på slike anskaffelser.

For det tilfellet at det er tale om anskaffelser av varer og tjenester under EØS-terskelverdi (del II) eller anskaffelser av helse- og sosialtjenester (del IV), vil det gjelde noe lempeligere regler, slik at oppdragsgiver enkelte ganger har større fleksibilitet. De krav til anskaffelsen som følger av de grunnleggende kravene i LOA § 4 (konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet) vil imidlertid uansett gjelde.

Anskaffelsesregelverket inneholder i all hovedsak regler om *hvordan* anskaffelsen skal gjennomføres. Det er følgelig i stor grad opp til oppdragsgiver å fastsette både *hva* som skal anskaffes og på *hvilke vilkår*.

Regelverket for offentlige anskaffelser er ikke til hinder for å inngå "relasjonskontrakter". Slike kontrakter har flere likhetstrekk med såkalte *smidighetskontrakter* og ulike *samspillskontrakter*, som også benyttes ved offentlige innkjøp. Når oppdragsgiver skal konkurranseutsette en kontrakt hvor relasjon og samarbeid er viktig, og hvor det er ønskelig med noe mer fleksible avtalerammer, er det imidlertid enkelte forhold som oppdragsgiver bør være særlig oppmerksom på.

1.3 Nærmere om innholdet i denne rapporten

Denne rapporten er basert på de tre hovedfasene i en anskaffelse:

i) Planleggingsfasen (se punkt 2).

Denne delen av rapporten omhandler fasen fra oppdragsgiver identifiserer et behov og frem til konkurranse er kunngjort

ii) Konkurransefasen (se punkt 3)

Denne delen av rapporten omhandler fasen fra oppdragsgiver har kunngjort konkurransen og frem til kontrakt er inngått.

iii) Kontraktsfasen (se punkt 4)

I tillegg har vi tatt inn et eget punkt om aktuelle hjemler for unntak fra kravet til konkurranseutsetting (se punkt 5).

Denne rapporten har hovedfokus på de *anskaffelsesrettslige aspekter* ved inngåelse av relasjonskontrakter. Rapporten går ikke i dybden på ulike former for kompensasjonsmodeller, kontraktsbetingelser mv. Vi har heller ikke søkt å gi en komplett veiledning for gjennomføring av en konkurranse om relasjonskontrakter, men har valgt å fokusere på en rekke problemstillinger og temaer som vil være særlige aktuelle ved konkurranseutsetting av slike kontrakter.

Selv om rapporten er utarbeidet med sikte på inngåelse av relasjonskontrakter, kan den være nyttig for en rekke andre offentlige anskaffelser.

2 PLANLEGGINGSFASEN

2.1 Innledning

Planleggingsfasen er avgjørende for å sikre at anskaffelsen gjennomføres effektivt og i tråd med regelverket. I denne fasen legger oppdragsgiver grunnlaget for en god konkurranse ved å definere behovet, analysere markedet og vurdere hvordan ulike kontraktsformer kan bidra til å oppnå ønsket resultat. For relasjonskontrakter er dette særlig viktig, ettersom kontraktens suksess i stor grad avhenger av samarbeidsformen og partenes felles forståelse av mål og forventninger.

I denne delen av rapporten ser vi nærmere på de vurderingene oppdragsgiver bør gjøre før konkurransen kunngjøres, og hvordan disse påvirker både gjennomføringen og den senere kontraktsfasen. Formålet er å belyse hvordan anskaffelsesregelverket gir rom for fleksibilitet og gode samarbeidsmodeller når forarbeidet er grundig.

Vi har valgt ut temaer som typisk har størst betydning for relasjonskontrakter: utarbeidelse av anskaffelsesstrategi, bruk av dialog med markedet, valg av kontraktsform og kontraktsvilkår, fastsettelse av kontraktsvarighet samt graden av fleksibilitet i kontrakten.

2.2 Anskaffelsesstrategi

En anskaffelsesstrategi er det overordnede rammeverket som styrer hvordan oppdragsgiver planlegger, gjennomfører og følger opp en konkurranse. Strategien skal ikke bare beskrive hvordan behovet dekkes på kort sikt, men også legge til rette for at anskaffelsen oppnår ønskede effekter over tid. Den fungerer dermed som et styringsverktøy som sikrer at prosessen er målrettet, forutsigbar og tilpasset både markedet og organisasjonens behov.

Vår erfaring er at mange innkjøpsmiljøer er tilbakeholdne med å utarbeide og bruke anskaffelsesstrategier. Det er uheldig. En strategi er et effektivt styringsverktøy som ikke bare skaper retning, men også ansvarliggjør organisasjonen. Den bidrar til å sikre at risikovurderinger er gjort på forhånd, og at de er forankret og godkjent på ledernivå. Dermed reduseres faren for at vanskelige spørsmål først blir håndtert når konflikter eller uforutsette problemer har oppstått.

Ved relasjonskontrakter er betydningen av en gjennomarbeidet anskaffelsesstrategi særlig fremtredende. En relasjonskontrakt bygger i stor grad på samhandling, tillit og langsiktig

samarbeid mellom partene. Den juridiske kontrakten danner et rammeverk, men det er den praktiske relasjonen som avgjør om kontrakten lykkes. Strategien må derfor vektlegge hvordan samarbeidet kan fremmes, og hvilke grep som bidrar til å skape en god dynamikk mellom oppdragsgiver og leverandør.

I praksis innebærer dette at oppdragsgiver allerede i strategifasen bør avklare hvilke mål som skal nås, hvordan leverandørmarkedet bør involveres og hvilke kontraktsvilkår som best understøtter et samarbeid basert på åpenhet, gjensidig lojalitet og problemløsning. Det bør også vurderes hvordan nøkkelpersonell og kompetanse sikres gjennom hele kontraktsperioden, og hvordan eventuelle konflikter skal håndteres på en konstruktiv måte.

En anskaffelsesstrategi for relasjonskontrakter handler derfor ikke bare om å gjennomføre en formelt korrekt konkurranse, men om å legge grunnlaget for et partnerskap som kan fungere i praksis. Jo mer komplekst og langsiktig samarbeidet er, desto viktigere blir det å ha en tydelig strategi som gir retning, skaper forutsigbarhet og legger til rette for et robust og bærekraftig leverandørsamarbeid.

2.3 Dialog med markedet

2.3.1 Hvorfor dialog?

Hovedformålet med en anskaffelse er å få dekket oppdragsgivers behov på best mulig måte. Markedet er i stadig endring. Ofte er det leverandørene, og ikke oppdragsgiver, som har mest kunnskap om hvilke muligheter som finnes i markedet. Leverandørmarkedet er også i stadig utvikling, og det kan komme nye små og store aktører inn som kan bidra til å dekke de behov oppdragsgiver har.

Som påpekt i Rapporten punkt 3.3, vil det i mange tilfeller derfor være praktisk, og kanskje også nødvendig, for oppdragsgiveren å ha en dialog med markedet i forbindelse med planleggingen av anskaffelsen. Gjennom forutgående dialog med markedet vil oppdragsgiver kunne øke sannsynligheten for at både konkurranseregler, kravspesifikasjon og kontraktsvilkår er utformet slik at de ivaretar de ønsker og behov oppdragsgiver har i konkurranse- og kontraktsfasen.

Reglene om dialog med markedet *før* konkurransen utlyses, må også sees i sammenheng med reglene om hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta i anskaffelsesdokumentene etter at konkurransen er kunngjort.

Etter at konkurransen er kunngjort, er oppdragsgivers mulighet til å ha dialog med leverandørene – og til å gjøre endringer i anbudsgrunnlaget – langt mer begrenset. Som vi kommer nærmere tilbake til i punkt 3.4, er det ikke adgang til å gjøre vesentlige endringer i konkurransedokumentene. Bestemmelsene om gjennomføring av konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog, samt det grunnleggende kravet til likebehandling, setter også grenser for hva forhandlingene/dialogen kan omfatte.

For det tilfellet oppdragsgiver har behov for å foreta endringen, men endringen vil være i strid med regelverket, vil oppdragsgiver bli nødt til å avlyse konkurransen og konkurranseutsette kontrakten på nytt. Det er derfor svært viktig at oppdragsgiver setter av tilstrekkelig tid til planlegging av konkurransen og utforming av kravspesifikasjon og kontrakt, samt har dialog med markedet ved behov.

2.3.2 Nærmere om rammene for dialog

Tidligere har det vært knyttet en del usikkerhet rundt i hvilken grad oppdragsgiver kan ha dialog med markedet i forbindelse med en konkurranse. Dette resulterte i at oppdragsgivere var forsiktige med å ta kontakt med leverandører i forkant av en konkurranse i frykt for at dette skulle

anses å være en favorisering av enkelte leverandører. Leverandører var samtidig varsomme med å komme med innspill i frykt for å bli avvist fra konkurransen.

Dette er bakgrunnen for at det nå er inntatt et eget kapittel om dialog med markedet, se FOA kapittel 12. Av FOA § 12-1 fremgår:

§ 12-1. Forberedende undersøkelser

(1) Oppdragsgiveren kan gjennomføre markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen og gi informasjon til leverandørene om sine planer og behov.

(2) Oppdragsgiveren kan søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører. Rådene kan brukes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsen. Forutsetningen er at rådene ikke har konkurransevridende effekt eller fører til brudd på likebehandlingsprinsippet.

Som det fremgår av bestemmelsen, har oppdragsgiver et stort handlingsrom for dialog og undersøkelser i markedet forut for en anskaffelse. Oppdragsgiver kan både gå aktivt ut i markedet for å hente inn råd og ta imot råd og innspill som måtte komme.

Dersom oppdragsgiver ønsker dialog med markedet, er det mange ulike måter å gjennomføre slik dialog på. Som eksempel kan nevnes:

- Ta imot innspill som måtte komme uoppfordret fra leverandørmarkedet.
- Ta direkte kontakt med en eller flere leverandører – muntlig og/eller skriftlig.
- Offentliggjøre og/eller kunngjøre ønske om dialog – kan eksempelvis skje i form av ønske om innspill på konkrete spørsmål, eller ved at det bes om tilbakemeldinger på utkast til krav, kriterier, konkurransedokumenter mv.
- Invitere til dialogkonferanse – ved én til én møter og/eller felles møter.

De rådene og innspillene som oppdragsgiver mottar kan naturlig nok brukes til videre planlegging og gjennomføring av konkurransen. Dette er nettopp poenget med å ha dialog med markedet.

Oppdragsgiver må imidlertid sørge for at de rådene som blir gitt ikke benyttes av oppdragsgiver på en måte som får en konkurransevridende effekt eller fører til brudd på likebehandlingsprinsippet, jf. bestemmelsens annet ledd siste punktum.

Ordlyden i bestemmelsen kan tolkes slik at oppdragsgiver ikke kan bruke råd på en måte som vil gi én eller flere leverandører et konkurransefortrinn. Det er imidlertid ikke slik at ethvert konkurransefortrinn vil være ulovlig. Bestemmelsen må leses i lys av FOA § 12-2 (1), der det vises til at leverandøren ikke får en "urimelig" konkurransefordel.

Som eksempel på tilfeller der oppdragsgiver bør være særlig varsom med å bruke råd og innspill, er dersom en leverandør kommer med konkrete innspill til kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller kravspesifikasjonen. Bakgrunnen er at denne typen innspill vil kunne ha stor betydning både for hvilke leverandører som får mulighet til å delta i konkurransen og hvor gode forutsetninger de ulike leverandørene vil ha for å vinne konkurransen. Før oppdragsgiver implementerer leverandørens innspill til slike krav og kriterier i konkurransen, er det derfor ekstra viktig at oppdragsgiver foretar en grundig vurdering av om implementering av krav mv. kan innebære en urimelig konkurransefordel for én eller flere leverandører.

Relevante momenter i vurderingen vil blant annet være:

- Hvor lett er det for andre leverandører å tilfredsstille de krav og kriterier som er valgt?

- Er de valgte krav/kriterier naturlige ut fra oppdragsgivers behov?
- Får rådgiveren/leverandøren en stor tidsmessig fordel ved utarbeidelse av sitt tilbud?
- Har rådgiveren/leverandøren mottatt informasjon om oppdraget som ikke er blitt gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne?
- Hvordan påvirker valget rådgiverens/leverandørens mulighet til å vinne konkurransen?

FOA § 12-2 gir nærmere føringer for hva oppdragsgiver må gjøre dersom en leverandør eller virksomhet knyttet til en leverandør har kommet med råd forut for konkurransen:

§ 12-2. Dialog med leverandører før konkurransen

(1) Når en leverandør eller en virksomhet tilknyttet leverandøren har gitt råd til oppdragsgiveren forut for konkurransen, skal oppdragsgiveren treffe egnede tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en urimelig konkurransefordel dersom han deltar i konkurransen. Det samme gjelder dersom leverandøren har vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte.

(2) Egnede tiltak vil blant annet være

- a) å sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren i planleggingen av konkurransen*
- b) å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud for å utjevne eventuelle fordeler*

Bestemmelsen innebærer i korthet at oppdragsgiver må treffe egnede tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en *urimelig* konkurransefordel. Hva som er å anse som egnede tiltak må vurderes konkret. Jo større konkurransefordel leverandøren har fått, jo strengere krav vil det stilles til oppdragsgiver, jf. det grunnleggende kravet til forholdsmessighet i LOA § 4. I tillegg til de momenter som er nevnt over, vil det være relevant å se hen til om det er mulig å oppnå oppdragsgivers behov på en annen måte enn gjennom de krav/kriterier som rådgiveren/leverandøren har foreslått.

Det er ikke uvanlig at oppdragsgiver benytter en leverandør som rådgiver i konkurransen, eller at en leverandør har deltatt i et forprosjekt. Vedkommende leverandør vil ofte ha en konkurransefordel i form av stor innsikt i prosjektet og oppdragsgivers behov. Egnede tiltak vil blant annet kunne være å sørge for at deltakere i konkurransen får de samme relevante opplysninger og at tilbyderne får en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud for å utjevne konkurransefordelen, jf. bestemmelsens annet ledd.

I de aller fleste tilfeller vil det være mulig for oppdragsgiver å foreta avhjelpende tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en urimelig konkurransefordel. Det er imidlertid viktig å være klar over at dersom en leverandør har deltatt i forberedelsen av konkurranse og med det oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpe, så vil oppdragsgiver ha en plikt til å avvise leverandøren fra konkurransen. Vi viser til FOA § 24-2 (1) bokstav d. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiver gi ham en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridning.

2.4 Valg av kontraktsform

2.4.1 Vare- og tjenestekontrakt eller rammeavtale

Anskaffelsesregelverket skiller mellom inngåelse av en kontrakt og en rammeavtale. Selv om svaret ofte gir seg selv, må oppdragsgiver derfor i prinsippet alltid vurdere om det er en kontrakt eller en rammeavtale som ønskes konkurranseutsatt.

En kontrakt er i FOA § 4-1 bokstav a definert som en *"gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører"*.

En rammeavtale er i FOA § 4-1 bokstav i definert som en *"avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår med en eller flere leverandører, og som har til formål å fastsette kontraktsvilkårene for de kontrakter som oppdragsgiveren skal inngå i løpet av en bestemt periode, særlig om pris og mengde"*.

Rammeavtaler kan inngås for alle typer leveranser, varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider. Slike avtaler brukes som oftest når oppdragsgiver ikke kjenner den eksakte mengden og/eller tidspunktet behovet oppstår. Rammeavtaler skiller seg fra vanlige kontrakter gjennom flere særskilte bestemmelser i forskriften. Dette gjelder blant annet i forhold til beregning av anskaffelsens verdi, rammeavtalens varighet og regler for tildeling av oppdrag (avrop gjennom fordelingsnøkkel eller minikonkurranse).

For enkeltkontrakter binder både oppdragsgiver og leverandør i større grad seg til et bestemt omfang og/eller levering av en bestemt ytelse.

Det finnes imidlertid også kontraktstyper som kan være vanskelige å klassifisere. En i utgangspunktet alminnelig kontrakt kan også inneholde en rekke opsjoner, i tillegg til en hovedleveranse. Hvis hovedleveransen er liten og opsjonene relativt mye større, vil ikke dette nødvendigvis skille seg i særlig stor grad fra en rammeavtale.

2.4.2 Overordnet om kontraktsvilkår

En relasjonskontrakt er en kontraktsmodell som kan brukes i forbindelse med kjøp av både varer og tjenester. Som det fremgår av Rapporten punkt 1.1, finnes det ikke en kontraktsmal for relasjonskontrakter.

Det vil derfor være opp til oppdragsgiver å vurdere hva slags type kontrakt som skal inngås og på hvilke vilkår. Oppdragsgiver må imidlertid ta stilling til dette *før* konkurransen utlyses.

Etter FOA § 14-1 (3) bokstav b skal konkurransegrunnlaget inneholde opplysninger om hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget. Formålet er å gi leverandørmarkedet tilstrekkelig informasjon til å vurdere omfanget av eventuelle fremtidige forpliktelser, og dermed kunne ta stilling til om de ønsker å delta i konkurransen.

Ved fastsettelse av kontraktsvilkår, har oppdragsgiver betydelig fleksibilitet. Etter FOA 19-1 gjelder følgende:

§ 19-1. Kontraktsvilkår

(1) Oppdragsgiveren kan fastsette kontraktsvilkår, for eksempel om økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn. Kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse.

(2) Oppdragsgiveren kan fastsette endringsklausuler, for eksempel prisindeksklausuler eller opsjoner. Endringsklausulene skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausulene kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.

Bestemmelsens første ledd siste setning kan gi inntrykk av at oppdragsgiver som det klare utgangspunkt har en plikt til å benytte seg av fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder. Det er imidlertid antatt at bestemmelsen kun er en ordensforskrift, og en oppfordring til oppdragsgiver, jf. NOU 1997: 21 s. 107 og Ot.prp. nr. 71 (1997–98) s. 44. Bestemmelsen er følgelig ikke til hinder for at oppdragsgiver utarbeider egne kontrakter eller at oppdragsgiver foretar endringer til kontraktsstandarder som finnes i markedet, slik som f.eks. SSA-avtalene.

I punkt 4.3 nedenfor, vil vi redegjøre nærmere for bruk av endringsklausuler i kontrakten.

2.4.3 Enkelte forhold som særlig bør hensyntas ved utarbeidelse av en relasjonskontrakt

2.4.3.1 Nøkkelpersonell

En relasjonskontrakt forutsetter et tett og konstruktivt samarbeid mellom partene. Det er derfor avgjørende at kontrakten uttrykkelig beskriver hva som ligger i begrepet *relasjonskontrakt*, og hvilke samarbeidsformer og prinsipper partene forventes å følge. Dette kan for eksempel gjelde krav om åpenhet, gjensidig tillit, respekt for hverandres roller, og en felles forpliktelse til å løse problemer gjennom dialog fremfor konflikt. Slike bestemmelser bidrar til å skape et forutsigbart rammeverk for samhandling, og reduserer risikoen for at samarbeidet bryter sammen ved uenighet.

Et særskilt trekk ved relasjonskontrakter er avhengigheten av menneskelige ressurser og relasjoner. Dette gjelder særlig nøkkelpersonell, som ofte sitter på kritisk kompetanse og er sentrale for at kontrakten skal fungere i praksis. For å ivareta dette kan kontrakten inneholde bestemmelser som balanserer fleksibilitet med forutsigbarhet:

- **Rett og plikt til utskiftning:** Dersom nøkkelpersonell ikke leverer som avtalt, eller samarbeidet ikke fungerer, bør oppdragsgiver (og også leverandøren) ha rett til å kreve utskiftning av vedkommende nøkkelressurs.
- **Begrensning i retten til utskiftning:** Samtidig kan oppdragsgiver vurdere om det er ønskelig å begrense adgangen til å bytte ut nøkkelpersonell som er tilbudt. Som eksempel kan det stilles krav om at slik utskiftning ikke skal skje uten godkjenning fra oppdragsgiver, samtidig som oppdragsgiver ikke kan nekte uten saklig grunn. Dette kan bidra til å sikre kontinuitet, opprettholder kvalitet, og reduserer risikoen for at sentral kompetanse forsvinner midt i leveransen. Det reduserer også risikoen for at leverandøren tilbyr en nøkkelressurs, men bruker helt andre nøkkelressurser i kontraktsgjennomføringen.
- **Varslingsplikt:** Det kan også oppstilles krav om skriftlig og tidlig varsling dersom partene planlegger å endre nøkkelpersonell.
- **Krav til erstatningspersonell:** Dersom leverandør er evaluert basert på tilbudte nøkkelressurser, bør det stilles krav til at nytt personell har tilsvarende kompetanse, erfaring og tilgjengelighet.

Disse mekanismene skaper trygghet for begge parter. Oppdragsgiver får en reell mulighet til å sikre kvalitet og stabilitet i leveransen, mens leverandøren på forhånd vet hvilke rammer som gjelder og kan planlegge ressursbruken deretter. Vi viser også til Rapporten punkt 7, som understreker viktigheten av å ivareta personell- og samarbeidsdimensjonen i relasjonskontrakter.

2.4.3.2 "Lock-in-situasjoner"

Relasjonskontrakter benyttes typisk der det er behov for å inngå langvarige avtaler, hvor både kunden og leverandøren fort kan risikere å komme i en "lock-in-situasjon", der det blir fryktelig

kostbart å avslutte kontrakten. Det er derfor viktig at oppdragsgiver har fokus på denne problemstillingen ved utarbeidelse av kontraktsvilkårene. Som eksempel kan oppdragsgiver sørge for tilgang til kildekoder, slik at oppdragsgiver selv eller ved hjelp av andre kan videreutvikle løsningen og/eller drive vedlikehold av denne.

Dersom oppdragsgiver har mulighet til å hindre en lock-in-situasjon gjennom kontraktsregulering, men ikke har benyttet seg av denne muligheten, vil det også ha betydning for oppdragsgivers mulighet til å inngå eventuelle direktekjøp fra leverandøren senere på bakgrunn av det såkalte eneleverandørunntaket. Vi viser til punkt 5.1 nedenfor der vi har redegjort nærmere for eneleverandørunntaket.

2.5 Kontrakter og rammeavtalers varighet

2.5.1 Generelt om kontraktens varighet

Anskaffelsesforskriften inneholder ingen generelle regler om hvor lang eller kort varighet en kontrakt kan ha. Dette fremgår også implisitt av FOA § 5-4 (12) bokstav b som regulerer hvordan oppdragsgiver skal beregne verdier av tidsubegrensede kontrakter.

Oppdragsgiver har likevel ikke full frihet til å fastsette kontraktens varighet. Svært langvarige kontrakter kan i praksis etablere et leverandørmonopol og dermed være i strid med forutsetningen om at alle offentlige oppdrag skal være gjenstand for konkurranse, jf. LOA § 4. Varigheten må derfor stå i et rimelig forhold til formålet med anskaffelsen. Det grunnleggende kravet til forholdsmessighet i LOA § 4 innebærer at kontrakter ikke kan inngås med lengre varighet enn det som er nødvendig for å dekke behovet, jf. blant annet NOU 2014:4 s. 134. Langvarige avtaler kan aldri brukes som et middel til å omgå regelverket.

Hvor lenge en kontrakt kan løpe, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt "KOFA") har lagt til grunn at oppdragsgiver har et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn ved fastsettelsen av varigheten, jf. KOFA sak 2013/66. Dette skjønnets er likevel begrenset av kravet til etterprøvbarehet. Og jo lengre kontraktsperiode som velges, desto sterkere må begrunnelsen og dokumentasjonen være, se blant annet KOFA sak 2010/23. Vurderingen skal balansere fordelene ved en langsiktig og stabil leverandørrelasjon, mot de negative effektene det kan ha for konkurransen at andre aktører stenges ute fra markedet i samme tidsrom, jf. KOFA sak 2004/16.

I NOU 2014:4 punkt 15.3.2 trekkes flere momenter frem:

- **Investeringsbehov:** Ved anskaffelser som krever store investeringer, kan lange kontrakter være nødvendige for at leverandørene skal kunne forsvare investeringen. Avskrivningsperioden for spesialtilpassede bygninger eller materialer er særlig relevant når disse har liten restverdi på brukmarkedet.
- **Effektivisering:** Lengre kontrakter kan gi effektiviseringsgevinster som også kommer oppdragsgiver til gode. Offentlige anskaffelser er ressurskrevende, og transaksjonskostnader ved leverandørskifte kan begrunne lengre avtaleperioder.
- **Kontinuitet:** Behovet for stabile leveranser kan tilsi lengre kontrakter, særlig der mottakerne er enkeltpersoner med behov for trygghet, som innen helse- og sosialsektoren.

2.5.2 Tidsubegrensede kontrakter

Forskriften åpner som nevnt for inngåelse av løpende tidsubestemte kontrakter, jf. FOA § 5-4 (12) bokstav b.

Tidsubestemte kontrakter er særlig aktuelle ved inngåelse av tjenestekontrakter der det er behov for kontinuerlig drift og vedlikehold. Innen e-helseområdet er det vanlig å benytte SSA-avtalene (SSA-K, SSA-V og SSA-D), som ikke inneholder begrensninger på varigheten. Dette er naturlig fordi oppdragsgiver bør kunne inngå løpende avtaler for drift og vedlikehold av systemer og utstyr gjennom hele levetiden. En slik adgang harmonerer med anskaffelseslovens formål om effektiv ressursbruk, og bidrar til å unngå at oppdragsgiver presses til å kjøpe nytt system fremfor å vedlikeholde det eksisterende.

Det grunnleggende kravet til konkurranse i FOA § 4 setter likevel grenser for hvor langvarige kontrakter som kan opprettholdes. Svært langvarige kontrakter kan begrense konkurransen ved å hindre andre leverandører fra å komme inn på markedet. Kontraktens konkurransebegrensende effekt må derfor alltid vurderes opp mot hensyn som kontraktens formål og brukernes behov. EU-domstolen har i sak C-454/06 (*Presstext*) lagt til grunn at tidsubestemte avtaler i utgangspunktet er tillatt, men at slike kontrakter kan være i strid med regelverket dersom de i praksis undergraver konkurransen.

Hvor lenge en tidsubestemt kontrakt kan løpe uten oppsigelse må vurderes konkret ut fra kontraktens art og formål. KOFA har i flere saker vurdert dette spørsmålet. I sak 2013/66 aksepterte nemnda eksempelvis en varighet på ti år ved kjøp av bedriftshelsetjenester. I sak 2010/23 viste KOFA, med henvisning til *Presstext*, til at selv om forskriftens bestemmelser om tidsbegrensning i §§ 6-1 (4) og 6-4 (8) ikke kan overføres direkte på tjeneste- og varekontrakter, kan lovens konkurransekrav innebære en skranke mot kontrakter av "meget lang varighet" dersom dette ikke er begrunnet i oppdragets art eller innhold.

2.5.3 Rammeavtals varighet

2.5.3.1 Maksimal varighet på fire år

Som påpekt i Rapporten punkt 4.1, vil nok sjelden oppdragsgiver velge en rammeavtale dersom det skal inngås en relasjonskontrakt. Ettersom en rammeavtalen i teorien kan være både transaksjonsbasert og relasjonsbasert, har vi allikevel valgt å innta et punkt om rammeavtals varighet.

Rammeavtals varighet er særskilt regulert i FOA § 26-4, som fastsetter at rammeavtaler som hovedregel ikke kan vare mer enn fire år. Begrensningen gjelder den samlede varigheten av rammeavtalen, *inkludert* eventuelle opsjoner på forlengelse, jf. KOFA-2004/16 avsnitt 89 flg. Formålet er å sikre effektiv konkurranse og hindre at langvarige rammeavtaler skaper leverandørmonopol eller stenger andre aktører ute fra markedet.

Fireårsregelen avveier to hensyn: På den ene siden er hyppige konkurranseutsettelser ressurskrevende og kostnadsdrivende for oppdragsgiver, samtidig som leverandører kan oppnå forutsigbarhet ved å bli tildelt en lengre rammeavtale. På den andre siden innebærer rammeavtals fleksibilitet at lange avtaler kan virke *sterkt* konkurransebegrensende. Bekymringen er derfor særlig fremtredende for rammeavtaler.

2.5.3.2 Unntak fra hovedregelen

Unntak fra fireårsregelen kan bare gjøres dersom det foreligger "særlige forhold", for eksempel knyttet til avtalens formål, investeringskostnader eller brukerens behov», jf. FOA § 26-4. Unntaket er snevert og må tolkes restriktivt.

Etter anskaffelsesdirektivets artikkel 33 nr. 1, og EU-kommisjonens Explanatory Memorandum (CC/2005/03), må begrunnelsen være "duly justified". Dette innebærer at oppdragsgiver i kunngjøringen må dokumentere hvorfor en lengre varighet er nødvendig, jf. direktivets vedlegg V del C nr. 10.

Som fremhevet i direktivets fortale premiss 62 annet avsnitt, kan et eksempel på særlige forhold være at rammeavtalen forutsetter investeringer med en nedskrivningsperiode på mer enn fire år, og hvor utstyret må være tilgjengelig i hele avtaleperioden. Tilsvarende er lagt til grunn i CC/2005/03.

Juridisk teori trekker også opp hvor snever adgangen til å ha en varighet på mer enn fire år. Steinicke/Groesmeyer (*Udbudsdirektiver, 2008 s. 903*) fremhever at en rammeavtale utover fire år kan være nødvendig dersom den forutsetter utvikling av spesialprodukter, eller hvor investeringene krever en rimelig avskrivningsperiode som overstiger fire år. Unntaket kan i særlige tilfeller også omfatte forhold uten direkte tilknytning til rammeavtalens formål, dersom dette fremstår som åpenbart rimelig.

Etter forholdsmessighetsprinsippet kan varigheten uansett ikke overstige det som er nødvendig ut fra de særlige forhold som påberopes. Selv når unntaksvilkårene er oppfylt, må avtaletiden derfor begrenses til det forholdene tilsier.

2.5.3.3 KOFA-praksis om rammeavtalers varighet

KOFA har i flere saker vurdert om rammeavtaler kan overstige fire år. Praksis viser at nemnda generelt er svært restriktiv, og at manglende konkretisering og dokumentasjon ofte fører til at unntaket ikke kan benyttes. I boksene under følger tre eksempler:

KOFA-2021/954 (GKI)

KOFA vurderte at en rammeavtale om telefoni- og datatjenester med en samlet varighet på seks år var ulovlig. Nemnda slo fast at oppdragsgiver hadde brutt regelverket på to punkter: For det første var det ikke gitt noen begrunnelse for varigheten i kunngjøringen. For det andre var det ikke dokumentert at det forelå «særlige forhold» som kunne rettferdiggjøre en rammeavtale utover fire år. De anførte momentene – implementeringskostnader, ny sentralbordløsning, ressursbruk til kompetansegruppe og faktureringsoppsett – ble ikke ansett som tilstrekkelig. Nemnda fremhevet at unntaksadgangen skal tolkes snevert, og at særlig innenfor et marked i sterk teknologisk utvikling stilles det høye krav til konkret og etterprøvbare begrunnelse.

KOFA-2004/16 (Hemne kommune)

KOFA la til grunn at en anskaffelse som fikk en samlet tidshorisont på åtte år, i realiteten kan virke så konkurransebegrensende at den strider mot anskaffelsesloven § 5 [§ 4].

Fordeler ved å ha én valgt leverandør over mange år må balanseres mot de markedsmessige konsekvensene av at andre aktører stenges ute i samme periode. Svært lange rammeavtaler og omfattende opsjonsregimer krever derfor en særlig streng begrunnelse og må være nødvendige og forholdsmessige.

KOFA-2008/140 (Bergen kommune)

En rammeavtale på 3+2 år ble kjent ulovlig. Oppdragsgiver hadde gjort gjeldende at investeringer med nedskrivningsperioder over fire år krevde en slik totalvarighet, men Klagenemnda konkluderte med at denne begrunnelsen ikke var tilstrekkelig konkret dokumentert. Nemnda så at innklagedes argumentasjon om investeringenes levetid på fem år og behovet for en større maskinpark var omtalt, men mente at oppdragsgiver ikke hadde dokumentert hvordan disse investeringskostnadene faktisk knyttet seg til den planlagte varigheten.

Det foreligger ikke mange avgjørelser hvor KOFA har akseptert en rammeavtalevarighet utover fire år. De sakene som finnes, illustrerer imidlertid hvilke momenter som kan begrunne unntak, men også hvor strengt dette vurderes:

KOFA-2015/76 (Førerhund)

Rammeavtalen gjaldt kjøp av førerhunder og tilhørende tjenester, og var kunngjort med fire år pluss opsjon på ytterligere 1+1 år. Nemnda kom til at en avtaleperiode på inntil seks år var berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand. Nemnda la særlig vekt på at opplæring og utdanning tar lang tid, både fordi hundene må trenes i om lag to år og fordi utdanning av førerhundtrener tar tre år.

Det ble også vist til at leverandørene har høye etablerings- og investeringskostnader, samt at hensynet til brukerne tilsier kontinuitet og stabilitet. Selv om avtalen var utformet med opsjoner, mente KOFA at leverandørene realistisk kunne legge til grunn en varighet på seks år dersom kontrakten fungerte som forutsatt. Når det gjaldt en mindre rammeavtale om forkurs for brukere, ble spørsmålet om unntak ikke tatt stilling til fordi det ikke var tilstrekkelig belyst. Saken viser at avtaler utover fire år kan godtas, men bare der det foreligger særskilte grunner knyttet til kontraktens art og behovet for langsiktighet. Opsjoner svekker riktignok begrunnelsen, men utelukker ikke at unntaket kan brukes.

KOFA-2016/18 (IKT-driftstjenester)

Saken gjaldt en rammeavtale på seks år om kjøp av IKT-driftstjenester. Oppdragsgiver viste til betydelige oppstartskostnader knyttet til migrering av driftsløsning og etablering av nytt leverandørforhold. Migreringsprosjektet ville kreve flere måneder, og kommunen måtte også selv bruke store interne ressurser i prosessen. Driftsavtalen innebar dessuten at leverandøren måtte investere i infrastruktur med reell levetid på 4–6 år. Nemnda aksepterte en total varighet på seks år, under henvisning til at oppstartskostnadene og investeringshorisonten utgjorde særlige forhold som gjorde en varighet utover fire år forholdsmessig.

KOFA 2020/933 (Brøytetjenester)

Saken gjaldt avtaler om brøyting/vintervedlikehold med samlet varighet ca. fire og et halvt år. Nemnda aksepterte at det forelå «særlige forhold» etter FOA § 26-1 (4) som kunne begrunne løpetid utover fire år—bl.a. betydelige investeringskostnader i maskinpark (inkl. behov for reservemaskiner) og hensynet til kontinuitet slik at leverandørskifte ikke skjer midt i en brøytesesong. Samtidig konstaterte KOFA brudd fordi begrunnelsen for å overskride fireårsgrensen ikke var tatt inn i kunngjøringen, slik direktiv 2014/24/EU vedlegg V del C nr. 10 krever. Kort sagt: Lengre varighet *kan* være lovlig ved konkrete, etterprøvbare særlige forhold, men begrunnelsen må fremgå av kunngjøringen.

2.5.3.4 Oppsummering

Rammeavtaler skal som hovedregel ikke overstige fire år. Unntak kan bare gjøres når særlige forhold gjør en lengre periode strengt nødvendig, og begrunnelsen må være konkret, dokumentert og etterprøvbar. Praksis viser at lang avskrivningsperiode for investeringer og utvikling av spesialprodukter kan begrunne unntak. Hensyn som avtalens kompleksitet eller implementeringstid er bare relevante dersom de konkretiseres og dokumenteres.

Det avgjørende er om oppdragsgiver kan påvise et reelt og forholdsmessig behov for den konkrete avtaleperioden. Dersom leverandørene kun vil påta seg oppdraget ved en periode ut over fire år, og dette kan underbygges, kan en forlengelse aksepteres. Generelle eller udokumenterte henvisninger til kompleksitet eller effektivitet vil derimot ikke oppfylle kravene.

Oppdragsgiver bør derfor alltid, i forkant av kunngjøring, foreta en grundig vurdering og nedtegne en etterprøvbar begrunnelse for den valgte avtalevarigheten. Dersom en rammeavtale med varighet utover fire år blir kunngjort, og senere overprøvd, vil oppdragsgiver stå i fare for at alle avrop foretatt etter fireårsperiodens utløp anses som ulovlige direkte anskaffelser – med de alvorlige rettsvirkninger dette kan få.

2.5.4 Varighet på avrop under en rammeavtale

Anskaffelsesforskriften regulerer ikke hvor lenge de enkelte avropene under en rammeavtale kan vare. I praksis har det vært lagt til grunn at avrop kan gis en lengre løpetid enn rammeavtalen som sådan, så lenge dette følger naturlig av avtalens formål og ytelsens karakter.

Det samme fremgår av anskaffelsesdirektivets fortale premiss 62 (vår utheving):

*Det bør desuden præciseres, at kontrakter, der er baseret p t en rammeaftale, skal tildeles inden for selve rammeaftatens t betid, mens varigheden af individuelle kontrakter, der er baseret p t en rammeaftate, **ikke nødvendigvis skal være sammenfaldende med den p tg tdende rammeaftales varighed, men alt efter hvad der er hensigtsm sslgf, godf kan være kortere eller længere.** Det bør især være muligt at fastsætte varigheden af individuelle kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, under hensyn til faktorer som f.eks. den tid, der er nødvendig for at gennemføre dem; 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.*

Et typisk tilfelle er at oppdragsgiver foretar et avrop kort tid f r rammeavtalen utl per, og at kontrakten som følger av avropet må løpe utover rammeavtaleperioden for at leveransen skal kunne fullføres.

Grensen går imidlertid der avropene f r en slik varighet at de i realiteten forlenger rammeavtalens effekt på markedet, og dermed undergraver fire rsbegrensningen. Dette ble illustrert i KOFA 2004/310, hvor en kontrakt inngått like før rammeavtalens utløp var planlagt å løpe nesten fem år etter rammeavtalens utløp. Nemnda uttalte at leverandørene ikke kunne forvente at rammeavtalen skulle åpne for avrop av en slik varighet, og at dette var i strid med kravet til forutberegnelighet og konkurranse.

Det avgjørende er derfor om avropets varighet kan anses som en nødvendig og naturlig følge av rammeavtalen, eller om den reelt sett etablerer en ny langsiktig kontrakt uten konkurranseutsetting. Etter anskaffelseslovens   4 må oppdragsgiver sikre at avropenes løpetid står i et rimelig forhold til formålet, og at varigheten ikke benyttes som et middel til å omgå regelverket.

Verken SSA-K, SSA-V eller SSA-D har noen slike begrensninger knyttet avtalens varighet. Det er også helt naturlig. En adgang for oppdragsgiver til å ha løpende avtaler om drift- og vedlikehold av utstyrets/systemet som er anskaffet er klart i samsvar med hele formålet bak anskaffelsesregelverket - nemlig en effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA   1. Det er særlig aktuelt med slike løpende drifts- og vedlikeholdsavtaler når det er tale om vedlikehold/drift av programvare og utstyr som har behov for vedlikehold/drift gjennom systemets/utstyrets levetid. Oppdragsgiver skal ikke bli tvunget til å kåpe nytt system/utstyr fremfor å vedlikeholde det de har anskaffet.

2.6 Fleksibilitet i kontrakten

2.6.1 Overordnet

Relasjonskontrakter kjennetegnes blant annet med at oppdragsgiver ikke nødvendigvis har helt klart for seg hvilken løsning som best vil ivareta oppdragsgivers behov, at avtalen går over lang tid samt at det er behov for fleksible rammer for å ivareta behov for endringer underveis i konkurransen.

Hvor stor grad av fleksibilitet leverandøren og oppdragsgiver vil ha - både i tilbudsfasen og i kontraktsfasen, vil i stor grad være avhengig av hvilke rammer oppdragsgiver har satt.

I kravspesifikasjonen angis kravene som stilles til egenskapene til de varer og tjenester som oppdragsgiver skal anskaffe. Kravspesifikasjonen setter følgelig både rammer for hva leverandørene kan tilby i konkurransen samt hvilke løsninger oppdragsgiver kan akseptere i kontraktsfasen. I punkt 2.6.2 ser vi derfor litt nærmere på hva oppdragsgiver bør være særlig oppmerksom på ved utarbeidelse av kravspesifikasjonen.

Dersom avtalen går over lang tid og/eller det kan være behov for å gjøre endringer i løpet av konkurransen, er det videre viktig at kontraktens avtalebestemmelser hensyntar oppdragsgivers behov for fleksibilitet i løpet av kontraktsperioden. I punkt 2.6.3 vil vi se nærmere på hvordan oppdragsgiver kan utarbeide endringsklausuler som gir den nødvendige fleksibilitet i kontraktsfasen.

Der oppdragsgiver velger en relasjonskontrakt som kontraktsmodell, er det også viktig å innta bestemmelser om krav til samarbeid/relasjonen. Avhengig av kravene, kan disse inntas i kravspesifikasjonen eller avtalebestemmelsene.

2.6.2 Fastsettelse av kravspesifikasjon

Kravspesifikasjonen skal angi kravene som stilles til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe, jf. FOA § 15-1 (1).

FOA kapittel 15 inneholder relativt detaljerte rammer for hvordan en kravspesifikasjon kan utformes. Det fremgår blant annet at krav skal utformes som ytelses- eller funksjonskrav (inkludert miljøegenskaper), ved henvisning til tekniske spesifikasjoner og ulike standarder eller en kombinasjon av disse.

Relasjonskontrakter kjennetegnes blant annet ved at det er tale om langvarige relasjoner, endrede behov over tid og der formålet er at partene i større grad enn ved tradisjonelle transaksjonsbaserte kontrakter sammen skal finne frem til hvordan oppdragsgivers behov best kan løses. Dette må gjenspeiles i kravspesifikasjonen.

De tre viktigste tipsene ved utarbeidelse av kravspesifikasjon kan oppsummeres som følger:

- Ikke forveksle behov med løsninger
- Vær varsom med å oppstille absolutte krav/minstekrav
- Krav må fremdeles oppfylle krav til klarhet

Ikke forveksle behov med løsninger

Som påpekt i Rapporten er det viktig å ikke forveksle behov med løsninger. Dersom oppdragsgiver inntar en detaljert beskrivelse av ønsket løsning, vil det være en risiko for at markedet begrenses og at etterspurt løsning er utdatert. Ved utforming av kravspesifikasjonen til relasjonskontrakter bør oppdragsgiver i stedet utforme krav ved å angi oppdragsgivers behov og mål for anskaffelsen. En slik behovsspesifikasjon, kombinert med mer spesifikke ytelses- og funksjonskrav, vil kunne ha en rekke fordeler:

- Leverandøren får større frihet i tilbudsutformingen: Det vil være opp til tilbyderne å komme med sine forslag til løsninger innenfor de rammer kravene oppstiller
- Risikoen for avvik reduseres
- Åpner i langt større grad opp for fleksibilitet i kontraktsfasen
- Leverandøren har som den klare hovedregelen risikoen for at behovet dekkes gjennom foreslått løsning. Ved en detaljspesifikasjon vil oppdragsgiver ha risikoen for at valgt løsning oppfyller behovet.

Vær varsom med å oppstille absolutte krav

Jo mer detaljerte og strengere krav som oppstilles, jo mindre fleksibilitet får partene til å finne frem til egnet løsning.

Oppdragsgiver bør av samme grunn være varsom med å oppstille absolutte krav og/eller minstekrav i kravspesifikasjonen.

Som redegjort for i punkt 3.4, er det ikke adgang til å gjøre vesentlige endringer i anbudsdokumentene etter at konkurransen er kunngjort. Dersom oppdragsgiver oppstiller absolutte krav og/eller minstekrav som tilbudt løsning må oppfylle for å bli tatt i betraktning, vil dette kunne ha betydning både for hvilke leverandører som ønsker og/eller har mulighet til å delta i konkurransen samt hvilke løsninger som tilbys. For det tilfellet oppdragsgiver senere skulle ha ønske eller behov for å fjerne eller endre slike krav, vil det følgelig være en klar risiko for at denne endringen anses å være vesentlig. Slik endringer vil da ikke foretas uten å avlyse konkurransen og kunngjøre en ny konkurranse i tråd med regelverket.

I FOA § 23-7 (2) er det videre også uttrykkelig angitt at oppdragsgiver ikke har adgang til å forhandle om absolutte krav. I tillegg til å sette begrensninger på hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta etter innspill fra leverandørene, innebærer denne bestemmelsen at oppdragsgiver ikke kan akseptere tilbud med avvik fra absolutte krav.

Oppdragsgiver bør altså tenke seg godt om før man inntar krav i kravspesifikasjonen som skal anses å være absolutte.

Krav må være klart utformet

Som redegjort for i Rapporten, kan ikke en relasjonskontrakt erstatte behovet for klarhet og struktur. Kravene i både kontrakt og kravspesifikasjon må være utformet så klart, presist og utvetydig at alle normalt aktsomme tilbydere forstår kravenes rekkevidde og tolker de på samme måte.

Ved utforming av krav i kravspesifikasjonen må det ikke bare fremgå klart hva kravet går ut, men også hva slags type krav det er tale om. En fornuftig inndeling av krav kan eksempelvis være:

- **A-krav:** Absolutte krav som alle tilbud må oppfylle. Avvik fra slike krav vil automatisk anses å være vesentlig og følgelig automatisk lede til avvisning, jf. FOA § 24-8 (1) bokstav b.
- **S-krav:** Skal-krav som alle tilbud skal oppfylle. Avvik fra slike krav vil etter en konkret vurdering kunne lede til avvisning, se FOA §§ 24-8 (1) bokstav b og 24-8 (2) bokstav a.
- **E-krav:** Evalueringskrav. I evalueringen vil det både kunne være relevant å se på om kravet er oppfylt, og i hvilken grad kravet er oppfylt.

Dersom kravspesifikasjonen ikke inneholder absolutte krav, anbefaler vi at dette står uttrykkelig. Dette slik at man unngår tvist knyttet til hvorvidt et krav er å anse som absolutt med den konsekvens at avvik automatisk må lede til avvisning.

2.6.3 Utforming av endringsklausuler

2.6.3.1 Overordnet om krav til utforming av endringsklausuler

En relasjonskontrakt vil som oftest være en relativt langvarig kontrakt. Oppdragsgivers behov kan endre seg over tid. Det kan også skje endringer i markedet, nye krav og regler kan bli innført mv.

Som redegjort for i punkt 4 nedenfor samt i Rapportens punkt 8, setter anskaffelsesregelverket begrensninger for hvilke endringer som kan foretas i løpet av kontraktsperioden.

En endring kan imidlertid alltid foretas så fremt endringen skjer i medhold av en endringsklausul som fremgikk av den konkurranseutsatte kontrakten, jf. FOA § 28-1 (1) bokstav a. Bakgrunnen er at leverandørmarkedet da er gjort kjent med hvilke endringer som kan forekomme etter kontraktsinngåelse, og har mulighet til å ta hensyn til dette både ved vurdering av deltakelse i konkurransen og i forbindelse med tilbudsutforming.

Det er ingen begrensninger i hvilke typer forhold en endringsklausul kan omfatte. Eksempler som nevnes i forskriften er prisindeksklausuler og opsjoner, men det er også mulig å regulere andre type endringer som oppdragsgiver tenker det vil kunne bli behov for i løpet av kontraktsperioden. Oppdragsgiver kan derfor skaffe seg relativt stor grad av fleksibilitet gjennom endringsklausuler.

En forutsetning for at endring som foretas i medhold av en endringsklausul alltid vil være lovlig, er i imidlertid at endringsklausulen er utformet i tråd med FOA § 19-1 (2). Det må fremgå klart av endringsklausulen i) hvilke endringer oppdragsgivere kan foreta, ii) i hvilket omfang og iii) på hvilke vilkår. I tillegg er det et krav om at endringsklausulen ikke kan åpne for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.



Av fortalen til direktiv 2014/24/EU avsnitt 111 fremgår det at klarhetskravet knyttet til disse endringsklausulene skal forhindre at oppdragsgiver gjennom endringsklausulene får et ubegrenset spillerom.

For at endringsklausulen skal anses så klart formulert at endringen etter denne alltid vil være lovlig, må endringsklausulen være så klart utformet at det er forutberegnelig for markedet hvordan kontrakten potensielt vil se ut, jf. også det grunnleggende kravet til likebehandling, konkurranse og forutberegnelighet i FOA § 4. I det følgende vil vi se nærmere på hva en slik endringsklausul må inneholde.

2.6.3.2 Type endringer

Det må fremgå klart av endringsklausulen hvilke endringer som oppdragsgiver kan foreta – altså hva endringene kan bestå i. Som eksempel på type endringer er:

- økning eller reduksjon av ytelsen
- endringer i kvalitet
- endringer i karakter
- endringer i utførelse
- justering av pris
- endringer i kontrakt, inkludert risikojustering og endring av øvrige kontraktskrav
- endring i fremdriftsplan/tidsfrister
- endringer i varighet

Oppdragsgiver har følgelig stor fleksibilitet når det gjelder regulering av hva slags type endringer som vil kunne foretas underveis i en kontraktsperiode.

2.6.3.3 Omfang

Det må også fremgå klart av endringsklausulen i hvilket omfang endringen kan gjøres – altså hvor store disse endringene kan være. Angivelsen av omfang kan også skje på ulike måter. Det kan skje i form av å oppstille en grense i beløp, prosentandel, antall eller med henvisning til selve ytelsen (i hvilken grad den kan endre karakter, kvalitet, utførelse osv.).

2.6.3.4 Vilkår

Som redegjort for over, skal det også fremgå klart av endringsklausulen "på hvilke vilkår" oppdragsgivere kan foreta endringen.

Det er ikke helt avklart hva som ligger i dette.

Dersom man tar utgangspunkt i ordlyden i forskriften, er det naturlig å forstå bestemmelsen slik at endringsklausulen i hvert fall må inneholde en regulering av virkingen av endringen (slik som betydning for pris, fremdrift, endringer i vilkår og evt. andre virkninger).

I EUs anskaffelsesdirektiv (som anses implementert gjennom forskriftens bestemmelser) benyttes begrepet "betingelserne for deres anvendelse". Dette kan tyde på at endringsklausulen også må angi vilkårene som må foreligge for at oppdragsgiver kan foreta endringen – sagt med andre ord: i hvilke situasjoner oppdragsgiver har rett til å foreta endringen.

I den danske rapporten til Udbudsloven er det lagt til grunn at endringsklausulen både må angi når endringene kan skje, og hvordan endringen skal implementeres.¹

For at oppdragsgiver skal være trygg på at en vilkårene for endringen er tilstrekkelig klart angitt, anbefaler vi derfor at det fremgår klart av endringsklausulen både i) i hvilke situasjoner oppdragsgiver kan foreta endringen og ii) virkingen av endringen.

Når det kommer til virkningene av endringen, er det ikke nødvendig at det er oppstilt en fast pris på nærmere angitte endringer. Det skal imidlertid være mulig å prissette endringen på endringstidspunktet uten at det overlates til partene å forhandle om prisen. Dette kan typisk gjøres ved at det fastsettes enhetspriser, timepriser eller andre prinsipper for prising av endringsarbeid.

2.6.3.5 Endring av anskaffelsens overordnede karakter

For å oppfylle kravene til endringsklausuler i FOA § 19-1 (2) er det et vilkår at endringsklausulen ikke medfører at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.

Terskelen er relativt høy for at anskaffelsens overordnede karakter anses endret. Dette vil typisk kunne være tilfelle dersom endringen medfører at:

- Ytelsen blir noe kvalitativt helt annet, og/eller
- Ytelsen blir så annerledes at leverandørmarkedet for ytelsene er et annet enn for opprinnelig ytelse

Som eksempel på et tilfelle der KOFA kom til at kontraktens overordnede karakter var endret er sak 2020/313 knyttet til anskaffelse av Smittestopp-appen.

Rammeavtalen omfattet i korthet tilgang til å bruke offentlige skytjenester (public cloud) og tilhørende tredjepartstjenester fra minst 2 ledende produsenter. Avrop under rammeavtalen skulle skje i form av at leverandøren skulle sørge for gjennomføring av konkurranse mellom plattformprodusentene som hadde forpliktet seg til å levere tilbud. Rammeavtalen gav også tilgang på bistand og rådgivning fra leverandøren vedrørende utredning og innføring av skytjenester i ulike scenarier.

Rammeavtale ble inngått med Crayon AS som skulle være forhandler av plattformene Microsoft Azure og Amazon Web Services. I forbindelse med utviklingen av denne Smittestopp-appen ble

¹ Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne (December 2024) s. 266-267

det foretatt et avrop under rammeavtalen der Crayon AS valgte å gå direkte til Microsoft Azure for levering av skyplattform.

KOFA kom til at rammeavtalen ikke hjemlet avropet, og slik sett skiller saken seg fra en situasjon der oppdragsgiver har utarbeidet en endringsklausul som hjemler endringen.

Ved behandling av spørsmålet om dette var en endring som kunne hjemles i FOA § 28-1 (1) bokstav d, tok imidlertid KOFA stilling til hvorvidt anskaffelsens overordnede karakter ble endret. Saken vil derfor kunne ha overføringsverdi. I premiss 70 uttalte KOFA:

Crayon AS gjennomførte ikke en konkurranse på plattformnivå, og har heller ikke levert de gjennomførings- og rådgivningstjenestene som rammeavtalen forutsetter. Som nevnt anser klagenemnda de tjenestene Crayon AS skulle levere i forbindelse med det enkelte avropet, herunder ved å kart- og klarlegge oppdragsgivers behov for det enkelte avropet, samt forutsetningen om at det skulle avholdes en nærmere konkurranse på plattformnivå, som helt grunnleggende trekk ved rammeavtalen. Dette støttes av at det i konkurransegrunnlaget var fremhevet at det var leverandøren som var ansvarlig for mottak av tilbudte løsningsforslag innen definerte frister, med en påfølgende evaluering som dannet grunnlaget for en anbefaling av valg av løsning for den konkrete oppdragsgiveren. Det var videre påpekt at dette skulle gjøres «før kontrakt kan/skal signeres». Slik klagenemnda ser det, er det dermed gjort grunnleggende endringer både i rammeavtalens kontraktsvilkår og i ytelsene leverandøren (Crayon AS) skal levere. Ved å fravike fremgangsmåten for tildeling av kontrakt, endres dermed rammeavtalens overordnede karakter. Endringen kan derfor ikke kan hjemles i forskriften § 28-1 første ledd bokstav d.

I premiss 71 uttaler KOFA videre:

For ordens skyld understreker klagenemnda at heller ikke forskriften § 28-1 første ledd bokstav b hjemler den inngåtte avtalen med Crayon AS, jf. den tilsvarende betingelsen om at «anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret».

Som eksempel på andre tilfeller der det i teori og praksis er reist spørsmål om kontraktens overordnede karakter er endret, er dersom en kontrakt om kjøp av programvare åpner opp for at leverandøren kan levere programvaren som en tjeneste/skyløsning ("software-as-a-service" eller "SaaS") eller der en leasing-kontrakt gjøres om til en kjøpskontrakt (eller omvendt). Bakgrunnen er at både markedet, prisingsmekanismer og kontrakt er såpass forskjellig at ytelsen anses å bli kvalitativt noe annet samt at konkurransen kunne ha sett annerledes ut.

2.7 Valg av anskaffelsesprosedyre

2.7.1 Overordnet

Valg av anskaffelsesprosedyre har stor betydning for hvordan en konkurranse utvikler seg, og for hvilke resultater oppdragsgiver til slutt oppnår. Tradisjonelt har åpne og begrensede anbudskonkurranser etter anskaffelsesforskriftens del III vært de mest brukte prosedyrene, særlig fordi de er relativt enkle å gjennomføre og gir en høy grad av forutsigbarhet for alle parter. Samtidig setter disse prosedyrene strenge rammer for dialog og forhandlinger, noe som kan gjøre det utfordrende å ivareta oppdragsgivers behov fullt ut i mer komplekse anskaffelser.

På bakgrunn av karakteren ved de innkjøpene denne rapporten er ment å adressere, legges det derfor hovedvekt på prosedyreformer som følger av anskaffelsesforskriftens del III, herunder konkurranse med forhandling, konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap. Disse prosedyrene gir et utvidet handlingsrom sammenlignet med tradisjonelle anbudsprosesser, og åpner for en mer dynamisk tilnærming der markedets kompetanse og løsningsforslag kan bringes inn på en systematisk måte.

2.7.2 Konkurransen med forhandling og konkurransepreget dialog

2.7.2.1 Innledning

Konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog er prosedyreformer som gir oppdragsgiver et betydelig større handlingsrom enn de tradisjonelle anbudsprosedyrene.

Fordelen ligger først og fremst i fleksibiliteten disse prosessene muliggjør. Gjennom dialog og forhandlinger kan oppdragsgiver i større grad sikre at behovene blir tydeliggjort og at markedets løsninger blir tilpasset disse behovene.

Ulempen er at både konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog ofte er mer tid- og ressurskrevende enn åpne eller begrensede anbudskonkurranser. Forhandlingene forutsetter grundige forberedelser, tett oppfølging og høyere grad av innkjøpskompetanse hos oppdragsgiver. Dersom slike forutsetninger ikke er til stede, kan prosedyrene bli unødvendig langvarige og lite effektive. Alternativt kan oppdragsgiver ende opp med å gjennomføre konkurransen uten reelle forhandlinger, og dermed går man glipp av prosedyrens fulle potensial.

2.7.2.2 Vilkår for å benytte begge prosedyreformene

Det følger av FOA § 13-1 andre ledd at oppdragsgivere kan bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog etter forutgående kunngjøring når vilkårene i § 13-2 er oppfylt.

Forskriften åpner kun for bruk av prosedyrene dersom ett eller flere av kriteriene i § 13-2 bokstav a–e er oppfylt. Vurderingen av om prosedyrene kan benyttes, må alltid være konkret. Det innebærer at oppdragsgiver må gjennomgå de alternative vilkårene og vurdere om situasjonen i den aktuelle anskaffelsen passer inn. Dersom minst ett av vilkårene kommer til anvendelse, kan konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog benyttes.

De fem vilkårene kan oppsummeres slik:

- I bokstav a må oppdragsgiver vurdere om deres behov ikke kan oppfylles uten at det foretas tilpasninger i allerede tilgjengelige løsninger.
- I bokstav b vurderes om anskaffelsen inkluderer design eller innovative løsninger.
- I bokstav c åpnes det for at konkurranse med forhandling kan gjennomføres dersom anskaffelsen karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle.
- I bokstav d må oppdragsgiver vurdere om kravspesifikasjonen ikke kan utformes tilstrekkelig presist ved å henvise til en standard, europeisk teknisk bedømmelse, felles teknisk spesifisering eller teknisk referanse.
- I bokstav e står det at oppdragsgiver kan gjennomføre forhandlinger dersom oppdragsgiver kun mottok *uakseptable tilbud* etter å ha gjennomført en åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Et uakseptabelt tilbud er blant annet et tilbud som oppdragsgiveren ikke kan akseptere fordi det inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige.

Terskelen for å benytte disse prosedyrene er lav. Bestemmelsen er ment å gi oppdragsgivere et reelt handlingsrom når konkurranseformen må tilpasses anskaffelsens art.

Flere av ovennevnte alternativ vil etter en konkret vurdering kunne hjemle bruk av konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog ved konkurranseutsetting av relasjonskontrakter.

2.7.2.3 Begrensning av antall leverandører og/eller tilbud

Oppdragsgiver kan begrense både antall leverandører som skal inviteres inn i forhandlingene/dialogen og/eller redusere antall tilbud underveis i prosessen. Dette kan være hensiktsmessig for å redusere ressursbruk hos både oppdragsgiver og leverandør.

I begge disse prosedyreformene kan oppdragsgiveren fastsette en nedre, og eventuelt også øvre, grense for antallet leverandører som velges ut til å gi tilbud, jf. FOA § 16-12 første ledd. Det betyr at dersom det er flere kvalifiserte leverandører enn det fastsatte antallet, kan oppdragsgiver foreta en utvelgelse basert på objektive og ikke-diskriminerende kriterier angitt i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse.

Relevante kvalifikasjonskrav og/eller utvelgelseskriterier kan være dokumentert erfaring med relasjonsbaserte kontrakter, erfaring med samhandling mv.

Oppdragsgiver kan også foreta en reduksjon av tilbud underveis i konkurransen. Utsilingen skal i så tilfelle skje på bakgrunn av tildelingskriteriene som er fastsatt i konkurransegrunnlaget. Vi viser til FOA § 23-11 der dette er nærmere behandlet.

Dersom oppdragsgiver vil foreta en utvelgelse og/eller utsiling i tråd med ovennevnte, skal dette angis klart i konkurransegrunnlaget.

2.7.2.4 Konkurransen med forhandling eller konkurransepreget dialog?

Både konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog kan være aktuelle konkurranseformer ved inngåelse av en relasjonskontrakter. Begge disse konkurranseformene gir rom for både avklaringer av uklarheter, tilbakemelding på de løsninger leverandøren har tilbudt og dialog rundt øvrige elementer som oppdragsgiver har lagt opp til at vil kunne være gjenstand for evaluering og mulighet til forbedring av tilbud.

Konkurransepreget dialog er en anskaffelsesprosedyre som gir oppdragsgiver mulighet for dialog med markedet for å finne ut hvilke løsninger som dekker behovet deres best. Dersom oppdragsgiver er avhengig av markedets innspill for å identifisere og definere hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles, vil konkurransepreget dialog være en egnet prosedyre.

Når oppdragsgiver har funnet de løsningene som kan oppfylle behovet, skal dialogen avsluttes. Oppdragsgiver skal da invitere de gjenværende leverandørene i dialogen til å gi endelig tilbud basert på løsningene de har fremlagt og presisert i dialogen. Etter dette tidspunkt er det kun adgang til å avklare, presisere og optimere tilbudene. Vi viser til FOA §§23-8 og 23-9 som inneholder særlige regler for gjennomføring av konkurransepreget dialog.

Konkurransepreget dialog kan være relativt ressurskrevende. Det er derfor ikke uvanlig at oppdragsgiver tilbyr premier eller betaling til leverandørene som deltar i dialogen.

For det tilfellet oppdragsgiver ikke er avhengig av denne type dialog, vil konkurranse med forhandling derfor være best egnet.

2.7.2.5 Generelle tips og råd ved forberedelse av konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog

Det bør utarbeides en forhandlingsstrategi før dialogen eller forhandlingene starter. Strategien bør angi hvilke temaer oppdragsgiver ønsker å fokusere på, hvilke rammer som gjelder for hva det kan forhandles om, og hvordan prosessen skal gjennomføres. Oppdragsgiver bør også tidlig avklare roller og ansvar i forhandlingsteamet. Det bør fremgå hvem som leder forhandlingene, hvem som har ansvar for å stille spørsmål, og hvem som fører referat.

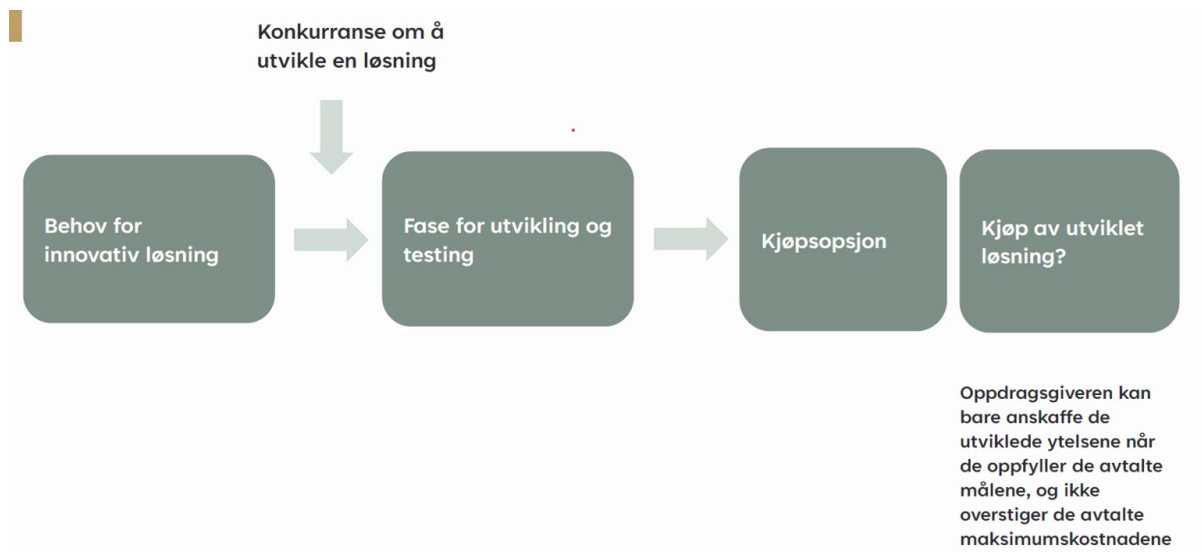
Det anbefales videre at det utarbeides maler for agendaer og referater, slik at prosessen blir enhetlig og etterprøvbart.

2.7.3 Innovasjonspartnerskap

Innovasjonspartnerskap er en anskaffelsesprosedyre som brukes når det ikke finnes ferdige løsninger i markedet, og gjennomføringen av denne prosedyren er regulert i FOA § 26-8.

Prosedyren kombinerer utvikling og mulighet for senere kjøp i én og samme konkurranse. Formålet er å dekke et konkret behov hos oppdragsgiver gjennom å utvikle helt nye varer, tjenester eller løsninger – også innen bygg- og anlegg.

Et særtrekk ved innovasjonspartnerskap er at utviklingen skjer i et tett samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør. Begge parter bør ha et felles mål om å gjennomføre et vellykket utviklingsløp som kan ende med at oppdragsgiver kjøper den ferdige løsningen. Prosedyren er regulert i anskaffelsesforskriften og inneholder klare rammer både for konkurransen og for partnerskapets gjennomføring.



I planleggingsfasen bør oppdragsgiver være oppmerksom på følgende:

- **Delmål:** Partnerskapet skal bygge på tydelige delmål som partnerne forplikter seg til å oppfylle. Disse fungerer som milepæler og sikrer at utviklingsløpet kan styres og evalueres underveis.
- **Faser:** Prosessen skal struktureres i faser som følger innovasjonsløpet – fra forskning og utvikling til produksjon, testing og eventuell ferdigstillelse av løsningen.
- **Tilpasning til innovasjonsgrad:** Lengde, innhold og verdi i de ulike fasene må reflektere hvor nyskapende løsningen er, og hvilke aktiviteter som kreves for å bringe den frem til et ferdig produkt eller tjeneste. Den samlede verdien av den fremtidige anskaffelsen må stå i forhold til investeringene som kreves i utviklingsløpet.
- **Mulighet til å avslutte:** Etter hver fase kan oppdragsgiver – dersom det er presisert i konkurransegrunnlaget – avslutte partnerskapet eller redusere antall leverandører. Dette gir fleksibilitet dersom delmål ikke nås eller behovet endrer seg.
- **Konfidensialitet:** Dersom flere leverandører deltar, kan ikke løsninger eller fortrolige opplysninger deles mellom partnerne uten uttrykkelig samtykke fra den som eier opplysningene.
- **Vederlag:** Leverandørene skal motta betaling i passende avdrag gjennom utviklingsløpet, slik at samarbeidet blir økonomisk bærekraftig.

- **Krav til resultat:** Oppdragsgiver kan kun kjøpe løsningen dersom den oppfyller de avtalte ytelsesmålene og ikke overskrider de fastsatte maksimumskostnadene.

Gjennom innovasjonspartnerskap får oppdragsgiver et rammeverk for å samarbeide tett med leverandører om å utvikle noe nytt, samtidig som det etableres kontrollpunkter som ivaretar både økonomi, fremdrift og rettferdig konkurranse.

2.8 Valg av tildelingskriterier

2.8.1 Overordnet

I FOA kapittel 18 er det inntatt et eget kapittel som regulerer angivelse av tildelingskriterier.

Tildelingskriterier oppstiller rammer for hva som skal inngå i evalueringen av hvilket tilbud som skal tildeles kontrakt.

De overordnede rammene for hva som kan inngå i evalueringen er regulert i FOA § 18-1 (1):

§ 18-1. Tildelingskriterier

(1) Oppdragsgiveren skal velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Dersom klima- og miljøhensyn ikke brukes som tildelingskriterium etter § 7-9 andre ledd, kan oppdragsgiveren også velge tilbud på grunnlag av den laveste prisen eller den laveste kostnaden.

Etter at lovgiver innførte egne bestemmelser for hvordan klima- og miljøhensyn kan og skal ivaretas i offentlige anskaffelser (jf. FOA § 7-9), er det følgelig kun unntaksvis adgang til ha pris/kostnad som eneste tildelingskriterium.

I en konkurranse om relasjonskontrakter, der tilbudt løsning og/eller tilbudte ressurser vil være viktige elementer, vil det uansett være hensiktsmessig at evalueringen baseres på hvilket tilbud som leverer det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.

Ved valg av tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet har oppdragsgiver et relativt vidt spillerom når det kommer til hvilke elementer som skal inngå i evalueringen. Som eksempel på hva kriteriene kan omfatte, heter det i FOA § 18-1 (3):

(3) Ved valg av tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet kan tildelingskriteriene for eksempel omfatte:

- a) kvalitet, inkludert tekniske, estetiske og funksjonelle egenskaper, tilgjengelighet, universell utforming og miljømessige, sosiale og innovative egenskaper*
- b) den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer, forutsatt at kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten*
- c) kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser, for eksempel leveringsmåte og tid for levering eller ferdigstillelse*

Anskaffelsesregelverket oppstiller imidlertid enkelte rammer for angivelse av tildelingskriterier:

- Tildelingskriteriene må relatere seg til de varene og/eller tjenestene som relasjonskontrakten gjelder, jf. § 18-1 (4)
- Tildelingskriteriene må ikke være å skjønnspregede at de gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, jf. § 18-1 (5).
- Tildelingskriteriene må fremgå av anskaffelsesdokumentene (kunngjøringen og/eller konkurransegrunnlaget), jf. § 14-1 (3).
- Tildelingskriteriene skal angis så presist at alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår tildelingskriterienes rekkevidde og er i stand til å tolke de på samme måte
- Tildelingskriterienes relative vekt skal angis, likevel slik at det kan angis med et passende maksimalt utslag (eksempelvis 30-40%), jf. § 18-1 (6)
- Det skal oppgis krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium, jf. § 18-1 (8)
- Tildelingskriteriene kan, som den klare hovedregel, ikke endres underveis i konkurransen
- Tildelingskriteriene, samt oppdragsgivers anvendelse av disse, må ivareta de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 4

2.8.2 Særlig om tildelingskriterier egnet til å evaluere elementer knyttet til samarbeid

Ved gjennomføring av en konkurranse om relasjonskontrakter vil det selvfølgelig være relevant å se hen til kvalitet og funksjonalitet på tilbudt løsning. Ettersom samarbeid og relasjon over tid er et så viktig element i en relasjonskontrakt, vil det være hensiktsmessig også å innta tildelingskriterier/underkriterier som er egnet til å vurdere ulike elementer knyttet til samarbeid som er viktig for å gjennomføre en slik kontrakt.

Hvilke elementer dette vil være, må vurderes konkret.

Dersom kvaliteten på den tilbudte bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten, vil relevante elementer kunne være både den tilbudte bemannings organisering og kompetanse og erfaring på tilbudte ressurser (se FOA § 18-1 (3) bokstav b):

Det som derimot ikke er uttrykkelig angitt i forskriften, er hvilken dokumentasjon oppdragsgiver kan etterspørre ved evaluering av slike tildelingskriterier.

Dersom organiseringen av den tilbudte bemanningen er av betydning for gjennomføringen av kontrakten, vil det være lovlig å be om et organisasjonskart som viser en oversikt over den tilbudte bemanningens organisering i dette konkrete prosjektet.

For det tilfellet kompetanse og erfaring på tilbudte ressurser er av stor betydning, er det svært vanlig at det bes om dokumentasjon i form av CV-er for tilbudte ressurser.

Oppdragsgiver kan enten utarbeide en egen mal for CV som skal fylles ut for samtlige tilbudte ressurser eller la tilbyder sende inn CV basert på deres egen mal. Fordelen med førstnevnte, er at oppdragsgiver i større grad sikrer sammenlignbare tilbud samt at oppdragsgiver får mulighet til å etterspørre konkret informasjon om erfaring og kompetanse som er særlig viktig ved gjennomføring av den aktuelle kontrakten. Dersom oppdragsgiver ikke utarbeider en egen mal for CV-er, vil vi anbefale at dokumentasjonskrav inneholder en liste over hva CV-en som minimum skal inneholde av informasjon.

Det er ikke uvanlig at det bes om en oversikt over referanseprosjekter for tilbudt nøkkelpersonell. Dette vil både kunne være egnet til å dokumentere erfaring tilbudt ressurs har fra tilbudt rolle, erfaring med sammenlignbare kontrakter samt evt. andre egenskaper av betydning. Oppdragsgiver kan samtidig be om at det oppgis en referanseperson for hvert referanseprosjekt. Oppdragsgiver vil da ha mulighet til å innhente referanser som en del av sitt evalueringsgrunnlag. Innhenting av opplysninger fra referanser må imidlertid skje i tråd med de grunnleggende kravene til blant annet likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet i FOA § 4.

Som påpekt i Rapporten punkt 5.5, er det viktig å sørge for at det er tilbudet (tilbudte nøkkelressurser) som er gjenstand for evaluering ved slik referanseinnhenting, og ikke leverandøren som sådan (tilbyder). Dersom det legges opp til en helt generell vurdering av tidligere oppdragsgiveres oppfatninger av og erfaring med leverandørene (selskapet) – og ikke en vurdering av det tilbudte personellet kompetanse og erfaring, vil tildelingskriteriet være i strid med § 18-1 (3) bokstav b. Vi viser blant annet til KOFA sak 2019/269 med videre henvisninger.

For å sikre ivaretagelse av de grunnleggende kravene i LOA § 4, anbefaler vi blant annet at det utarbeides et referanseskjema som benyttes til innhenting av referanser. Referanseskjemaet kan deretter sendes til referansepersoner for utfylling.

Det finnes også flere eksempler på at oppdragsgiver vurderer personlige egenskaper hos tilbudte nøkkelressurser. En forutsetning for at dette skal anses å oppfylle kravet til at tildelingskriteriet har tilknytning til leveransen, er at tilbudte ressursers personlige egenskaper har stor betydning ved gjennomføring av kontrakten. Som eksempler på hva som kan danne grunnlag for en slik evaluering, er intervjuer, personlighetstester og case-oppgaver. Ettersom dette er tale om utpreget skjønnsmessige kriterier, er det ekstra viktig at oppdragsgiver har økt bevissthet rundt ivaretagelse av de grunnleggende kravene til blant annet likebehandling, forholdsmessighet og etterprøvbarhet i LOA § 4.

For det tilfellet kompetanse og erfaring for tilbudte personell er gjenstand for evaluering, vil vi anbefale at dette reflekteres i kontraktens bestemmelser om utskiftning av nøkkelpersonell. I et langsiktig kontraktsforhold er det uunngåelig at det forekommer behov for utskiftning av nøkkelpersonell. Det er imidlertid viktig at oppdragsgiver får den kvaliteten på tilbudt personell som er lovet i tilbudsfasen, og som leverandøren har fått tildelt kontrakt på bakgrunn av. På denne bakgrunn bør det blant annet kreves at utskiftning av nøkkelpersonell ikke kan skje uten samtykke fra oppdragsgiver og at eventuell utskiftning skal skje med personer som har minst like mye kompetanse og erfaring som vedkommende nøkkelperson som skiftes ut.

Et annet tildelingskriterium/underkriterium som vil kunne være relevant i en konkurranse om en relasjonskontrakt, er oppgaveforståelse. For å ivareta de grunnleggende kravene i LOA § 4, er det viktig å sørge for at det er klart for tilbyderne hva som vil bli evaluert under dette kriteriet, herunder at det ikke legges opp til å være så skjønnspreget at det gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet.

Dersom oppgaveforståelse benyttes som tildelingskriterium anbefaler vi derfor at det fremgår klart av dokumentasjonskravet hvilke elementer som minimum skal besvares som del av oppgaveforståelsen. Dette gir tilbyderne et klart bilde av hva oppdragsgiveren ønsker en redegjørelse om, og følgelig hva som ville bli gjenstand for evaluering. I Rapporten punkt 5.5 er det gitt eksempler på tildelingskriterier og dokumentasjonskrav som kan benyttes ved konkurranse om relasjonskontrakter. Disse vil kunne danne et godt utgangspunkt når for arbeidet knyttet til utarbeidelse av riktige tildelingskriterier. Hvilke tildelingskriterier og tilhørende dokumentasjonskrav som skal benyttes, må imidlertid vurderes konkret, sett opp de krav som er angitt i punkt 2.8.1 over.

3 KONKURRANSEFASEN

3.1 Innledning

I FOA kapittel 23 er det inntatt et eget kapittel knyttet til gjennomføringen av konkurransen. Hvilke rammer som gjelder for konkurransefasen, vil være avhengig av hva slags konkurranseform oppdragsgiver har valgt.

For en nærmere redegjørelse for de ulike anskaffelsesprosedyrene, viser vi til punkt 2.7 over.

Som redegjort for i punkt 2.7.1, vil vi anbefale at det ved konkurranseutsetting av en relasjonskontrakt legges opp til dialog og/eller forhandlinger med tilbyderne. I punkt 3.2 ser vi på enkelte forhold som oppdragsgiver må være særlig oppmerksom på ved gjennomføring av forhandlinger og dialog knyttet til konkurranser om relasjonskontrakter.

Gjennom dialog og forhandlinger kan det videre oppstå et ønske og/eller behov for å gjøre endringer i anbudsdokumentene. I punkt 3.3 redegjør vi nærmere for hvilke muligheter og begrensninger som oppdragsgiver har til å gjøre endringer underveis i en konkurranse.

3.2 Særlig om gjennomføring av forhandlinger og dialog

Dersom det legges opp til forhandlinger eller dialog, er det enkelte fellesregler som oppdragsgiver må ivareta. Slike fellesregler finner vi blant annet i FOA § 23-10.

I bestemmelsens første ledd heter det:

(1) Oppdragsgiveren skal behandle leverandørene likt i forhandlingene eller dialogen. Oppdragsgiveren kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

Kravet til likebehandling er helt sentralt ved gjennomføring av forhandlinger og dialog. Dette innebærer imidlertid ikke at forhandlingene må gjennomføres på en helt identisk måte. De ulike tilbudene vil ha forskjellige styrker og svakheter, og oppdragsgiver kan tilpasse forhandlingene med de ulike leverandørene avhengig av fordelene og svakhetene ved deres respektive tilbud. Leverandørene må imidlertid få like muligheter til å forbedre tilbudet sitt. Det bør derfor gis samme grad av tilbakemeldinger og/eller avklaringer til alle tilbyderne.

Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre. Dette vil eksempelvis kunne være tilfelle dersom oppdragsgiver avklarer uklarheter i anbudsgrunnlaget med kun enkelte leverandører eller at oppdragsgiver gir tilbakemeldinger om evalueringsmodell eller hva som vil kunne vektlegges i evalueringen, uten at samtlige leverandører får samme informasjon.

I bestemmelsens annet ledd heter det videre:

(2) Under forhandlingene eller dialogen skal oppdragsgiveren ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiveren planlegger å gi tilgang til.

Hva som er å anse som fortrolige løsninger vil måtte vurderes på bakgrunn av at man i forhandlingene er i en forhandlingssituasjon. Store deler av tilbudet vil følgelig kunne være å anse som fortrolige opplysninger. Dette i motsetning til etter at kontrakt er tildelt, hvor det i all hovedsak er opplysninger som kan utnyttes i senere konkurranser som vil anses å være forretningshemmeligheter.

I en konkurransepreget dialog, der dialogfasen brukes til at partene har dialog om ulike løsninger og hvordan disse kan oppfylle oppdragsgivers behov, er det ekstra viktig å være oppmerksom på at oppdragsgiver ikke henter forslag på løsninger som er fortrolige fra ulike tilbud og ber tilbyderne komme med reviderte tilbud basert på andre tilbyders fortrolige løsninger.

Når oppdragsgiver gjennomfører en konkurranse med forhandling er det viktig at oppdragsgiver i forhandlingene fokuserer på temaer som er av betydning for evaluering av tilbudene opp mot de tildelingskriteriene som er oppsatt. Dersom oppdragsgiver benytter dialogen til å ta opp temaer som ikke er relevante å hensynta sett opp mot de oppstilte tildelingskriteriene, vil det både kunne oppstå en risiko for villedende veiledning og at oppdragsgiver i den etterfølgende evalueringen hensyntar forhold som ikke skulle være gjenstand for evaluering

Hva gjelder de nærmere regler for gjennomføring av de ulike konkurranseformene, viser vi til FOA § 23-7 (konkurranse med forhandling) og FOA §§ 23-8 og 23-9 (konkurransepreget dialog).

3.3 Tips og råd til gjennomføring av forhandling/dialog

Gjennomføring av forhandlinger og dialog krever grundig planlegging og en bevisst tilnærming til de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket, herunder særlig kravene til likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

For å sikre en forsvarlig prosess bør oppdragsgiver ha utarbeidet en overordnet forhandlingsstrategi som klargjør hvilke temaer som skal forhandles om, hvilke rammer som gjelder for forhandlingene, samt hvordan prosessen skal struktureres og dokumenteres. Strategien bør videre angi hvilke formål forhandlingene skal tjene, og hvilke mål oppdragsgiver ønsker å oppnå innenfor rammene av de oppsatte tildelingskriteriene.

Før forhandlingene igangsettes bør oppdragsgiver tilpasse eventuelle maler til den aktuelle anskaffelsen, og sende ut en agenda til tilbyderne som illustrerer hva oppdragsgiver i hovedsak ønsker å gjennomgå i møtet. Det kan også være hensiktsmessig å be tilbyderne om innspill til agendaen, herunder om det er særlige temaer de ønsker å drøfte.

Det finnes ulike tilnærminger til hvordan forhandlinger kan gjennomføres. Enkelte oppdragsgivere velger å kombinere forhandlingsmøtet med en presentasjon fra tilbyderne, etterfulgt av en tilbakemelding fra oppdragsgiver om tilbudets styrker og svakheter. Noen velger å konsentrere tilbakemeldingene om forhold som kan forbedres, mens andre vektlegger å fremheve styrkene ved kvaliteten og potensialet for justeringer i pris. I enkelte tilfeller gis det også mer kvantifiserte tilbakemeldinger, som for eksempel at "prisen vurderes som konkurransedyktig», at "prisen ligger betydelig høyere enn laveste totalpris", eller at "det er lite som skiller tilbudene på kvalitet".

Selv om slike tilbakemeldinger kan bidra til å gi tilbyderne en bedre forståelse av hvor tilbudet står i konkurransen, må oppdragsgiver være varsom med å gi informasjon som direkte eller indirekte kan avsløre eller antyde opplysninger om andre leverandørers tilbud.

For eksempel bør oppdragsgiver ikke gi informasjon om hvordan tilbyder ligger an i prosent i forhold til et annet tilbud på pris, da det vil kunne avsløre fortrolig informasjon.

Uavhengig av valgt fremgangsmåte bør oppdragsgiver tilstrebe en strukturert, ryddig og gjennomsiktig prosess, der informasjon som deles under forhandlingene er balansert og ikke gir enkelte tilbydere en urimelig konkurransefordel.

Oppdragsgiver skal ikke gi veiledning som kan fremstå som villedende, eller som innebærer at enkelte leverandører gis en konkurransefordel. Samtidig åpner regelverket for at forhandlingene kan tilpasses de enkelte tilbudenes styrker og svakheter, forutsatt at alle leverandører gis tilsvarende anledning til å forbedre sine tilbud.

Oppdragsgiver må også utvise aktsomhet ved behandling av informasjon som fremkommer i dialogen, og sørge for at slik informasjon ikke benyttes som grunnlag for å utvikle eller justere andre tilbyders løsninger. Dette er særlig viktig i konkurransepreget dialog, hvor dialogen ofte innebærer drøftelser av ulike løsningsforslag som kan være forretningsmessig mer sensitive.

Forhandlingene bør uansett rettes mot de forhold som er av betydning for evalueringen i henhold til de oppsatte tildelingskriteriene. Dersom oppdragsgiver åpner for drøftelser av temaer som ikke er relevante i lys av tildelingskriteriene, kan dette skape risiko for at evalueringen senere påvirkes av utenforliggende hensyn eller at leverandørene gis uriktig veiledning om hva som vektlegges i konkurransen.

For å sikre etterprøvnbarhet bør det føres referat fra samtlige møter. Referatene bør inneholde en presis fremstilling av hvilke temaer som ble behandlet, hvilke avklaringer som ble gitt, og eventuelle endringer som ble drøftet. Leverandørene bør gis anledning til å kommentere referatet før det legges til grunn som endelig.

Når forhandlingene eller dialogen avsluttes, skal oppdragsgiver tydelig angi at prosessen er avsluttet, og fastsette en frist for innlevering av endelig tilbud.

Oppsummert, bidrar en strukturert og gjennomsliktig forhandlings- eller dialogprosess til å sikre at oppdragsgiver oppfyller sine plikter etter anskaffelsesregelverket, og reduserer risikoen for klager og etterfølgende tvister. Dette gjelder særlig ved konkurranser om relasjonskontrakter, der forhandlingenes formål ofte er å avklare og utvikle samarbeidsformer og kontraktsmekanismer som skal danne grunnlaget for et langvarig og tillitsbasert kontraktsforhold. I slike tilfeller er det særlig viktig at forhandlingene gjennomføres på en måte som ivaretar både tilliten mellom partene.

3.4 Særlig om adgang til å gjøre endringer i løpet av konkurransen

Oppdragsgiver kan ha et ønske eller behov for å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget i løpet av konkurransen. I FOA § 14-2 er det gitt en egen bestemmelse om rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget. Av bestemmelsens første ledd heter det:

(1) Før tilbudsfristens utløp kan oppdragsgiveren foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige. Slike rettelser, suppleringer og endringer skal umiddelbart sendes til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget.

Oppdragsgiver kan følgelig gjøre ikke-vesentlige endringer frem til tilbudsfristens utløp.

Dette innebærer for det første at det må foretas et klart skille mellom adgangen til å gjøre endringer før og etter tilbudsfristens utløp.

I en anbudskonkurranse, der det ikke er adgang til å forhandle, vil det ikke være adgang til å gjøre endringer etter tilbudsfristen. Bakgrunnen er at leverandørene ikke vil ha mulighet til å revidere tilbud basert på de endringer som er foretatt. Før tilbudsfristens utløp, vil det imidlertid være adgang til å foreta ikke-vesentlige endringer.

Det vil være tilsvarende adgang til å gjøre ikke-vesentlige endringer før opprinnelig tilbudsfrist ved gjennomføring av de øvrige anskaffelsesprosedyrene. I konkurranser med forhandlinger, konkurransepreget dialog og konkurranse om innovasjonspartnerskap er det imidlertid også

adgang til å gjøre ikke-vesentlige endringer som følge av forhandlinger eller dialogen, jf. FOA §§ 23-7 (2) og (3) samt § 23-9 (2) og (3).

Det neste spørsmålet er hva som er å anse som en vesentlig endring. Det foreligger ingen særlig regulering av hva som skal til for at en endring er å anse som vesentlig. Hvorvidt en endring, supplerings eller rettelse er å anse som vesentlig, må vurderes konkret. Av praksis følger at en endring vil være å anses som vesentlig dersom endringen er av en slik karakter at den kan påvirke potensielle tilbyders ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen.

Nedenfor følger eksempler på endringer som ofte anses å være vesentlige:

- Endringer i tildelingskriterier, se også FOA § 23-7 (2)
- Endringer i absolutte krav, se også FOA § 23-7 (2)
- Endringer i minstekrav eller andre viktige krav
- Endringer i kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandør

Kravet til likebehandling i LOA § 4 vil også kunne sette begrensinger på hvilke endringer som foretas etter at konkurransen er utlyst. Som eksempel på tilfeller der endringer har vært ansett å være i strid med LOA § 4, er dersom en leverandør kommer med innspill til endringer underveis i en forhandling, oppdragsgiver foretar en endring i tråd med innspill fra leverandøren, og endringen innebærer at leverandøren får en urimelig konkurransefordel.

Dersom oppdragsgiveren har behov for å foreta endringer konkurransegrunnlaget og endringen vil være i strid med regelverket, vil oppdragsgiveren ikke ha annet valg enn å avlyse konkurransen og gjennomføre en ny konkurranse i tråd med regelverket.

4 KONTRAKTSFASEN

4.1 Innledning

I kapittel 4 belyser vi utvalgte temaer som er særlig praktiske og rettslig sentrale i kontraktsfasen. Formålet er å klargjøre hvilke rammer som gjelder for partenes løpende oppfyllelse og kontraktsstyring, samt å gi veiledning om hvordan oppdragsgiver kan følge opp kontrakten på en måte som ivaretar de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket og alminnelige kontraktsrettslige normer. Vi har prioritert temaer som ofte gir risikoutsatte grensesnitt mellom anskaffelsesregelverket og kontraktsretten: endringshåndtering og vilkårene for lovlige endringer etter FOA kapittel 28 samt konsekvensene av manglende kontraktsoppfølging.

Vi går litt nærmere inn på mekanismene for å gjennomføre endringer i samsvar med avtalte endringsklausuler, bruk av *de-minimis-regelen*, adgang til nødvendige tilleggsleveranser og uforutsette omstendigheter, samt vilkår for skifte av leverandør. Vi redegjør også for tersklene for vesentlige endringer, og hvilke sanksjoner som kan bli aktuelle ved ulovlige direkte anskaffelser.

4.2 Overordnet om rammene for endringer i kontraktsfasen

Regelverket for offentlige anskaffelser regulerer i utgangspunktet konkurransen frem til kontrakt er inngått. Etter kontrakt er inngått, er det i hovedsak avtale- og kontraktsretten som regulerer partenes handlingsrom.

Dersom det gjøres vesentlige endringer i en inngått kontrakt, anses det imidlertid å foreligge en ny kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. En slik «ny» kontrakt kan ikke inngås uten at det foretas en ny anskaffelse i tråd med regelverket.

Det er viktig å være klar over at det ikke kun er endringer som uttrykkelig avtales mellom partene som anses å være en endring av kontrakten. Manglende oppfølging av kontrakten (inkludert manglende sanksjonering i tråd med kontrakten ved mislighold) kan innebære at oppdragsgiver

anses å ha akseptert en endring av kontrakten. En slik endring vil i tilfelle også måtte vurderes opp mot reglene for lovlige endringer. Vi viser blant annet til KOFA sakene 2015/27, 2019/30 og 2023/695.

I FOA kapittel 28 er det inntatt et eget kapittel knyttet til endringer i kontraktsfasen.

I § 28-1 (1) er det opplistet hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta uten å gjennomføre en ny konkurranse. Dersom endringen faller inn under en av disse opplistede tilfellene, vil endringen anses å være lovlig, og det er ikke behov for å foreta en nærmere vurdering av om endringen er å anse som vesentlig.

I Rapportens *Vedlegg 1* er det inntatt en oversikt over de ulike endringshjemlene som finnes i FOA § 28-1 (1). I det følgende vil vi redegjøre nærmere for de rettslige rammene for disse endringshjemlene.

4.3 Endringer i tråd med en endringsklausul

En endring kan alltid foretas så fremt endringen skjer i medhold av en endringsklausul som fremgikk av den konkurranseutsatte kontrakten, jf. § 28-1 (1) bokstav a. Bakgrunnen er at leverandørmarkedet da er gjort kjent med hvilke endringer som kan forekomme etter kontraktsinngåelse, og har mulighet til å ta hensyn til dette både ved vurdering av deltakelse i konkurransen og i forbindelse med tilbudsutforming.

En forutsetning for at en endring som foretas i medhold av en endringsklausul alltid vil være lovlig, er imidlertid at endringsklausulen er utformet i tråd med § 19-1 (2).

Det må fremgå klart av endringsklausulen

- hvilke endringer oppdragsgivere kan foreta,
- i hvilket omfang, og
- på hvilke vilkår

I tillegg er det et krav om at endringsklausulen ikke kan åpne for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.

I punkt 2.6.3 har vi redegjort nærmere for hva som skal til for at ovennevnte krav anses å være oppfylt.

I mange tilfeller vil kontrakten ha en endringsklausul, men endringsklausulen oppfyller ikke de strenge vilkårene i § 19-1 (2). Endringen vil da ikke kunne hjemles i § 28-1 (1) bokstav a. Dette betyr ikke nødvendigvis at endringen ikke vil være lovlig. Oppdragsgiver må imidlertid gå veien om de øvrige bestemmelsene i § 28-1 for å se om noen av disse kan hjemle endringen. Det forhold at kontrakten har en endringsklausul som omfatter endringen vil eksempelvis kunne være et moment i helhetsvurderingen av om dette er å anse som en ikke-vesentlig endring etter § 28-1 (1) bokstav f jf. § 28-2.

Et eksempel der domstolen kom til at endringsklausulen oppfylte kravene i § 19-1 (2) er Eidsivating lagmannsretts avgjørelse i sak LE-2022-141058. To helseforetak hadde inngått en kontrakt om kjøp av utstyr for protonterapi. Leverandøren hadde i utgangspunktet tilbudt utstyret ProBeam. Ettersom det hadde skjedd en utvikling av produktet, endte leverandøren med å levere ProBeam 360 i stedet. Spørsmålet var om dette var en lovlig endring.

I kravspesifikasjonen var det inntatt et krav om at *“The latest product version at delivery time shall be delivered and installed.”* Videre fremgikk det at *“New innovations and possible new replacements of product parts from contract to installation shall be presented for the customer and shall be possible to include in the contract at same contracting terms as the main contract”*.

Lagmannsretten kom til at kravene oppfylte kravene til endringsklausuler i FOA § 19-1 (2), og at endringen følgelig kunne hjemles i FOA § 28-1 (1) bokstav a.

Det finnes også en rekke praksis der endringsklausulen ikke er ansett å oppfylle kravene i § 19-1 (2). Som eksempel kan vises til KOFA-sak 2018/568 der oppdragsgiver aksepterte en endring fra en on-premise løsning til skyløsning. Konkurranses grunnlaget inneholdt en løselig beskrivelse om at det "i framtiden vil kunne være andre alternativer i forhold til å ha et eget datasenter eller egen infrastruktur. Muligens vil vi se en blanding av eget datasenter og skytjenester." En slik formulering var klart ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet til en endringsklausul. Se også KOFA-sak 2018/7.

Dersom kontrakten inneholder en opsjon som oppfylder kravene i § 19-1 (2), men vilkårene for opsjonen ikke lenger er oppfylt, vil det også kunne foreligge en ulovlig endring. Vi viser til KOFA-sak 2016/196 der kontrakten inneholdt en opsjon på å utføre vedlikeholdsarbeid, men ettersom oppdragsgiver ikke hadde utløst opsjonen innen tidsfristen, forelå det ikke lenger noen adgang til å benytte opsjonen. Kjøp av vedlikeholdstjenesten ble følgelig ansett å innebære en ulovlig direkteanskaffelse.

KOFA-2018/568 (Bodø kommune)

Bodø kommune gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse om rammeavtale for IKT-driftstjenester, bredbånd, konsulenttjenester og tilhørende utstyr, som Atea ble tildelt. iTet (nå Braathe Gruppen) klaget og anførte at kommunen etter kontraktsinngåelsen hadde gjort vesentlige endringer som i realiteten utgjorde nye, ikke-kunngjorte anskaffelser.

KOFA vurderte for det første at rammeavtalen ikke inneholdt tilstrekkelige prisvilkår for kjøp av kontorutstyr/infrastruktur. Avropene på utstyr kunne dermed ikke forankres i rammeavtalen og utgjorde ulovlige direkte anskaffelser. For det andre var det vesentlige endringer i vederlaget: (i) kommunen betalte leverandøren for arbeid i implementeringsprosjektet selv om dette var tilbudt til kr 0 (vederlagsøkning uten motytelse, som forskyver den økonomiske balansen i leverandørens favør), og (ii) kommunen betalte fullt månedlig driftsvederlag før implementeringsprosjektet var formelt godkjent (i strid med betalingsplanen). Begge forhold ble klassifisert som vesentlige endringer etter FOA §§ 28-1 og 28-2.

KOFA-2018/7 (Steigen kommune)

Steigen kommune, som var en del av det interkommunale samarbeidet Samordna Innkjøp i Nordland, gjorde i 2017 et avrop på en rammeavtale om IKT-driftstjenester som Bodø kommune hadde inngått med Atea. Avropet innebar at kommunen gikk fra en løsning der drift av systemene skjedde lokalt ("on premise") til en skyløsning (PaaS) levert fra leverandørens egne servere. Kommunen mente endringen lå innenfor rammene av avtalen, ettersom konkurransegrunnlaget hadde åpnet for fremtidige teknologiske endringer og mulighet for skybaserte tjenester.

KOFA vurderte at anskaffelsesdokumentene viste at tilbyderne hadde konkurrert om å levere en lokal driftsløsning, der kommunen selv skulle eie og ha fysisk kontroll over servere og infrastruktur. En skyløsning med drift hos leverandøren innebar etter nemndas syn en helt annen type leveranse – både teknisk, økonomisk og risikomessig – enn det som var beskrevet i konkurransegrunnlaget. En slik endring kunne ha ført til at andre leverandører deltok, eller at konkurransen fikk et annet utfall. Dermed var avropet ikke gjort på grunnlag av rammeavtalens kontraktsvilkår, og endringen ble vurdert som vesentlig, jf. FOA § 28-2.

KOFA-2016/196 (Norges Statsbaner AS)

Norges Statsbaner (NSB) inngikk i 2008 kontrakt med Stadler Bussnang AG om levering av tog, med en opsjon på vedlikehold som måtte utløses innen 16 måneder før første levering. Opsjonen ble aldri benyttet, og kontrakten gjaldt dermed kun kjøp av tog. I 2016 inngikk NSB en "endringsordre" direkte med Stadler for vedlikehold og overhaling av 120 boggier, verdt ca. 73 millioner kroner. KOFA slo fast at denne avtalen ikke kunne hjemles i kontraktens endringsklausul, ettersom opsjonen på vedlikehold var utløpt. Vedlikeholdet utgjorde en ny og kvalitativt annerledes ytelse som ikke var omfattet av den opprinnelige kontrakten. Selv om verdien var lav i forhold til togkjøpet, oversteg den klart terskelverdiene og utgjorde en vesentlig endring. KOFA konkluderte derfor med at NSB hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe vedlikeholdstjenester uten kunngjøring.

4.4 Mindre endringer

Oppdragsgiver kan også foreta enkelte mindre endringer uten å måtte foreta en nærmere vurdering av om endringen er å anse som vesentlig. Vi viser til § 28-1 (1) bokstav b der det heter at oppdragsgiver kan foreta følgende endringer i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse:

endringer som gir en prisøkning som er lavere enn

- 1. terskelverdiene i § 5-3, og*
- 2. 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter eller 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for bygge- og anleggskontrakter.*

Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret. Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal prisøkningen beregnes på grunnlag av den samlede prisøkningen som følge av alle endringene.

Bestemmelsen er omtalt som “de-minimis”-regelen.

For at endringen skal kunne hjemles i denne bestemmelsen må prisøkningen være lavere enn både terskelverdien i § 5-3 og 10% av opprinnelig kontraktsverdi for vare- og tjenestekontrakter.

Ordlyden i bestemmelsen tilsier at det kun er prisøkninger som vil være omfattet. Det vil også være det mest praktiske. En endring kan imidlertid også innebære en prisreduksjon. I anskaffelsesdirektivet er den tilsvarende formuleringen «verdien av endringene». Den samme formulering finner vi i den danske Udbudsloven. Det er derfor mye som tyder på at bestemmelsen også kan hjemle endringer som gir en mindre prisreduksjon.

Det er imidlertid viktig å skille mellom en situasjon der det skjer en endring som medfører en prisjustering, og der oppdragsgiver foretar en prisjustering uten at det foretas en tilsvarende endring i ytelsen. En prisjustering som følge av en prisøkning i markedet vil ikke kunne hjemles etter denne bestemmelsen, da det vil kunne åpne for omgåelser. På samme måte vil en situasjon hvor leverandøren får mer betalt for samme ytelse ikke omfattes av denne hjemmelen. Dette har støtte i KOFA sak 2018/568 der KOFA blant annet uttaler:

(143) Da man står overfor en ren vederlagsøkning for arbeid som er inkludert i tilbudet, er det ikke aktuelt å vurdere størrelsen på økningen i vederlaget opp mot de minimis-regelen i § 28-1 (1) bokstav b.

Hva gjelder vilkåret om at anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret, viser vi til punkt 2.6.3.5 over.

4.5 Nødvendige tilleggsleveranser

Oppdragsgiver har også adgang til å foreta nødvendige tilleggsleveranser, jf. FOA § 28-1 (1) bokstav c. En forutsetning for at slike tilleggsleveranser er å anse som en lovlig endring er:

- Det må være nødvendige tilleggsarbeider
- Skifte av leverandør kan ikke skje av tekniske eller økonomiske grunner (eksempelvis fordi tilleggsleveransen må være kompatibel med eksisterende utstyr, software, tjenester eller installasjoner som ble anskaffet gjennom opprinnelig kontrakt)

- Skifte av leverandør vil føre til betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgivere
- Prisøkningen for hver enkelt endring kan ikke overstige 50% av den opprinnelige kontraktsverdien
- Endringen må ikke foretas for å omgå forskriften

I det følgende vil vi se litt nærmere på enkelte av disse vilkårene.

Ifølge departementets veileder punkt 40.2.3 vil tilleggsleveransen være “nødvendig” i de tilfellene hvor kontraktens hovedytelse vil fremstå som ufullstendig dersom tilleggsleveransen ikke finner sted. Terskelen for å benytte denne endringshjemmelen er derfor relativt høy. Det vil ikke være adgang til å benytte denne hjemmelen der det kun er ønskelig å få tilleggsleveransen eller at oppdragsgiver har endret oppfatning om den tekniske løsningen.

Ovennevnte vilkår er oppsatt som kumulative vilkår, hvilket innebærer at samtlige vilkår må oppfylles for at endringen skal anses lovlig etter denne bestemmelsen.

Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt det egentlig er tilfelle. Bestemmelsens punkt 1 omfatter de tilfeller der skifte av leverandør “ikke kan skje” av tekniske eller økonomiske grunner. Dette tyder på at det er tale om en umulighet. I punkt 2 vises det derimot til at skifte av leverandør vil føre til “betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader”. Disse to bestemmelsene synes følgelig å være alternative, slik at ett av disse må være oppfylt. Terskelen skal uansett anses for å være høy.

Et eksempel som er trukket frem i teorien² på at kravet kan være oppfylt, er der oppdragsgiveren har inngått kontrakt om utvikling av en programvare som skal omfatte alle funksjonaliteter som oppdragsgiveren har behov for i sin virksomhet. Underveis innføres nye krav til oppdragsgiverens virksomhet, for eksempel gjennom lovgivning, og dette fører til at programmet må ha nye funksjonaliteter. I et slikt tilfelle vil det etter en konkret vurdering kunne innebære betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader å overlate utviklingsarbeidet av denne delen til andre leverandører.

Dersom oppdragsgiver foretar en endring med hjemmel i denne bestemmelsen, har oppdragsgiver en plikt til å kunngjøre endringen i tråd med § 21-1, jf. § 28-1 (3).

4.6 Nødvendige endringer som følge av uforutsette omstendigheter

FOA § 28-1 (1) bokstav d åpner opp for å gjøre enkelte endringer som følge av uforutsette omsetninger.

Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 109 har blant annet inntatt følgende begrunnelse for dette unntaket:

Offentlige oppdragsgivere kan stå overfor ytre omstendigheter som de ikke kunne forutse da de tildelte kontrakten, særlig dersom gjennomføringen av kontrakten strekker seg over lang tid. I slike tilfeller er det nødvendig med en viss grad av fleksibilitet for å tilpasse kontrakten til disse omstendighetene uten en ny framgangsmåte ved tildeling av kontrakter.

I departementets veileder heter det blant annet:

Bestemmelsen vil særlig være aktuell ved langvarige kontrakter. I langvarige kontrakter er sjansen større for at uforutsette omstendigheter inntreffer og oppdragsgiveren vil kunne ha

² Marianne Dragsten, *Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar*, med videre henvisninger

behov for en viss grad av fleksibilitet til å tilpasse kontrakten i løpet av kontraktsperioden uten at det utlyses en ny konkurranse.

Ettersom en relasjonskontrakt ofte vil gå over flere år, vil denne endringshjemmelen fort kunne være aktuell.

Det er imidlertid en rekke vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen kan hjemle en endring:

- Det må være en nødvendig endring
- Behovet må skyldes omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse
- Prisøkningen for hver enkelt endring kan ikke overstiger 50% av den opprinnelige kontraktsverdien
- Endringen må ikke foretas for å omgå forskriften

Ovennevnte vilkår er oppsatt som kumulative vilkår, hvilket innebærer at samtlige vilkår må oppfylles for at endringen skal anses lovlig etter denne bestemmelsen.

I det følgende vil vi se nærmere på hva som ligger i de to første vilkårene.

Det er kun "endringer som er nødvendige" som følge av uforutsette omstendigheter som omfattes. Dette kan tolkes på flere måter. Enten at endringer ikke går lenger enn det som er nødvendig for å veie opp for den uforutsette endringen (altså krav til årsakssammenheng og forholdsmessighet), og/ eller at det er et krav om at det er "nødvendig" å foreta endringen.

I direktivet heter det at "behovet for ændring er affødt af omstændigheder, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed". Det kan tyde på at det er tale om et behov, og ikke en nødvendighet.

Dette synes imidlertid nå å være avklart av EU-domstolen. I sak C-452/23 fremgår det at det er et krav om at det er et behov for endringen for å sikre korrekt gjennomføring/oppfylle opprinnelig kontrakt. Tilsvarende er lagt til grunn i norsk juridisk teori. Terskelen er følgelig relativt høy: Endringen er bare nødvendig dersom kontrakten ikke vil være fullstendig uten tilleggsleveransen.

Det fremgår videre av premiss 73 at "behovet" for endringen/nødvendigheten ikke kun kan skyldes at dette ikke var regulert i opprinnelig kontrakt.

En forutsetning for at endringen skal kunne hjemles i denne bestemmelsen, er videre at endringen skyldes en uforutsett omstendighet.

Begrepet "omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse" viser til omstendigheter som ikke kunne forutses til tross for at den offentlige oppdragsgiveren har gjort rimelig grundige forberedelser til den opprinnelige konkurransen. I vurderingen skal det tas hensyn til de midler oppdragsgiver har hatt til rådighet, arten av og egenskapene til det bestemte prosjektet (herunder kompleksitet og varighet), god praksis på det aktuelle området, og behovet for å sikre et hensiktsmessig forhold mellom de ressursene som er brukt på å forberede tildelingen, og den forutsigbare verdien av kontrakten.

Det har tradisjonelt vært relativt høye krav til hva oppdragsgiver forventes å forutse og regulere i kontrakten. Vi viser blant annet til EU-domstolen sak C-549/14, KOFA sak 2018/568 samt en rekke teori. Dragsten uttaler blant annet følgende:

Dersom endringen kunne forutses av oppdragsgiveren, må behovet for endring reguleres i en endringsklausul. I EU-domstolen i sak C-549/14 (Finn Frogne) premiss 36 påpekes at det for visse kontrakter som i henhold til deres art på forhånd kan anses for å ha en usikker karakter, vil det være forutberegnelig at det kan oppstå vanskeligheter på gjennomføringsstadiet. I disse tilfellene må oppdragsgiveren definere kontraktens gjenstand med omhu og forbeholde seg muligheten for å foreta visse endringer ved å innta endringsklausuler. Hvilke krav som

stilles til endringsklausuler, se anskaffelsesforskriften § 19-1(2) og kommentarene til denne bestemmelsen.

Som eksempler på uforutsette omstendigheter som har blitt akseptert i praksis, kan vi trekke frem:

- Ny lovgivning
- Kommunesammenslåing
- Forholdene i grunnen i et bygge- og anleggsarbeid er annerledes enn forutsatt
- Daglig leder hos oppdragsgiver har sluttet,
- Covid-pandemien
- Helge Ingstad-forliset

Mislighold fra en leverandør som nødvendiggjør endring, vil derimot ikke dekkes av denne endringshjemmelen, se blant annet EU-domstolen sak C-683/22.

Det er videre en forutsetning for at endringen skal være lovlig, at kontraktens overordnede karakter ikke blir endret. Vi viser til punkt 2.6.3.5 der dette vilkåret er nærmere behandlet.

Dersom oppdragsgiver foretar en endring med hjemmel i denne bestemmelsen, har oppdragsgiver en plikt til å kunngjøre endringen i tråd med § 21-1, jf. § 28-1 (3).

4.7 Skifte av leverandør

De grunnleggende kravene til konkurranse og likebehandling i LOA § 5 innebærer at det som det klare utgangspunkt skal være samme leverandør som vinner kontrakten som skal gjennomføre den. I motsatt fall vil det være mulig å omgå regelverket. Dette er bakgrunnen for at et skifte av leverandør, utover de tilfeller som er uttrykkelig omtalt i § 28-1 (1) bokstav e, vil være å anse som en vesentlig endring.

I enkelte tilfeller bør det imidlertid være adgang til å endre konstellasjon på leverandørsiden.

I § 28-1 (1) bokstav e vil oppdragsgiver kunne akseptere et skifte av leverandør i følgende tilfeller:

- Når ny leverandør helt eller delvis trer inn i den eksisterende leverandørs rettigheter og plikter
- Når skifte av leverandør skjer som følge av en omstrukturering (eksempelvis overtakelse, fusjon, oppkjøp eller konkurs)
- Når ny leverandør oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene
- Det ikke foretas vesentlige endringer i kontrakten
- Skifte av leverandør ikke skjer for å omgå forskriften

Formålet bak bestemmelsen er trukket frem i direktivets fortale der det i premiss 100 heter:

I samsvar med prinsippene om likebehandling og innsyn bør den anbyderen som vinner anbudet, ikke skiftes ut med en annen markedsdeltaker, for eksempel dersom en kontrakt heves på grunn av mangler i gjennomføringen, uten at kontrakten gjenåpnes for konkurranse. Den valgte anbyderen som gjennomfører kontrakten bør imidlertid, særlig dersom kontrakten er tildelt til mer enn ett foretak, kunne foreta visse strukturelle endringer under gjennomføringen av kontrakten, for eksempel rent interne omorganiseringer, overtakelser, fusjoner og oppkjøp eller konkurs. Slike strukturelle endringer bør ikke automatisk kreve nye framgangsmåter ved tildeling av kontrakter for alle offentlige kontrakter som den aktuelle anbyderen utfører.

Bestemmelsen regulerer skifte av leverandør (kontraktspart). I store og komplekse kontrakter, slik som relasjonskontrakter, vil det imidlertid ofte være tilfelle at en leverandør deltar i konkurransen med støtte fra en annen leverandør (for å oppfylle kvalifikasjonskrav) eller at de belager seg på at underleverandører skal utføre deler av kontraktsarbeidet. Underveis i kontraktsløpet kan det derfor være behov for å skifte ut støttende leverandør eller en eller flere underleverandører.

Ved utskiftning av en virksomhet som leverandørene støtter seg på for å oppfylle ett eller flere kvalifikasjonskrav, må det vurderes om leverandøren etter utskiftningen fortsatt oppfyller kvalifikasjonskravene. Dersom dette er tilfellet, kan utskiftningen godtas.

Utgangspunktet ved utskiftning av en underleverandør som leverandøren ikke støtter seg på for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, er at leverandøren står fritt til å velge hvordan han vil organisere seg. En slik utskiftning vil derfor normalt kunne godtas uten særlige tiltak. I lys av praksis om endringer av underleverandør etter kontraktsignering, vil det imidlertid kunne tenkes tilfeller der bytte av underleverandør ikke kan godtas. Dette gjelder der utskiftningen kan få betydning for utfallet av konkurransen, jf. C-91/08 (Wall) og KOFA sak 2018/550.

4.8 Vesentlige endringer

4.8.1 Overordnet

Oppdragsgiver har adgang til å foreta endringer uavhengig av verdi, så fremt disse ikke er å anse som vesentlige, jf. FOA § 28-1 (1) bokstav f.

FOA § 28-2 regulerer nærmere hva som er å anse som en vesentlig endring. Av bestemmelsen følger at en endring er vesentlig dersom *"den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten."*

For å ta stilling til om det foreligger en vesentlig endring, må det foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet før og etter endringen, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06, Pressetext. Ved vurderingen må det tas stilling til om de foretatte endringene er av en slik karakter, både i art og omfang, at den inngåtte kontrakten i realiteten representerer en ny kontrakt som skulle vært kunngjort i samsvar med regelverket.

Momenter i vurderingen er blant annet:

- Kontraktens og endringens karakter
- Omfanget av endringen
- Hva som er vanlige endringer for den aktuelle kontraktstypen eller i vedkommende bransje
- Hvorvidt kontrakten åpner opp for en slik endring
- Bakgrunnen for endringsbehovet
- Om endringen kunne forutses
- Tidspunktet for endringen
- Hensiktsmessigheten av å konkurranseutsette endringen separat

Dersom det foretas flere endringer, må da endringene vurderes samlet sett.

I § 28-2 er det videre angitt typetilfeller på endringer som alltid vil være å anse som vesentlige. En endring vil alltid være å anse som vesentlig dersom endringen:

a. gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,

b. endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,

c. utvider kontraktens omfang betydelig eller

d. gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 28-1 første ledd bokstav e

I det følgende vil vi se litt nærmere på innholdet i denne bestemmelsen.

4.8.2 Endringer av betydning for konkurransen

Bokstav a retter seg mot endringer som er av en slik karakter at de kunne hatt betydning for konkurransesituasjonen –enten ved at andre leverandører kunne hatt et ønske om å delta eller at kontrakten kunne ha blitt tildelt en av de andre tilbyderne.

Hva gjelder sistnevnte situasjon, vil dette kunne variere avhengig av hvor tett det var mellom tilbyderne i konkurransen. Jo tettere konkurransen var mellom tilbyderne i opprinnelig konkurranse, jo mindre skal til for at endringen vil være å anse som vesentlig. Det relevante spørsmålet vil da være i) om tilbudene hadde sett annerledes ut dersom endringen hadde vært en del av opprinnelige konkurransedokumenter, og ii) om leverandørene hadde priset dette så vidt forskjellig at det ville ha ført til at den andre leverandøren kunne blitt tildelt kontrakten.

4.8.3 Endringer som endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren

En endring vil videre anses å være vesentlig dersom endringen endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren, jf. bokstav b. En endring av kontraktens økonomiske balanse til fordel for oppdragsgiver vil ikke rammes av denne bestemmelsen.

For det tilfellet en leverandør får mer betalt enn kontrakten legger opp til for akkurat samme jobb, vil den økonomiske balansen som det klare utgangspunkt anses å være endret.

Hva som skal til for at den økonomiske balansen anses å være endret, er blant annet tema i avhandlingen «Avtalefrihet ved anskaffelser. Om adgangen til å endre inngåtte kontrakter omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser». Her skriver Per Ole Svor følgende om vurderingen:

For at den økonomiske balansen skal kunne opprettholdes i en kontrakt, kreves at endringer i en ytelse reflekteres i endringer i motytelsen. Prisøkninger tillates så lenge de følges av tilsvarende økning i tilbyderens ytelse. Det kreves ikke at leverandøren overhodet ikke får fortjeneste på endringsarbeidene, men leverandøren kan ikke få en større forholdsmessig fortjeneste på endringsarbeidet enn på det opprinnelige kontraktarbeidet. Er fortjenesten opprinnelig 5 % må den også være det for endringsarbeidene.

Denne forståelsen underbygges også av praksis fra KOFA.³

³ Se eksempelvis KOFA-sakene 2014/139 og 2022/1019

Ordlyden i forskriften tilsier at enhver endring av den økonomiske balansen til fordel for leverandøren innebærer en vesentlig endring. Av praksis ser vi at allikevel at størrelsen på den fordel som endringen medfører for leverandøren, være relevant, jf. eksempelvis KOFA sak 2019/30.

Spørsmålet i saken var om endringer av dagmulksbestemmelser etter tildeling av en entreprisekontrakt hadde endret den økonomiske balansen i kontrakten, og dermed var vesentlig. KOFA fant at den aktuelle endringen ga en så liten fordel at det ikke var grunnlag for at det i seg selv var over terskelen for vesentlighet, jf. avsnitt 56:

Basert på dette kan klagenemnda heller ikke se at det er holdepunkter forlengelsen av delfrist 1, og forlengelse av den dagmulktbelagte fristen har medført at den økonomiske balansen er endret til fordel for valgte leverandør. Selv om det kan sies at den økonomiske balansen til en viss grad er forskjøvet ved at valgte leverandør ikke måtte betale dagmulkt for perioden fra 53 til 68 dager, vil dette utgjøre en så liten fordel at det ikke er grunnlag for at dette i seg selv er en ulovlig direkte anskaffelse.

4.8.4 Endringer som utvider kontraktens omfang betydelig

En endring vil også anses å være vesentlig dersom den utvider kontraktens omfang betydelig, jf. bokstav c.

Hva som må forstås som "betydelig", vil avhenge av den konkrete kontrakten. Bestemmelsen oppstiller ingen absolutt grense for hvor stor endringen kan være. I vurderingen må det blant annet ses hen til den opprinnelige avtalte kontraktsverdien og verdien av selve utvidelsen.

Videre har karakteren av kontrakten, herunder om prosjektet/ytelsen er kompleks, slik at det har vært vanskelig å utferdige en fullt ut dekkende kravspesifikasjon på forhånd, betydning. Enkelte kontrakter forutsetter at det skal skje en utvikling av prosjektet. I disse situasjonene er det forutberegnelig at det vil bli behov for endringer, og det skal dermed mer til for at endringene vil være av en slik karakter at de må anses som vesentlige.

Hva som er en så betydelig endring at den i seg selv vil anses å være vesentlig, må kanskje også vurderes med bakgrunn i de øvrige endringshjemlene. En endring på 10 % kan vanskelig alene anses å være stor at endringen anses å utvide kontraktens omfang betydelig, jf. de-minimis bestemmelsen i bokstav b. I FOA § 28-1 bokstav c og d vil det etter omstendighetene kunne akseptere opptil 50% endringer av kontraktsverdien for hver endring. Slik sett er det grunn til å anta at det skal relativt store endringer til før endringen alene anses å være vesentlig på grunn av utvidelse av kontraktens omfang.

Avgjørende vil nok ofte være hvorvidt endringen samlet sett (også størrelsen tatt i betraktning), er av en slik karakter at endringen kunne hatt betydning enten for deltakelsen eller for hvilken leverandør som hadde blitt tildelt kontrakt.

Vi viser eksempelvis til KOFA sak 2018/17 som gjald en endring fra en on-premise løsning til en skyløsning. I vurdering av om endringen var å anse som vesentlig uttalte KOFA:

(69) I vår sak er det tale om et avrop hvor verdien utgjør det mangedobbelte av terskelverdien. Tjenesten leveres som en PaaS-skyløsning, i en rammeavtale om kjøp av en on premise leveranse. Forskjellen er som nevnt at en slik skyløsning driftes fra servere som er plassert i leverandørens lokaler, mens on premise-løsningen driftes fra servere i innklagedes lokaler. Leveransen skjer dermed på en annen måte enn den tilbyderne har konkurrert om. Klager har i denne forbindelse påpekt at det er stor forskjell mellom det å tilby en PaaS skyløsning og det å levere utstyret. En slik skyløsning innebærer at ansvar og risiko flyttes fra oppdragsgiver til leverandøren. Leverandøren får til gjengjeld en helt annen kontroll på utstyret. At utstyret er plassert i leverandørens egne lokaler, i nærheten av leverandørens

eget personell, gir også stordriftsfordeler. Disse forskjellene innebærer at prisen vil bli fastsatt på en annen måte enn om tjenesten skal leveres hos kunden.

(70) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes avrop på rammeavtalen utgjør en vesentlig endring av rammeavtalen, og at avropet derfor må karakteriseres som en ulovlig direkte anskaffelse.

4.9 Konsekvenser ved en ulovlig endring

En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til LOA § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Som redegjort for i punkt 4.8.1, vil en endring i kontrakten som ikke er hjemlet i § 28-1 og som anses å være vesentlig endret sammenlignet med slik den ble kunngjort, innebære at det foreligger en ny kontrakt/anskaffelse.

Dersom verdien på denne nye kontrakten er over den nasjonale terskelverdien, vil det foreligge en ulovlig direkteanskaffelse, ettersom slike kontrakter er kunngjøringspliktige.

Det fremgår av LOA § 12 første ledd første punktum, at KOFA "skal" ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom "oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse". Av andre punktum fremgår det at KOFA «kan» ilegge gebyr dersom "oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse". Alternativt kan kontrakten kjennes uten virkning, jf. § 13 eller avkortes i kombinasjon med et overtredelsesgebyr, jf. § 14.

Når det gjelder verdiberegningen av et overtredelsesgebyr er ikke det helt avklart. I lovkommentar til FOA § 28-2 punkt 4.2 skriver Dragsten følgende om gebyrperioden:

Hvordan verdiberegningen skal foretas ved endringer i kontrakt, kan ikke anses å være avklart. Det må antagelig foretas en konkret vurdering av om det er endringens verdi isolert sett eller om det er kontraktens totale verdi som er avgjørende. Gjelder det for eksempel en utvidelse av kontraktens omfang, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i verdien av utvidelsen. I andre tilfeller er det grunnleggende elementer i selve kontrakten som endres, og da vil det være mer naturlig å se hen til kontraktens totalverdi. Slik også Goller mfl. S. 277.

For det tilfellet oppdragsgiver mener at en endring lovlig kan foretas uten at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, men ønsker å redusere risikoen for sanksjoner dersom det likevel skulle vise seg at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, kan oppdragsgiver foreta en såkalt intensjonskunngjøring på Doffin/TED i henhold til FOA § 21-5, jf. LOA §§ 12 annet ledd og 13 annet ledd. Forutsetningen for å unngå sanksjoner i et slikt tilfelle, er at vurderingen av at det ikke foreligger en alminnelig kunngjøringsplikt, anses som "forsvarlig".

5 UNNTAK FRA KONKURRANSEUTSETTING

5.1 Overordnet

I relasjonskontrakter, større IT-kontrakter mv. er det ikke uvanlig at oppdragsgiver i løpet av kontraktperioden får stor grad av avhengighet til eksisterende leverandør, og det vil kunne oppstå behov for å foreta kjøp direkte av eksisterende leverandør.

Det kan også tenkes at oppdragsgiver er i dialog med en potensiell samarbeidspartner som de ønsker å utvikle nye løsninger sammen med.

Som redegjort for helt innledningsvis, kommer anskaffelsesregelverket til anvendelse når oppdragsgivere som er omfattet av regelverket inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva.

Oppdragsgiver har derfor, som det klare utgangspunkt, verken adgang til å inngå kontrakt direkte med eksisterende aktør eller andre potensielle samarbeidspartnere.

Dersom verken eksisterende kontrakt hjemler kjøpet eller det er adgang til å gjøre endringer i kontrakten i medhold av reglene om lovlige endringer (kapittel 28), vil ytterligere kjøp fra eksisterende være å anse som en ny anskaffelse. En slik ny anskaffelse må inngås i tråd med anskaffelsesregelverket.

Anskaffelsesregelverket inneholder imidlertid enkelte unntaksbestemmelser om når oppdragsgiver kan foreta en anskaffelse uten konkurranse, såkalt direktekjøp. I punkt 5.2 vil vi redegjøre for den mest praktiske unntaksbestemmelsen som kan være relevant ved inngåelse av relasjonskontrakter.

I tillegg inneholder regelverket et eget unntak for inngåelse av forsknings- og utviklingsavtaler. Vi viser til punkt 5.3 nedenfor, der dette unntaket er nærmere behandlet.

5.2 Aktuelle hjemler for direktekjøp

5.2.1 Innledning

FOA § 13-4 angir i hvilke tilfeller det er adgang til å gjennomføre en anskaffelse uten noen som helst konkurranse. Det er særlig eneleverandørunntaket som vil kunne være aktuelt i relasjonskontrakter.

I bestemmelsens bokstav b) åpnes opp for at oppdragsgiver kan foreta kjøp uten konkurranse dersom bare en bestemt leverandør kan lever ytelsen. Dette vil kunne være tilfelle i enkelte relasjonskontrakter. En forutsetning vil imidlertid være at enten: *"konkurranse er umulig av tekniske årsaker"* (bestemmelsens punkt 2) eller at *"leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter"* (bestemmelsens punkt 3).

For begge disse alternativene er det et krav om at unntakene kun gjelder *"når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør"*.

Det følger av fast praksis fra EU-domstolen og KOFA at unntak fra kravet om konkurranse skal tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for å gjøre unntak er oppfylt.⁴ Det vil derfor ikke være adgang til en analogisk eller utvidende fortolkning av disse unntaksbestemmelsene.

⁴ Se for eksempel KOFA-sak 2011/280 *Europharma AS*, avsnitt 40.

Selv om det foreligger tekniske og økonomiske årsaker som kan begrunne unntak fra kravet til konkurranse, og man også kan dokumentere dette, kan ikke dette skje i større utstrekning enn de tekniske årsakene tilsier, jf. det grunnleggende kravet til konkurranse og forholdsmessighet i LOA § 4.

I det følgende vil vi se nærmere på hva som skal til for at disse unntaksbestemmelsene kan anvendes.

5.2.2 Umulig av tekniske årsaker

FOA § 13-4 bokstav b) nr. 2 åpner som nevnt opp for unntak fra kravet til konkurranse der anskaffelsen gjelder ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere fordi *"konkurranse er umulig av tekniske årsaker"*.

Av fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 50 fremgår blant annet følgende:

Hvis situationen med eksklusivitet skyldes tekniske årsaker, bør de defineres nøye og dokumenteres i hvert enkelt tilfælde. De kunne f.eks. bestå i, at det vil være noget nær teknisk umuligt for en anden økonomisk aktør at sikre den krævede gennemførelse, eller at det er nødvendigt at anvende specifik knowhow, specifikke værktøjer eller midler, som kun en enkelt økonomisk aktør har til sin rådighed. Tekniske årsaker kan også findes i krav om specifik interoperabilitet, der skal opfyldes for at sikre funktionsdygtigheden af de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, som skal indkøbes.

I departementets veileder er det også vist til at tekniske årsaker kan bestå i særlige krav til interoperabilitet:

Tekniske grunner kan også være der det er kun én leverandør som fremstiller det produktet som fungerer sammen med det produktet som oppdragsgiveren allerede har. Dette kan eksempelvis være der det er en teknisk sammenheng som gjør at kun en leverandør kan levere det oppdragsgiveren har behov for og fortsatt bevare funksjonsdyktigheten til det oppdragsgiveren allerede har.⁵

Eksempler på tilfeller hvor vilkåret derimot ikke vil være oppfylt:

- Én leverandør kan levere tjenesten eller produktet mer effektivt enn andre, jf. KOFA sak 2016/123 med videre henvisninger.
- En oppdragsgiver anser det som usannsynlig at man gjennom en kunngjøring vil kunne finne andre leverandører, jf. KOFA sak 2008/56. Oppdragsgiver har en aktivitetsplikt for å verifisere om det finnes et marked for anskaffelsen, jf. KOFA sak 2024/796 med videre henvisninger.

KOFA-2016/123 (Moskenes kommune)

Saken gjaldt Moskenes kommunes direkte kontrakt med Stibyggiaren AS for bygging av natursteintrapp til Reinebringen uten kunngjøring. Kommunen viste til unntaket for én leverandør etter forskriften, med henvisning til at arbeidet krevde sherpaer med særskilt kompetanse til å bygge for hånd i svært bratt og erosjonsutsatt terreng.

KOFA presiserte at unntaket skal tolkes strengt, og at det ikke er nok at én leverandør kan levere mer effektivt enn andre – det må foreligge objektive grunner til at bare én faktisk kan utføre oppdraget. Nemnda la likevel vekt på at kommunen hadde dokumentert omfattende undersøkelser og at Stibyggiaren var den eneste leverandøren som kunne gjennomføre prosjektet innenfor den nødvendige tidsrammen.

⁵ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2017, s. 138.

- Oppdragsgiver har selv skapt situasjonen. Det er bare situasjoner med objektiv eksklusivitet som kan berettige bruken av framgangsmåten med forhandling uten kunngjøring, der «situasjonen med eksklusivitet ikke er skapt av den offentlige oppdragsgiveren selv med sikte på den framtidige framgangsmåten ved tildeling av kontrakter», jf. KOFA sak 2024/796 med videre henvisninger.

KOFA-2008/56 (Kriminalomsorg region øst – Halden fengsel)

Saken gjaldt direkte kontrakt med Østfold Energi AS om levering av fjernvarme til Halden fengsel, uten kunngjøring. Oppdragsgiver anførte at ytelsen bare kunne leveres av én leverandør av tekniske grunner/for å beskytte enerett. KOFA slo fast at unntaket skal tolkes strengt, at fjernvarme er en vare som i utgangspunktet må konkurranseutsettes, og at innklagede ikke dokumenterte at bare én leverandør kunne levere eller at det forelå enerett (leverandøren hadde ikke konsesjon). Antatt lav konkurranse/interesse i markedet er ikke tilstrekkelig.

Innklagede ble ansett å ha utvist grov uaktsomhet ved å tildele kontrakt direkte til tross for den snevre unntaksadgangen, kontraktens høye verdi og lange varighet. Veiledning fra Statsbygg fritok ikke fra ansvar. KOFA ila overtredelsesgebyr på 1,5 mill. kroner (ca. 7,4 % av kontraktsverdien).

KOFA-2024/796 (Statens vegvesen)

Statens vegvesen inngikk 29. januar 2024 en direkte kontrakt med F24 Nordics AS om fortsatt levering av beredskaps- og krisestøttesystemet *VegCIM*, uten kunngjøring. Som hjemmel viste innklagede til eneleverandørunntaket, og at konkurranse var umulig av tekniske årsaker. Klager mente at avtaleinngåelsen ikke kunne hjemles i eneleverandørunntaket da det er teknisk mulig for andre leverandører å levere et system som dekker Statens vegvesens behov. KOFA la til grunn at unntak fra konkurranse skal tolkes strengt, og at oppdragsgiver har aktivitetsplikt til å undersøke markedet og bevise objektiv eksklusivitet og mangel på rimelige alternativer.

Vegvesenet hadde i praksis bare vurdert eget, eksisterende system opp mot Rayvns løsning, til tross for at DSB-konkurransen viste et bredere marked med flere leverandører. Nemnda fant derfor at vilkårene for eneleverandørunntaket ikke var oppfylt. At VegCIM er virksomhetskritisk og at et skifte kan medføre kostnader/risiko, fritar ikke fra plikten til markedsundersøkelser og eventuelt konkurranse.

Som nevnt innledningsvis, er det ikke tilstrekkelig at det foreligger tekniske grunner. Oppdragsgiver må også godtgjøre at det ikke finnes andre rimelige alternativer, med andre ord: at de tekniske årsakene ikke kan overvinnes på annet måte enn ved å tildele oppdraget direkte. Vi viser blant annet til EU-domstolen sakene C-385/02 og C-275/08 der domstolen konkludert med at det ikke var adgang til å foreta direkteanskaffelser selv om det ble akseptert at det forelå tekniske årsaker som i prinsippet kunne begrunne dette. Årsaken var at oppdragsgiver ikke kunne dokumentere at de tekniske årsakene nødvendiggjorde kjøp fra den leverandøren som hadde fått tildelt oppdraget.

Eksempler på saker der unntaket har blitt ansett å være oppfylt er KOFA-sakene 2017/162 (SAP-database) og 2022/1069 (system for pasientovervåkning).

KOFA-2017/162 (DFØ)

Saken gjaldt påstand om ulovlige direkte anskaffelser ved endringer i kontrakter om lønns- og personalsystemer (SAP). Klager, Visma Software Labs, mente at DFØ hadde foretatt flere ulovlige direkte kjøp ved å endre kontraktsparter, utvide antall lisenser, oppgradere programvaren til SAP S/4 HANA og kjøpe databasen SAP HANA uten kunngjøring.

KOFA avviste flere av anførsleene som foreldet eller uhensiktsmessige for behandling, blant annet spørsmålene om leverandørskifte og programvareoppgradering. Når det gjaldt lisensutvidelser, kom nemnda til at disse var i tråd med formålet og omfanget av den opprinnelige kontrakten, og derfor ikke utgjorde vesentlige endringer.

Kjøpet av databasen SAP HANA ble vurdert særskilt, men KOFA fant ikke grunnlag for å konstatere ulovlig direkte anskaffelse, da DFØ hadde begrunnet unntaket med teknisk enerett.

KOFA-2022/1069 (Sykehusinnkjøp HF)

Sykehusinnkjøp HF publiserte intensjonskunngjøring om direkte kontrakt med Vingmed (Philips) for systemavtale om pasientovervåkning (estimert verdi ca. 88 mill.). GE Healthcare klaget og mente at vilkårene for direkteanskaffelse (teknisk umulighet) ikke var oppfylt.

KOFA la vekt på at hele regionens eksisterende pasientovervåkningssystem var Philips-basert og at nye komponenter må være fullt compatible for å sikre pasientsikkerhet, sammenhengende historikk, fjernstøtte på tvers av sykehus og robust drift. Å bytte til annet system ville kreve omfattende utskifting (servere, sentraler m.m.) med byttekostnader anslått til >100 mill., samt flere års parallell drift med økt risiko. Dette ble ansett som ikke "rimelige/fornuftige alternativer".

Nemnda fant at vilkårene for unntaket var oppfylt, og konkluderte med at Sykehusinnkjøp HF ikke brøt anskaffelsesregelverket.

5.2.3 Umulig grunnet enerett

FOA § 13-4 bokstav b) nr. 3 åpner for direkteanskaffelser i tilfeller der *"leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter"*. KOFA har uttalt følgende om tolkningen av den tilsvarende bestemmelsen i tidligere regelverk:

Når det gjelder unntaket for enerett, må det være på det rene at det kun er én leverandør som har enerett på å levere ytelsen den offentlige oppdragsgiveren etterspør. Dette typisk som følge av immaterielle rettigheter, patent, varemerke, mønstervern eller lignende. Det er ikke tilstrekkelig at én leverandør har enerett i juridisk forstand, det er et krav at det faktisk ikke er andre leverandører som kan tilby ytelsen.⁶

Det er altså ikke tilstrekkelig at en leverandør isolert sett nyter godt av immaterielle rettigheter. Det kreves at ingen andre enn vedkommende leverandør kan tilby den ytelsen som skal anskaffes. Unntaket gjelder ikke dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, ettersom det da vil være flere leverandører som kan tilby ytelsen. Dersom andre tilbydere kan tilby konkurrerende produkter eller løsninger, eller det finnes flere forhandlere av et spesifikt produkt, vil unntaksbestemmelsen ikke kunne benyttes.

For det tilfellet oppdragsgiver selv har skapt enerettssituasjonen, vil unntaksbestemmelsen heller ikke kunne anvendes. Vi viser EU-domstolen sak C-578/23 som gjaldt adgang til å benytte unntaksbestemmelsen og tildele kontrakt direkte til eksisterende IT-leverandør som følge av såkalt "lock in"-effekt. EU-domstolen kom til at oppdragsgiver ikke kunne benytte unntaksbestemmelsen og uttaler blant annet:

(31) En ordregivende myndighed er derfor forpligtet til at gøre alt, hvad der med rimelighed kan forventes af den, for at undgå anvendelsen af artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 og for at kunne anvende et udbud, der er mere åbent for konkurrence. Det ville imidlertid

⁶ Se KOFA sak 2011/85 avsnitt 30

være uforeneligt med dette krav at gøre det muligt for en sådan ordregivende myndighed at anvende denne bestemmelse, når oprettelsen eller opretholdelsen af den enerettighedssituation, som den har påberåbt sig i denne henseende, kan tilskrives myndigheden, bl.a. på grund af den omstændighed, at denne ordregivende myndighed med henblik på at nå det med den pågældende kontrakt tilsigtede resultat ikke havde behov for at skabe en sådan enerettighedssituation, eller at den rådede over reelle og økonomisk rimelige midler til at bringe en sådan situation til ophør.

(32) Det følger heraf, at en ordregivende myndighed med henblik på anvendelsen af artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 skal godtgøre dels, at de to kumulative betingelser, der er nævnt i denne doms præmis 26, er opfyldt, dels at eksistensen af tekniske eller kunstneriske grunde eller årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, som er knyttet til kontraktens genstand, ikke kan tilskrives myndigheden.

Avgjørelsen gjaldt forståelse av bestemmelsen etter anskaffelsesdirektivet fra 2004, men bestemmelsen er mer eller mindre tilsvarende bestemmelsen i någjeldende regelverk.

På bakgrunn av denne avgjørelsen vil det eksempelvis være en klar risiko for at oppdragsgiver ikke kan benytte seg av unntaksbestemmelsen dersom de inngår kontrakt om et it-system uten å sørge for at kildekode kan bli tilgjengelig for andre leverandører, med den konsekvens at kun den opprinnelige leverandør kan videreutvikle it-systemet. I så tilfelle vil oppdragsgiver som har behov for å modernisere IT-systemet være forpliktet til å konkurranseutsette et nytt IT-system, til tross for at det vil innebære store investeringer.

5.3 Forsknings- og utviklingskontrakter (FoU)

Som påpekt over, oppstiller anskaffelsesforskriftens kapittel 2 en rekke unntak fra forskriftens anvendelsesområde. For relasjonskontrakter er unntaket i FOA § 2-5 særlig relevant. Bestemmelsen regulerer kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester (FoU-kontrakter), og fastsetter vilkårene for når slike kontrakter kan unntas fra anskaffelsesregelverket. Bakgrunnen for unntaket er at FoU-prosjekter ofte kjennetegnes av et tett samarbeid mellom partene, med et gjensidig preg av partnerskap, delte investeringer og felles risiko. Dette skiller seg fra et tradisjonelt forhold mellom oppdragsgiver og leverandør.

Unntaket gjelder kun ved kjøp av *tjenester*. Kjøp av varer eller bygge- og anleggskontrakter vil følgelig ikke omfattes av dette unntaket. Det må videre foreligge et forsknings- eller utviklingselement. Med sistnevnte menes at kontrakten må ha til formål å frembringe noe som ikke allerede er tilgjengelig, jf. også KOFA-sak 2004/206. Bestemmelsen kan være aktuell i prosjekter der det offentlige finansierer eller bestiller forskning og utvikling med sikte på å frembringe ny kunnskap eller løsninger, eksempelvis innen e-helsetjenester. I slike prosjekter er formålet gjerne å utvikle ny teknologi, nye arbeidsformer eller systemer som skal forbedre helse- og omsorgstjenester. Denne typen prosjekter har ofte et sterkt innovasjonspreg og krever et nært samarbeid mellom det offentlige, næringslivet og forskningsmiljøer.

Dersom tjenesten omfattes av en eller flere av CPV-kodene opplistet i bestemmelsens annet ledd, må likevel minst ett av følgende vilkår være oppfylt, jf. bestemmelsens annet ledd:

- Kontrakten er ikke fullt ut finansiert av det offentlige, *eller*
- Resultatene tilfaller ikke fullt ut oppdragsgiver til bruk i egen virksomhet.

Disse vilkårene reflekterer den rettspolitiske balansen mellom offentlig kontroll og privat deltakelse i FoU-prosjekter. Poenget er at dersom det foreligger *reell samfinansiering* eller delt resultatutnyttelse, vil forholdet mellom partene ha karakter av et utviklingssamarbeid snarere enn et ensidig kjøp av tjenester.

Dette utgangspunktet støttes også i fortalen premiss 35 til anskaffelsesdirektivet (2014/24/EU), hvor det uttales:

[s]amfinansiering av forsknings- og utviklingsprogrammer fra industrien bør oppmuntres. Det bør følgelig presiseres at dette direktiv får anvendelse bare når det ikke foreligger noen slik samfinansiering, og når resultatene av forsknings- og utviklingsvirksomheten tilfaller den berørte offentlige oppdragsgiveren. Dette bør ikke utelukke muligheten for at tjenesteyteren som har utført slik virksomhet, kan offentliggjøre en rapport om dette, så lenge den offentlige oppdragsgiveren beholder eneretten til å bruke resultatene av forsknings- og utviklingsarbeidet i sin egen virksomhet. Fiktiv deling av resultatene av forsknings- og utviklingsarbeidet eller rent symbolsk deltakelse i betalingen til tjenesteyteren, bør imidlertid ikke hindre at dette direktiv får anvendelse.

Fortalen illustrerer det grunnleggende formålet bak unntaket: å stimulere til samarbeid mellom offentlige og private aktører om forskning og utvikling, uten at slike partnerskap nødvendigvis skal underlegges direktivets omfattende prosedyreregler. Samfinansiering og reell deling av resultater er uttrykk for at partene opptrer som utviklingspartnere, ikke som tradisjonell oppdragsgiver og leverandør.

KOFA har ikke behandlet mange saker der problemstillingen har vært om en kontrakt omfattes av FoU-unntaket eller skal anses som en ordinær tjenestekontrakt.

I de sakene som foreligger, har KOFA imidlertid understreket at unntaket må tolkes strengt, og at det er kontraktens reelle innhold som er avgjørende – ikke hva oppdragsgiver selv velger å kalle den. Dette illustrerer at grensen mellom forskning/utvikling og ordinære tjenestekjøp kan være uklar, og at oppdragsgiver må foreta en grundig vurdering av kontraktens karakter før unntaket anvendes.

KOFA-2020/172 (Politihistorien fra A til Å)

Politidirektoratet hadde inngått avtale med Universitetet i Bergen om å utarbeide en vitenskapelig politihistorie. KOFA kom til at avtalen gjaldt en forsknings- og utviklingstjeneste som var unntatt kunngjøringsplikt. Nemnda la særlig vekt på at prosjektet hadde et selvstendig forskningsformål, at Universitetet i Bergen hadde hatt faglig frihet til å definere metode, tema og struktur, og at prosjektet bare delvis ble finansiert av det offentlige (80 prosent offentlig, 20 prosent egenfinansiert).

Saken illustrerer hvordan samarbeidsprosjekter mellom offentlige oppdragsgivere og forskningsinstitusjoner kan falle utenfor anskaffelsesregelverket når de oppfyller kriteriene for FoU-unntaket, og understreker betydningen av å dokumentere vurderingene i forkant.

KOFA-2017/43 (Innovasjon Norge)

Klager mente at en anskaffelse om utvikling av et metodeverk for å stimulere gründerskap i næringsklynger ikke var en forsknings- og utviklingskontrakt som kunne unntas forskriften, men et ordinært konsulentoppdrag med en klart definert kravspesifikasjon.

KOFA kom til at kontrakten var en forsknings- og utviklingstjeneste. Nemnda la vekt på at formålet var å fremskaffe ny kunnskap og utvikle et metodeverk som ikke eksisterte i markedet, og at oppdraget derfor hadde et tydelig nyskapende og utviklingsorientert formål. Videre ble det fremhevet at leverandørene sto fritt til å bestemme innhold, innretning og metodikk, og at "originalitet" var et uttrykkelig vurderingstema i konkurransen. Dette viste at prosjektet hadde karakter av utforskning og eksperimentering, snarere enn kjøp av en ferdig definert tjeneste.

KOFA-2004/206 (Direktoratet for naturforvaltning)

Saken gjaldt en anskaffelse av naturfaglig kartlegging av biologisk mangfold i jordbrukets kulturlandskap. Direktoratet mente oppdraget var en forsknings- og utviklingstjeneste (FoU) som var unntatt anskaffelsesforskriften, fordi resultatene skulle komme flere enn oppdragsgiver til gode. Det ble gjennomført en begrenset konkurranse uten kunngjøring, og NINA ble valgt foran blant annet Naturtjenester AS, til tross for lavere pris fra sistnevnte.

KOFA tok stilling til om anskaffelsen etter sin art kunne anses som en FoU-tjeneste etter den daværende unntaksbestemmelsen. Nemnda presiserte at unntak skal tolkes snevert og at oppdragsgiver har bevisbyrden. Etter en konkret vurdering kom KOFA til at oppdraget i hovedsak besto av kartlegging, innsamling, systematisering og registrering av data etter en eksisterende metodikk, uten at leverandøren skulle bidra til utvikling av kompetanse eller teknologi på en måte som innebar reell forskning eller utvikling. At dataene senere kunne brukes av flere aktører, eller at de kunne danne grunnlag for forskning, var ikke tilstrekkelig. Konklusjonen var at anskaffelsen ikke var omfattet av FoU-unntaket og dermed skulle fulgt forskriftens prosedyrer. Tjenesten måtte klassifiseres som "andre tjenester", slik at forskriftens del I og III kom til anvendelse. Direktoratet hadde derfor brutt anskaffelsesregelverket ved å gjennomføre en ikke-kunngjort prosedyre.

Oppsummeringsvis må oppdragsgiver foreta en konkret vurdering av prosjektets innhold, finansiering og formål. Det bør dokumenteres at kontrakten faktisk gjelder forskning og utvikling, og at minst ett av de alternative vilkårene i FOA § 2-5 er oppfylt.

En slik dokumentasjon er avgjørende for å sikre etterprøvbarhet og for å kunne begrunne anvendelsen av unntaket i tråd med regelverkets krav.

Dersom vilkårene for FoU-unntaket ikke er oppfylt, må anskaffelsen gjennomføres etter de ordinære prosedyrene i forskriften. I slike tilfeller vil konkurransepreget dialog som hovedregel være den mest hensiktsmessige prosedyreformene, ettersom den i større grad åpner for utvikling av innovative løsninger i samspill med markedet.