

RAPPORT

Til	Helsedirektoratet
Fra	Anne Buan og Frederik Nordby
Dato	12. oktober 2025
Emne	Relasjonskontrakter og anskaffelsesregelverket

Innhold

1.	Innledning.....	2
2.	Om relasjonskontrakter	3
2.1	Kort om relasjonskontrakter	3
2.2	Kjennetegn ved gode relasjonskontrakter	3
3.	Planleggingsfasen.....	4
4.	Adgangen til å inngå langvarige kontrakter	6
4.1	Innledning	6
4.2	Adgangen til å inngå tidsubegrensede kontrakter	6
4.3	Lengden på kontrakter	7
4.4	Anbefaling	8
4.5	Ivaretagelse av konkurranse i markedet.....	9
5.	Evaluerings av fleksibilitet og egnethet	9
6.	Fleksibilitet i kontrakter og forbudet mot vesentlige endringer	10
6.1	Innledning	10
6.2	Reguleringen av endringer som foretas i medhold av en endringsklausul.....	11
6.3	Reguleringen av vesentlige endringer etter § 28-2	12
6.4	Nærmere om endringer i langvarige IT-kontrakter.....	14
6.5	Særlig om betydning av vederlagsmodellen for spørsmålet om man står overfor en endring	15
6.6	Tips til hvordan utforme gode endringsregler.....	16
6.7	Tips til bestemmelser som bør tas med.....	19
6.8	Endringer av eksisterende kontrakter.....	19
6.9	Kort om forholdet mellom rammeavtaler og alminnelige kontrakter	19
7.	Innlåsning	20
7.1	Innledning	20
7.2	Nærmere om spørsmålet	20
8.	Valg av leveransemodell og betydning for kontraktsoppfølgingsbehov	21
9.	Valg av vederlagsmodell og kontrakt.....	21

1. INNLEDNING

Temaet for denne rapporten er anskaffelses- og kontraktsrettslige problemstillinger som er typiske for relasjonskontrakter.

En relasjonskontrakt er 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.

Helsedirektoratet har fått utarbeidet rapporten «Formelle relasjonskontrakter ved anskaffelse av e-helseløsninger». Den nevnte rapporten skal legge til rette for at oppdragsgivere og leverandører i e-helsesektoren kan gjennomføre anskaffelser, inngå avtaler og lede kommersielle relasjoner med bruk av relasjonskontrakter.

I forlengelsen av nevnte rapport, ønsket Helsedirektoratet en beskrivelse av hvordan rapporten kan anvendes innenfor anskaffelsesregelverket. Dette er tema i denne rapporten.

Relasjonskontrakter er en kontraktsmodell som kan brukes i forbindelse med kjøp av varer eller tjenester (og også ved bygge- og anleggskontrakter, men slike faller utenfor temaet for denne rapporten). Til forskjell fra for eksempel Statens standardavtaler (SSA) eller Norsk Standard (NS) er det ikke utarbeidet en egen kontraktsmal for relasjonskontrakter, og det kan altså være store forskjeller mellom slike kontrakter. De nevnte standardkontraktene kan også fint benyttes som relasjonskontrakter, men det forutsetter enkelte endringer i teksten.

Alle kontraktsforhold har en *formell* og *uformell* side. Den formelle siden er den skriftlige kontrakten. Den uformelle siden er de sosiale relasjonene som utvikles mellom partenes representanter. I likhet med andre kontrakter inneholder relasjonskontrakter en detaljering av de ytelser og økonomiske betingelser partene er enige om. I tillegg inneholder den en skriftliggjøring av de normene partene er enige om at skal ligge til grunn for avtalen, og som gjør det enklere å etablere og opprettholde et tillitsfullt forhold mellom partene gjennom avtaleforholdet.¹

Relasjonskontrakter er en kontraktsform som ofte er bedre egnet enn tradisjonelle transaksjonsbaserte kontrakter når det gjelder avtaler som kjennetegnes av langvarige relasjoner, høy kompleksitet, endrede behov over tid og høy gjensidig avhengighet mellom partene, eller som av andre grunner krever en utstrakt grad av samarbeid.

I langvarige og komplekse kontrakter vil det ofte være behov for fleksibilitet, både med hensyn til samarbeidsform og for selve innholdet i leveransen. I slike kontrakter vil det ofte også oppstå en innlåsnings effekt («lock-in»-effekt), altså at ulempene og kostnadene ved et bytte av leverandør skaper en binding til leverandøren. Både varigheten, den fleksibiliteten det er behov for, og den innlåsnings effekten som regelmessig oppstår, gjør at relasjonskontrakter reiser en rekke anskaffelsesrettslige problemstillinger.

Samtidig er det viktig å være klar over at det er fullt mulig å få til gode løsninger for relasjonskontrakter innenfor rammene av anskaffelsesregelverket, forutsatt at oppdragsgiver tar gjennomtenkte valg allerede fra start. Erfaringsmessig er anskaffelsesregelverket ofte mer fleksibelt enn det oppdragsgivere legger til grunn. En del oppdragsgivere kan også begrense seg mer enn det som er nødvendig i frykt for å bryte anskaffelsesregelverket.

Formålet med denne rapporten er derfor å redegjøre for hvordan oppdragsgiver kan ta gode valg forut for og under gjennomføringen av anskaffelsen, og samtidig sikre at relasjonskontrakten fungerer og dekker oppdragsgivers behov.

¹ Se «Formelle relasjonskontrakter ved anskaffelse av e-helseløsninger» punkt 1.1.

Relasjonskontrakter er gjennomgående langvarige og komplekse. Dette innebærer at det normalt er del III i forskrift om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse for denne typen kontrakter. Rapporten vil derfor fokusere på problemstillinger knyttet til denne delen av forskriften.

I denne rapporten vil følgende temaer behandles:

- Hvilke forhold oppdragsgivere bør tenke gjennom i planleggingsfasen, og hvordan oppdragsgivere kan benytte markedsdialog for å få informasjon fra markedet.
- Hvilken adgang oppdragsgivere har til å inngå langvarige og tidsbegrensede kontrakter, og hvordan oppdragsgivere kan begrunne den kontraktsvarigheten man har valgt.
- Hvordan oppdragsgivere kan evaluere på leverandørers egenskaper som en god relasjonspartner.
- Hvordan oppdragsgivere kan legge opp kontrakten slik at ulovlige vesentlige endringer kan unngås, og hvordan gode endringsregler kan lages.
- Hva oppdragsgiver må ta hensyn til for å unngå utfordringer knyttet til innelåsning.
- Hvilken betydning leveransemodellen har for oppfølging av kontrakt.
- Valg mellom ulike kontraktsmodeller og vederlagsmodeller.

2. OM RELASJONSKONTRAKTER

2.1 Kort om relasjonskontrakter

En relasjonskontrakt er en type kontrakt som skal skape en god relasjon mellom kunde og leverandør gjennom samhandling over tid. Kontrakten inneholder egne tilleggsbestemmelser for å sikre samhandling. Termen relasjonskontrakter benyttes som en fellesbetegnelse på ulike typer kontraktsformer. Eksempelvis kan OPS (offentlig-privat samarbeid), FoU-samarbeid, strategiske allianser, outsourcingavtaler, langvarige tjenestekjøp, prosjektkontrakter, entreprisekontrakter, konsesjonsavtaler, franchiseavtaler mv. alle være gjennomført som relasjonskontrakter, så lenge avtalene har fokus på samarbeid og felles mål.

2.2 Kjennetegn ved gode relasjonskontrakter²

Relasjonskontrakter kjennetegnes av tillit, det å utvikle en gjensidig fortrolighet mellom partene. Partene blir kjent med hverandre og utvikler en forståelse for hvordan partneren vil komme til å handle i ulike situasjoner.

Videre kjennetegnes relasjonskontrakter av at samarbeidsdimensjonen er fremtredende. Partene jobber med felles mål og formål, partene åpner for tilgang til hverandres teknologi og kompetanse, og partene tilpasser seg hverandre, for eksempel ved fordeling av oppgaver og risiko, slik at byrdene fordeles mellom partene.

Effektive relasjonskontrakter kjennetegnes også av vedvarenhet, altså at kontraktsvarigheten er lang nok til at partene får avkastning på sine investeringer. Det tar tid å bygge tillit, å ta i bruk ny teknologi, å endre arbeidsprosesser og å hente ut gevinster.

En relasjonskontrakt er like rettslig bindende som andre kontrakter. Relasjonskontrakter inneholder ofte bestemmelser for å sikre samhandling. Disse bestemmelsene spesifiserer roller, ansvar, forpliktelser og rettigheter, samt hvordan partene skal tilpasse seg uventede situasjoner. Når konflikter oppstår, skal bestemmelsene bidra til at partene løser konflikter på hensiktsmessige måter.

² For en nærmere beskrivelse, se punkt 1 i «Formelle relasjonskontrakter ved anskaffelse av e-helseløsninger».

Gode relasjonskontrakter kjennetegnes i tillegg av uformelle samarbeidsnormer med spilleregler for samarbeidet (og hvordan ting skal gjøres). Tre samarbeidsnormer er særlig viktige for å sikre kostnadsreduksjoner og tjenesteforbedringer hos kunden. Norm om fleksibilitet handler om å utvikle en gjensidig forståelse for betydningen av å justere kursen underveis. Norm om solidaritet innebærer at partene har et langsiktig perspektiv på samarbeidet og også ivaretar partnerens behov, selv om en kunne ha oppnådd kortsiktige gevinster ved å f.eks. bryte samarbeidet. Norm om informasjonsutveksling innebærer at partene gir all nødvendig informasjon til hverandre (også sensitiv informasjon) ofte og uformelt. Å holde tilbake informasjon kan virke demotiverende på samarbeidspartneren, samtidig som det signaliserer mistillit.

Til sist kjennetegnes gode relasjonskontrakter av gjensidig forståelse av behovet for å bemanne kontrakten riktig, særlig når det gjelder ledelsen av kontraktsrelasjonen. Dette handler i stor grad om å koordinere fremtidige handlinger uten å vite nøyaktig hvordan dette skal skje. Relasjonskontrakter må ledes, og ledelsesbehovet er vel så stort etter kontraktsignering som det er i anskaffelsesfasen. Partene må evne å håndtere endringer underveis. Dette er noe annet enn å gjennomføre endringer i egen organisasjon, ettersom endringer må foretas i forståelse mellom partene. Da blir det spesielt viktig å evne å balansere hensynet mellom å ivareta egne interesser og ivareta kontraktpartnerens behov. Partene må også evne å håndtere uenigheter og konflikter på en god måte uten å sette samarbeidet i spill og kunne samarbeide videre etter en uenighet.

Det er viktig å fremheve at selv om partene ikke inngår en relasjonskontrakt, er ikke dette ensbetydende med at partene kun skal ivareta egne forpliktelser og interesser. Det er et generelt kontraktsrettslig prinsipp at partene har en lojalitetsplikt. Det ligger utenfor rammene av denne rapporten å redegjøre i detalj for innholdet i lojalitetsplikten. En generell rettesnor er at utgangspunktet er at partene selv ivaretar sine egne interesser, men at partene samtidig har en plikt til å ta rimelig og tilbørlig hensyn til den annen parts interesser. I en relasjonskontrakt vil imidlertid partenes forpliktelser til å ta hensyn til den andre partens forpliktelser gå lengre enn det som er tilfelle i en alminnelig kontrakt.

Relasjonskontrakter kan være effektive, men ikke alltid. Klassiske kontrakter er mer effektive når innkjøpssituasjonen er stabil og forutsigbar. Men slike klassiske kontrakter er mindre egnet når det er stort behov for at partene gjør investeringer inn i kontraktsrelasjonen. Relasjonskontrakter fungerer bedre i slike situasjoner, særlig når det er behov for at partene samarbeider over lang tid for å oppnå gevinster.

3. PLANLEGGINGSFASEN

Planleggingsfasen er sentralt når det skal inngås en relasjonskontrakt. Som nevnt vil relasjonskontrakter ofte være langvarige, og det å trå feil ved valg av kontrakt og kontraktsbestemmelser, vil potensielt kunne ha store konsekvenser.

Det er viktig å ha et bevisst forhold til de punktene som vi redegjør for nedenfor. Dette gjelder for det første lengden på kontrakter. En for kort kontrakt vil kunne medføre at det blir vanskelig å realisere målene for anskaffelsen. En for lang kontrakt vil på den andre siden potensielt kunne være i strid med anskaffelsesregelverket.

For det andre er det viktig å ha tenkt grundig gjennom valg av kontrakt og vederlagsmodell. Ulike standardkontrakter er skrevet for spesielle typer ytelser og med en spesiell modell for kontraktsgjennomføring. Dersom det trås feil, risikerer partene å inngå en kontrakt med mekanismer som ikke passer for kontrakten. Ulike vederlagsmodeller gir ulike insentiver, og påvirker når det foreligger mislighold (og dermed hvilke misligholdssanksjoner som kan gjøres gjeldende) og også hva som utgjør en anskaffelsesrettslig relevant endring. Hvis vederlaget er basert på at leverandøren betales for medgått tid (eller materiell eller en annen yttelse), vil leveransen i stor grad kunne skaleres opp eller

ned uten at kontrakten nødvendigvis kan anses endret. Motsatt vil være tilfelle for fastpriskontrakter, hvor det skal mindre til før en skalering eller større endringer anses som en endring av kontrakt som må vurderes anskaffelsesrettslig nettopp fordi partene må forhandle om en ny pris.

For det tredje er det sentralt å ha gode endringsbestemmelser som nettopp åpner for fleksibilitet. Uten tilstrekkelig presise endringsregler, vil endringer av kontrakten potensielt kunne være ulovlige og møtes med anskaffelsesrettslige sanksjoner.

Foruten å ha et bevisst forhold til disse temaene, er det vanskelig å underdrive betydningen av dialog med markedet forut for en kunngjøring. Potensielle leverandører (og andre relevante aktører) sitter på kunnskapen om det som skal anskaffes, og vil ofte kunne gi verdifull innsikt for oppdragsgivere. Erfaringsmessig er det særlig nyttig med én-til-én-møter. Leverandørene vil føle seg friere til å gi tilbakemeldinger i slike møter sammenlignet med tilfeller hvor de risikerer å avsløre opplysninger som de mener det er av betydning å holde skjult for konkurrenter. Slike møter vil også kunne gi nyttig informasjon om forventet utvikling innenfor teknologien som anskaffes eller måten teknologien leveres på, men også innspill på gode kontraktsmessige valg.

Det er generelt få regler som gjelder for gjennomføringen av en såkalt markedsdialog. Det viktigste å sørge for er at ingen potensielle leverandører får noen særbehandling eller mer informasjon enn andre leverandører. Et eksempel fra praksis er KOFAs sak i [2022/582](#). I saken hadde oppdragsgiver publisert en intensjonskunngjøring der alle interesserte leverandører ble oppfordret til å presentere produktnyheter og komme med innspill til miljø- og klimavennlige løsninger. I den forbindelse hadde oppdragsgiver forespurt det som senere ble valgte leverandør om de ville klare å få uttelling basert på en angivelse av krav. Oppdragsgiveren var også kjent med at den aktuelle leverandøren var den eneste som kunne oppfylle det aktuelle kravet. KOFA uttalte først at «*Når det gjelder bruken av krav om biobasert materiale, var dette noe valgte leverandør spilte inn i dialogfasen, og som innklagede primært fulgte opp med valgte leverandør som var eneste leverandør som hadde denne typen produkt. Dette er ikke i strid med prinsippet om likebehandling.*» Deretter uttalte KOFA at det var «uheldig» at oppdragsgiveren hadde spurt leverandøren om de ville klare å få uttelling på et gitt krav. KOFA uttalte videre at det i den aktuelle saken ikke forelå noen brudd, blant annet fordi kravet ikke ble diktert av valgte leverandør, oppdragsgiveren hadde forhørt seg med oppdragsgivere som hadde oppstilt lignende krav og det ble gjennomført en ekstra høringsrunde.

Uttalelsen illustrerer at det skal en del til før KOFA vil konstatere at det foreligger brudd på regelverket i markedsdialogen selv om markedsdialogen fører til begrensning i konkurransen. Det avgjørende vil ofte være om kravet som stilles kan forsvares og er saklig. Ved å planlegge markedsdialogen godt, herunder å planlegge hvilken informasjon som skal utgis, og hvem som skal kunne gi slik informasjon, reduseres risikoen for feil. Vi anbefaler også at man dokumenterer hva som er kommet frem på markedsdialogen. Om man ser at man er kommet uheldig ut, for eksempel at én leverandør har fått mer informasjon om vesentlige forhold enn de øvrige, er det viktig å tenke igjennom hvordan en slik fordel kan utjevnes. Typiske utjevningstiltak er å gi samme informasjon til samtlige i konkurransegrunnlaget, og eventuelt gi ytterligere tid til å inngi tilbud.

I tillegg til dette, er det i en relasjonskontrakt også særlig viktig at oppdragsgiver så langt som mulig forsøker å forutse hvilke behov oppdragsgiver i fremtiden vil ha behov for å få dekket, og også utviklingen i markedet. Selv om dette er krevende øvelser, er det ofte svært lurt å gjøre et reelt forsøk på å tenke gjennom disse tingene på forhånd.

Sjekkliste for forhold som er særegne for relasjonskontrakter	
Varighet av kontrakt	Varigheten av kontrakten bør vurderes. Skal avtalen være tidsubegrenset eller ha en gitt varighet? I begge tilfeller er det viktig å begrunne valget. Skal avtalen kunne sies opp av oppdragsgiver, eventuelt av begge parter? Hvis avtalen er løpende langvarig bør det innarbeides en rutine for å sikre at det foretas

	jevnlig vurderinger av behovet for å gjennomføre en ny konkurranse.
Tildelingskriterier	Sikrer tildelingskriteriene at det er mulig å evaluere på leverandørens egnethet som kontraktspart i en relasjonskontrakt? Aktuelle tildelingskriterier kan være tilbudt nøkkelpersonells kompetanse og erfaring, og leverandørens forståelse og plan for oppdraget. Det kan også være aktuelt å avholde et møte/intervjue med tilbudt nøkkelpersonell, som enten kan danne grunnlaget for et eget tildelingskriterium om samarbeidskompetanse, eller utgjøre et supplement til det skriftlige tilbudet.
Valg av kontrakt og vederlagsmodell	Passer kontrakten for formålet? Det er viktig å ha tenkt gjennom om kontrakten er egnet for den ytelsen som skal leveres, og om det bør gjøres noen endringer til avtaleteksten. Det er også viktig at vederlagsformatet passer til kontrakten som er valgt. Eksempelvis vil ikke en SSA-T uten tilpasninger egne seg for en avtale på løpende timer eller målpris. Ved valg av vederlagsmodell er det viktig å tenke igjennom om man har tilstrekkelig fleksible og skalerbare prismekanismer som er egnet for utvikling og endringer. Kan man f.eks. etablere en prismekanisme som sikrer at man kan kjøpe nye moduler med tilsvarende rabatt som ble gitt på veiledede priser som for de modulene man faktisk anskaffet i konkurransen. Har man en vederlagsmodell for å håndtere nye behov og endringer i leveransen er man godt rustet for et langvarig kontraktsforhold.
Utforming av endringsregler	Er det utformet tilstrekkelig presise endringsregler? Er det tatt inn priser og prismekanismer for ulike typer ytelser (f.eks. Opsjoner) som kan tenkes å bli aktuelle?

4. ADGANGEN TIL Å INNGÅ LANGVARIGE KONTRAKTER

4.1 Innledning

Relasjonskontrakter er etter sin natur langvarige. Det tar tid å bygge opp relasjonene, og i en relasjonskontrakt er poenget også å utnytte relasjonen slik at leveransen blir best mulig. Enkelte offentlige oppdragsgivere begrenser kontraktsvarigheten på grunn av frykt for å bryte anskaffelsesregelverket. Som utgangspunkt regulerer imidlertid ikke anskaffelsesregelverket hvor lange kontrakter kan være. Unntak gjelder for rammeavtaler (hovedregel 4 år), og for konsesjonskontrakter, hvor regelen er at lengden ikke kan overstige den tiden som anses nødvendig for at leverandørene skal ha muligheten til å tjene inn sine investeringer og oppnå en rimelig avkastning. Det er heller ingen anskaffelsesrettslige hindre for å inngå en tidsubegrenset kontrakt. Svært lange eller tidsubegrensede kontrakter vil likevel kunne støte an mot det grunnleggende prinsippet om konkurranse i anskaffelsesregelverket. Som vi behandler nærmere nedenfor, er det i stor utstrekning behovet, og dermed begrunnelsen, som er avgjørende for hvor lange kontrakter kan vare.

4.2 Adgangen til å inngå tidsubegrensede kontrakter

Som nevnt over, finnes det ingen generelle regler om kontraktens varighet. EU-domstolen har likevel forutsatt at det går en grense. EU-domstolens avgjørelse i C-454/06 Presstetext gjaldt spørsmålet om oppdragsgiver, i en allerede inngått *løpende* avtale, kunne inngå en tilleggsavtale hvor oppdragsgiver frasa seg retten til å terminere avtalen i de tre neste årene. EU-domstolen uttalte at en tidsubegrenset avtale kunne hindre konkurransen, men at det ikke var noe direkte hinder i EU-retten for å inngå en

tidsubegrenset avtale. EU-domstolen er også inne på lignende betraktninger i sak C-451/08 Helmut Müller.

Selv om det ikke foreligger noe eksplisitt forbud mot tidsubegrensede kontrakter, vil det grunnleggende premisset om konkurranse sette noen grenser. Tidsubegrensede kontrakter kan derfor på et tidspunkt gå fra å være lovlig til å bli ulovlig, slik KOFA er inne på i sak 2011/65:

«Videre følger det også av EU-domstolens uttalelse i Pressetext-dommen om tidsubegrensede kontrakter og kontraktsklausuler om ikke å si opp en kontrakt i en viss tidsperiode, at selv om det på det nåværende utviklingstrinn av fellesskapsretten ikke er noe til hinder for å inngå tidsubegrensede offentlige kontrakter, så kan ikke slike kontrakter fortsette å løpe i det uendelige ...»

Selv om tidsubegrensede kontrakter derfor kan bli ulovlige på et tidspunkt, vil oppdragsgivere likevel ikke ha en plikt til å si opp slike kontrakter, med den konsekvens at unnlatt oppsigelse ikke kan likestilles med en ulovlig direkte anskaffelse. KOFA har slått fast i forente saker KOFA 2021/1132, 2021/1180, 2021/1181 og 2021/1182 i stornemnd at det ikke foreligger en plikt til å si opp ulovlig inngåtte kontrakter. Forutsetningsvis vil det heller ikke foreligge en plikt til å si opp tidsubegrensede kontrakter. Konsekvensen av å la være å si opp avtalen er altså ikke at avtalen anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i KOFAs sak 2025/0141 som nettopp handlet om en leveranse av en IT-løsning i form av en løpende kontrakt som ble fornyet automatisk uten tidsbegrensning. Klager hevdet at oppdragsgiver hadde plikt til å avslutte den løpende kontrakten, men KOFAs sekretariat avviste klagen fordi den klart ikke kunne føre frem.

Dersom oppdragsgivere skal inngå en tidsubegrenset kontrakt, er det ikke dermed sagt at en tidsubegrenset kontrakt alltid vil være lovlig. Dette avhenger av den konkrete begrunnelsen. Oppdragsgivere bør derfor utarbeide en begrunnelse for hvorfor det er nødvendig eller ønskelig med en tidsubegrenset kontrakt. I systemanskaffelser med store oppstartskostnader er det ofte krevende å forutse hva som vil utgjøre en fornuftig levetid på systemet. I slike tilfeller er det bedre med en tidsubegrenset kontrakt slik at man kan vurdere dette løpende ut fra utviklingen på området. Hvis det er mulig er det en fordel hvis begrunnelsen kan forankres i en slik betraktning som både har relevans for rammeavtalers og konsesjonskontrakters varighet, nemlig at varigheten er nødvendig for at leverandørene skal ha muligheten til å tjene inn sine investeringer og oppnå en rimelig avkastning. Alternativt kan betydelige investeringskostnader for oppdragsgiver forsvare en lengre varighet ut fra levetidsbetraktninger, og også andre investeringer på oppdragsgivers hånd. Men en lengre kontraktsvarighet kan altså også begrunnes på annen måte, se nærmere om dette nedenfor under punkt 4.4.

Etter det har gått en viss tid (for eksempel fire år) bør oppdragsgivere jevnlig vurdere om hensynet til konkurranse tilsier at det bør gjennomføres en ny konkurranse.

4.3 Lengden på kontrakter

Som nevnt over, er det ikke noen generell regel om hvor lange kontrakter kan være, og det finnes heller ikke noe forbud mot tidsubegrensede kontrakter. Dersom oppdragsgiver inngår en tidsubegrenset kontrakt, vil det etter en viss tid måtte foretas jevnlig vurderinger av om avtalen kan fortsette.

Det foreligger begrenset med praksis fra EU-domstolen knyttet til hvor lange kontrakter kan være. Det er likevel klart at lange kontrakter vil kunne være ulovlige. KOFAs sak 2010/23 gjaldt spørsmålet om en kontraktsperiode på ti år for drift av ambulansebåter var ulovlig. KOFA drøfter spørsmålet i lys av EU-domstolens avgjørelse i Pressetext og viser til at for lange kontrakter kan være i strid med grunnleggende prinsipper om blant annet konkurranse.

KOFA konkluderte i sak 2010/23 med at varigheten var for lang. I første rekke synes det å være mangler ved oppdragsgivers begrunnelse som gjorde at den lange varigheten ikke ble akseptert. KOFA vektla at det ikke var foretatt noen vurdering av kontraktens varighet, og oppdragsgiver fremla ingen dokumentasjon knyttet til anførsle om hvorfor det var nødvendig med en så vidt lang avtale.

Tilnærmingen til KOFA i sak 2010/23, om at oppdragsgiver må dokumentere valget, ble imidlertid i realiteten tilsidesatt allerede i sak 2013/66, hvor oppdragsgiver hadde inngått en kontrakt med ti års varighet. KOFA uttalte i den saken at varigheten i utgangspunktet er underlagt det innkjøpsfaglige skjønnet. Videre viste KOFA til at det var valgt en tiårsavtale med mulighet for oppsigelse med seks måneders varsel, og at begrunnelsen for en lang varighet var å redusere oppdragsgivers kostnader.

Også i sak 2015/17 aksepterte KOFA oppdragsgivers begrunnelse. Saken gjaldt anskaffelse av operasjonsslamper, og KOFA uttalte at varigheten var begrunnet i at utskiftningen måtte skje over en lenger periode for å passe den daglige driften og økonomi, behov og kapasitet. Videre viste KOFA til at det var viktig for oppdragsgiver å få en standardisering av utstyrstypen. Som det fremgår, hadde oppdragsgiver gitt en god begrunnelse for kontraktsvarigheten.

Sakene illustrerer etter vårt syn to poenger. For det første er varigheten i stor utstrekning overlatt til oppdragsgivers skjønn. For det andre er det viktig at oppdragsgiver begrunner varigheten i forbindelse om med kunngjøringen av den aktuelle anskaffelsen. Noe omfattende dokumentasjon eller underlag for vurderingene kreves neppe.

4.4 Anbefaling

Det er viktig å være klar over utgangspunktene over. Det finnes ingen eksplisitte regler for hvor lang en avtale kan være. Det er derfor viktig at oppdragsgivere ikke begrenser varigheten av kontrakten ut fra en frykt for å bryte anskaffelsesregelverket. En for kort kontrakt vil kunne føre til høyere kostnader, fordi det gir leverandørene kortere tid til å få avkastning på investeringer som foretas.

Hvor lang varighet en avtale kan ha, avhenger i stor utstrekning av den begrunnelsen som gis. Dersom kontraktsvarigheten er lenger enn fire år, bør det begrunnes hvorfor det er nødvendig eller hensiktsmessig med en langvarig kontrakt. Hverken tidsbegrensede eller langvarige kontrakter er i seg selv i strid med anskaffelsesregelverket. Begrunnelsen må utarbeides basert på de konkrete omstendighetene. For det første vil investeringskostnader kunne være relevante. Dersom en leverandør har store investeringskostnader, vil dette kunne være en relevant omstendighet. I IT-kontrakter vil investeringskostnadene likevel ofte være begrenset. Ofte vil programvaren allerede være utviklet, eller leverandøren vil få betalt for utviklingen. For det andre vil investeringskostnader på oppdragsgiverens hånd kunne være relevant. Det å skulle implementere ny teknologi krever mye av en organisasjon, og det å skulle skifte ut teknologi ofte vil kunne medføre store opplæringskostnader og andre interne kostnader. For det tredje vil også hensynet til brukerne spille inn. Utover rene investeringskostnader, vil det å skifte ut virksomhetskritiske funksjoner jevnlig kunne medføre en belastning for organisasjonen. Eksempelvis kan dette gjelde innkjøp av kommunale pasientjournalssystemer. Slike systemer har en rekke brukere, og kan ofte være komplekse, og det vil kunne være krevende å skifte ut disse jevnlig. For det fjerde kan det også tenkes at hensynet til andre brukergrupper er relevant. Eksempelvis kan dette gjelde anskaffelse av en digital kontaktplattform for brukere av helsetjenester og pårørende. Også hensynet til slike brukergrupper kan tilsi en lengre kontraktsvarighet.

En generell anbefaling er å inngå en tidsbegrenset kontrakt med mulighet for oppdragsgiver til å si opp avtalen årlig med eksempelvis seks måneders frist. Dette sikrer at oppdragsgiver gis tilstrekkelig fleksibilitet, og muligheter for å utnytte gevinstene som ligger i kontraktene. Ved valget, og den konkrete utformingen, er det viktig å ha i mente at det for leverandørene vil være en ulempe at oppdragsgiver har en oppsigelsesmulighet. Det kan derfor være hensiktsmessig at kontrakten har en minstevarighet, eventuelt at oppdragsgiver betaler et avbestillingsgebyr dersom kontrakten sies opp tidligere. Det er

heller ikke uvanlig at leverandører gis en oppsigelsesmulighet. Ofte har leverandører en slik mulighet noen år ute i kontraktsforløpet, og ofte er oppsigelsesperioden lenger enn dersom oppdragsgiver sier opp kontrakten. Særlig dersom oppdragsgiver inngår tidsubegrensede kontrakter, er det viktig at oppdragsgiver jevnlig vurderer om kontrakten skal videreføres. Oppdragsgiver bør også dokumentere at slike vurderinger er foretatt.

Et moment vi nevner i denne forbindelse er at langvarige kontrakter vil kunne øke behovet for å gjøre endringer, og dermed også risikoen for å foreta vesentlige endringer i kontrakten. Vi kommer nærmere til dette spørsmålet nedenfor i punkt 6. Et annet moment er at det ofte er en sammenheng mellom langvarige kontrakter, og innlåsnings effekter. Dette behandles nærmere nedenfor i punkt 7.

Eksempel på formulering i konkurransegrunnlag om varighet

Kontraktsvarigheten for forvaltningsfasen er planlagt en varighet som er delt i to. Først vil avtalen ha en varighet på fire år, hvor kunden kan avbestille på de vilkår som står i avtalen. Deretter vil det være en løpende avtale som vil kunne sies opp som angitt i avtalen.

[tekst som kan utfylles basert på den konkrete anskaffelsen]

Lignende formuleringer bør også inn i kunngjøringen fremfor å sette en absolutt kontraktsvarighet.

4.5 Ivaretagelse av konkurranse i markedet

Som nevnt over, har varigheten på kontrakter en side mot prinsippet om konkurranse. Vi legger imidlertid til at det er den enkelte oppdragsgiver som må foreta den konkrete vurderingen, og den rettslige vurderingen vil alltid være i tilknytning til den konkrete konkurransen. I en vurdering av om en langvarig kontrakt eller tidsubegrenset kontrakt er ulovlig, vil det etter vårt syn ha svært begrenset betydning hva andre offentlige oppdragsgivere velger å gjøre for tilsvarende kontrakter.

Lengden på kontrakter vil derimot kunne være et moment som spiller inn på deltakelsen. En antakelse er at langvarige kontrakter normalt vil kunne være mer attraktiv for større og flere aktører, fordi særlig utenlandske aktører ofte ikke vil gi tilbud i konkurranser av begrenset omfang i markeder hvor de vanligvis ikke opererer. Dersom flere oppdragsgivere velger å inngå langvarige kontrakter, vil dette kunne øke attraktiviteten til Norge som marked. Langvarige kontrakter vil også kunne gjøre det mer utfordrende for små- og mellomstore bedrifter å konkurrere om kontraktene.

Hvor lang varighet kontrakten bør ha, er et forhold som ofte bør diskuteres i en markedsdialog med aktuelle leverandører. Potensielle leverandører vil derfor ha mulighet til å gi innspill på om kontraktens påvirker deres muligheter til å gi tilbud i konkurransen.

5. EVALUERING AV FLEKSIBILITET OG EGNETHET

Som følge av at relasjonskontrakter er langvarige, vil det ofte være hensiktsmessig at kontraktsparten har den nødvendige egnetheten til å være en partner i langvarige og komplekse kontrakter, og at dette også tillegges betydning i evalueringen.

Spørsmålet er derfor hvordan oppdragsgivere kan ta hensyn til dette i evalueringen. Først og fremst vil det som det klare utgangspunktet være ulovlig å vektlegge leverandørens *generelle* erfaring med

relasjonskontrakter eller langvarige og komplekse kontrakter. Dette er forhold som må vektlegges i kvalifikasjonsfasen. Alt avhengig av hvilket marked anskaffelsen er aktuell for, kunne man for eksempel sett for seg at det ble inntatt et kvalifikasjonskrav om at leverandøren skal ha erfaring fra relasjonskontrakter. Så vidt vi er kjent med er imidlertid ikke et slikt kvalifikasjonskrav vanlig, og det vil potensielt kunne begrense konkurransen. Vårt utgangspunkt er derfor at det er bedre å oppstille et kvalifikasjonskrav knyttet til erfaring fra kontrakter om tilsvarende leveranser, og eventuelt heller bruke erfaring med relasjonskontrakter som et utvelgelseskriterium.

Det mest sentrale verktøyet for å velge riktig leverandør, vil altså være tildelingskriteriene. Det er anledning til å vektlegge leverandørens forståelse av oppdraget og hvordan leverandøren vil oppfylle forpliktelsene som en relasjonsbasert kontraktpartner under tildelingskriteriene. Andre eksempler på lovlige tildelingskriterier kan være tilbudt nøkkelpersonells kompetanse og erfaring.

I relasjonskontrakter er ofte de personlige relasjonene sentrale. Intervjuer av nøkkelpersonell vil også kunne benyttes for å vurdere egnetheten. Merk at det ikke vil være tillatt å ha «intervju» som et tildelingskriterium i seg selv, se KOFAs avgjørelse i sak [2019/588](#). Man må altså konkretisere hva intervjuet skal brukes for å evaluere. Et eksempel på et kriterium hvor intervju kan være aktuelt er et kriterium om samarbeidskompetanse. Et slikt kriterium bør normalt konkretiseres ytterligere, og eksempler på momenter kan være kommunikasjon og samhandling, motivasjon og forståelse for prosjektet, ledelse og styring, samt arbeidsprosesser og oppgavegjennomføring. Et intervju kan også utgjøre et supplement til det skriftlige tilbudet.

Eksempel på et tildelingskriterium som kan være aktuelt:

Oppdragsforståelse

Oppdragsgiver har til hensikt å inngå en relasjonskontrakt. Leverandøren skal beskrive hvordan leverandøren vil arbeide for å nå målene i relasjonskontrakten. Beskrivelsen skal inneholde:

[tekst som kan utfylles basert på den konkrete anskaffelsen]

6. FLEKSIBILITET I KONTRAKTER OG FORBUDET MOT VESENTLIGE ENDRINGER

6.1 Innledning

Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder i hovedsak prosessen frem til kontraktsinngåelse. Den etterfølgende kontraktsfasen reguleres i utgangspunktet av kontraktsretten. Et viktig unntak fra dette er anskaffelsesregelverkets reguleringer av hvilke endringer som er tillatt. For omfattende endringer i en kontrakt vil kunne anses som en ny kontrakt som ikke er kunngjort i henhold til anskaffelsesregelverket, og vil kunne representere en ulovlig direkte anskaffelse.

Relasjonskontrakter skal etter sin natur være fleksible. Denne fleksibiliteten vil kunne stå i et visst spenningsforhold til anskaffelsesregelverket. Årsaken til dette er at det i langvarige og komplekse kontraktsforhold alltid vil være en iboende risiko for at leveransen endres underveis. Videre vil naturlig nok ikke offentlige oppdragsgivere ha mulighet til å forutse den teknologiske utviklingen og alle mulige forhold som kan inntreffe i et komplekst og langvarig kontraktsforhold.

Anskaffelsesregelverkets regulering av vesentlige endringer er todelt. Anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav a til f. inneholder en uttømmende liste over nærmere beskrevne situasjoner der endringer er

tillatt. De fleste av disse beskriver spesifikke typer endringer som alltid er tillatt, mens det i § 28-1 bokstav f er en sekkepost hvor det heter at endringer som ikke er vesentlige etter § 28-2 alltid er tillatt. Anskaffelsesforskriften § 28-2 definerer deretter endringer som anses som vesentlige. Systematikken i regelverket er bygget opp slik at dersom en endring faller inn under reguleringen av lovlige endringer i § 28-1, så vil det ikke være behov for å vurdere om endringen likevel er vesentlig etter § 28-2. Endringer som ikke faller inn under et av de spesifikke typetilfellene i § 28-1, men som det ikke kan hevdes har hatt en slik innvirkning på konkurransen som angitt i § 28-2, vil betraktes som lovlige etter § 28-1 bokstav f.

6.2 Reguleringen av endringer som foretas i medhold av en endringsklausul

Når det gjelder § 28-1, om endringer som alltid er tillatt, så er det relevante unntaket i denne sammenheng endringer som foretas etter en endringsklausul som nevnt i § 19-1 annet ledd, jf. bokstav a. Andre bestemmelser vil selvsagt kunne tenkes å være anvendelige i konkrete tilfeller, men fokus vil i dette tilfellet være bokstav a.

En endring i medhold av en endringsklausul vil i utgangspunktet ikke være en endring av kontrakten, men en endring i henhold til kontrakten. Anskaffelsesforskriften § 19-1 annet ledd inneholder imidlertid skranker for hvor langt en endringsklausul kan gå. Det heter der at:

«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».

Det er med andre ord slik at endringsklausuler (og opsjoner) må ha et relativt klart innhold for at de kan benyttes for å forankre en tillatt endring. Et av hensynene bak bestemmelsen er å tvinge oppdragsgiver til å klargjøre endringsmulighetene i anskaffelsesdokumentene, slik at tilbyderne kan få en oversikt over kontraktens rekkevidde, og stille likt i konkurransen. Sett i lys av klarhetskravet må dette fremgå på en slik måte at den alminnelige oppegående tilbyder kan forstå klausulenes rekkevidde og tolke innholdet på samme måte.

Det første kravet i bestemmelsen er at klausulen må angi hva endringene kan bestå i og hvor store de kan være. Størrelsen på endringen kan for eksempel angis i form av en prosentandel av den opprinnelige kontraktsprisen, men kan også utformes på annen måte.

Det andre kravet i bestemmelsen er at klausulen må angi «*på hvilke vilkår*» oppdragsgiver kan foreta de aktuelle endringene. Ordlyden i den tilsvarende direktivbestemmelsen er at endringsklausulene skal fastsette «*betingelserne for deres anvendelse*». Ordlyden «*på hvilke vilkår*» kan etter dette forstås på to måter. For det første som et krav om at bestemmelsen skal angi hvilke vilkår som må foreligge for at oppdragsgiver kan foreta endringene, altså situasjonsbetingelsene som må være til stede for å benytte seg av endringsklausulen. For det andre som et krav om at virkningene av eventuelle endringer skal angis, altså vilkårene som skal gjelde for den aktuelle endringen. Dette kan for eksempel gjelde pris, fremdrift, levering eller andre aktuelle vilkår. Etter vårt syn er det naturlig å tolke bestemmelsen slik at begge deler må fremgå av endringsklausulen.

En rekke standardkontrakter inneholder tradisjonelle endringsregler, slik som finnes i de fleste SSA-ene kapittel 3. Til nå foreligger det ingen autoritativ avgjørelse som tar stilling til om denne typen endringsbestemmelser er forenlig med anskaffelsesregelverket eller ikke. I en eldre sak ([2014/139](#)) tok KOFA stilling til endringsbestemmelsene i NS 8406.

KOFA uttalte at denne typen endringsregler vil kunne stå i et «spenningsforhold» til anskaffelsesregelverket. Hvorvidt denne typen endringsregler tilfredsstiller anskaffelsesregelverket,

avhenger nok også av hvilken type endring det er tale om og hvilke prismekanismer man har tilgjengelig for slike endringer i henhold til kontrakten. Dersom en endring i medhold av slike åpne endringsregler krever en fri reforhandling av vederlaget vil det neppe være en lovlig endringsregel.

I langvarige relasjonskontrakter vil ytelsen i stor utstrekning kunne endres, både på grunn av endret behov og teknologisk utvikling. EU-kommisjonen peker i fortalen til anskaffelsesdirektivet (direktiv 2014/24/EU) på at endringsregler kan ta hensyn til teknologisk utvikling:

«It should consequently be clarified that sufficiently clearly drafted review or option clauses may for instance provide for price indexations or ensure that, for example, communications equipment to be delivered over a given period continues to be suitable, also in the case of changing communications protocols or other technological changes.»

For offentlige oppdragsgivere er det nær sagt umulig å forutse hvilke teknologiske endringer som kan forekomme. Det er også begrensede muligheter for å forutse hvordan behovene til offentlige oppdragsgivere kan endre seg. Av denne grunn er det naturlig nok også utfordrende å skulle utarbeide tilstrekkelig presise endringsklausuler. Vår anbefaling er at man bruker god tid på dette, og tenker grundig igjennom hvordan kontrakten vil kunne utvikle seg, og hvilke endringer det kan bli behov for, samt bruker god tid på å utforme endringsklausulene.

6.3 Reguleringen av vesentlige endringer etter § 28-2

Anskaffelsesforskriften § 28-2 om vesentlige endringer fastsetter at en endring ikke er tillatt dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. Bestemmelsen lister deretter opp tilfeller hvor en endring alltid vil være å anse som vesentlig og dermed forbudt å gjennomføre.

«En endring er ikke tillatt [...] dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. En endring er alltid vesentlig dersom den

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

Utgangspunktet for en vesentlighetsvurdering etter § 28-2 er en sammenligning av kontrakten med og uten endringer.

En endring er for det første vesentlig dersom den potensielt kunne påvirket markedsdeltagelsen eller dersom oppdragsgiver i den konkrete konkurransen ville kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør dersom endringen var en del av den opprinnelige konkurransen (bokstav a). Ordlyden «potensielt» illustrerer at terskelen er lav. Resultatet vil bero på en konkret vurdering. Når det vurderes om markedsresponsen kan ha blitt påvirket må det foretas en konkret vurdering av innholdet i kontrakten og aktørene i markedet. I praksis har også KOFA også antydnet at det kan ha betydning for vurderingen «*hvorvidt endringen har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige avtalen*» jf. KOFA's avgjørelse i sak 2012/119, jf. også sak 2016/196.

En endring anses videre som vesentlig dersom den økonomiske balansen endres til fordel for leverandøren (bokstav b). Dersom oppdragsgiver for eksempel får en høyere risiko etter endringen, eller

dersom leverandøren mottar en høyere betaling uten en tilsvarende høyere risiko, vil dette være momenter som taler for at endringen anses som vesentlig.

Når det gjelder hva som utgjør en betydelig utvidelse av kontraktens omfang (bokstav c), vil vurderingen trolig måtte bero på både en vurdering av verdien av endringen (kvantitativ endring) og arten av endringen (kvalitativ endring). Hva som må forstås som «betydelig» vil avhenge av den konkrete kontrakten, opprinnelig avtalt kontraktsverdi og verdien av selve utvidelsen. Det er sentralt at dette alternativet ikke primært er begrunnet ut fra hensynet til deltakerne i den opprinnelige konkurransen, men skal sikre at etterfølgende behov for nye anskaffelser blir gjort til gjenstand for konkurranse.

Dersom endringen innebærer kjøp av noe kvalitativt annet enn den opprinnelige kontrakten, skal det i utgangspunktet lite til for at endringen anses som vesentlig. En kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med kontrakten har altså betydning også her. For at endringene skal anses å utgjøre kvalitativt det samme må endringen være en naturlig forlengelse av kontrakten. Det motsatte er tilfelle dersom endringen bringer inn helt nye varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider i avtaleforholdet.

Hva angår den kvantitative vurderingen er det rettslig usikkerhet knyttet til vurderingen. Praksis er begrenset og da enkeltsaker gjelder et konkret faktum og konkret vurdering er det svært vanskelig å si noe generelt om hvor grensen for kvantitative endringer går. I EU-domstolens sak C-160/08, som gjaldt ambulansetjenester, var kontraktens verdi på 4,45 millioner euro per år (ca. 35 millioner kroner på tidspunktet). Utvidelsen i form av et tilleggsområde for tjenesten hadde en verdi på ca. 5,4 millioner euro, som utgjorde ca. 15 %, mens den geografiske utvidelsen representerte 25 %. Domstolen konkluderte med at utvidelsen av kontrakten utgjorde en vesentlig endring av den opprinnelige kontrakten, og skulle ha vært kunngjort tråd med anskaffelsesregelverket.

Samtidig har man, i alle fall i Norge, eksempler på at man i praksis tidvis tillater tidvis relativt store prosentvise endringer, der ytelsen kvalitativt gjelder det samme. KOFAs sak 2010/212 gjaldt et tilfelle hvor man under en kontrakt om laboratoriestyr i form av blant annet analysemoduler hadde anskaffet tre nye moduler. Hvilken endringsprosent dette representerte fremgår ikke eksplisitt, men endringen syntes å ha økt årlige utgifter 20 %, og de årlige serviceutgiftene med 56 %. ³ KOFA vektla at *«avtaleforholdet mellom partene ikke er utvidet verken i tid eller med nye former for tjenesteytelser, og at løsningen fremstår som hensiktsmessig og i tråd med lovens formål, kommet til at det ikke foreligger en vesentlig endring av avtaleforhold mellom partene i foreliggende sak»*. KOFA gikk altså langt i å tillate endringen, og avgjørelsen må si å være relativt oppdragsgivervennlig.

Det er verdt å nevne at praksis knyttet til hvor større prosentvise endringer som anses lovlige ofte ser ut til å ha en sammenheng med at det i saken var *«forståelig»* at behovet for endring har oppstått, uten at oppdragsgiver kunne forutse dette eller finne andre gode løsninger, eksempelvis ved langvarige kontrakter hvor et slikt behov for endringer er vanskelig å forutse. Momenter i vesentlighetsvurderingen vil derfor også kunne være om behovet for endring skyldes eksterne forhold som partene ikke har innflytelse på, som for eksempel lovpålagte endringer som partene er forpliktet til å etterleve.

Etter vårt syn kan det også ha en viss betydning at det finnes en endringsklausul i kontraktsdokumentene, selv om disse ikke skulle utgjøre endringsklausuler som er presist nok utformet til å falle inn under hjemmelen i § 28-1 bokstav a. Det er også i juridisk teori tatt til orde for at en endringsklausul kan få betydning som et moment i helhetsvurderingen av hva som utgjør en vesentlig endring.⁴ I slike tilfeller er det antatt at tilbyderne også ved en vid og uspesifisert endringsklausul har fått en pekepinn om at

³ Innklagede hadde opplyst at de årlige serviceutgiftene før de nye modulene ble installert var 395 820 kroner, og at serviceutgiftene knyttet til de tre nye instrumentene utgjør en økning på 222 549 kroner årlig. De årlige utgiftene knyttet til forbruksmateriell før de nye instrumentene ble installert var ca. 16 millioner kroner, mens utgiftene etter installeringen var 19 millioner kroner i 2009 og 20 millioner kroner i 2010.

⁴ Anders Thue og Anne Buan mfl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer* 2. utgave (2018), side 1024, note 496. 7

endringer kan forventes.⁵ Praksis har også i noen grad fulgt dette opp, se nærmere om dette rett nedenfor. Selv om formålet bak begrensningen som nevnt også er å sikre konkurranse vil i alle fall en endringsklausul representere større grad av forutsigbarhet, og dermed noe konkurranse om kontrakten, enn der hvor det overhodet ikke er inntatt slike reguleringer.

6.4 Nærmere om endringer i langvarige IT-kontrakter

Det finnes begrenset med praksis knyttet til endringer i IT-kontrakter. Et eksempel er KOFAs sak 2017/162, som gjaldt anskaffelse av en systemløsning på lønns- og personalområdet. I den aktuelle saken ble kontrakten inngått allerede i år 2000. En rekke forhold ble påklaget, men flere av anførselene ble vurdert til å være for sent fremsatt. Blant annet ble det anført at avtalen var vesentlig utvidet ved at det ble kjøpt et stort antall nye lisenser knyttet til programvareløsningen. Om dette uttalte KOFA:

«Formålet med anskaffelsen var ifølge konkurransegrunnlaget å «etablere og innføre en ny og fremtidsrettet løsning innen lønns- og personalområdet for skattefogdkontorenes kunder.» Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget at det først skulle gjennomføres et pilotprosjekt, og deretter ville «Skattedirektoratet på grunnlag av utprøving og erfaringer fra pilotprosjektet ta initiativ til et hovedprosjekt for videre innføring av systemløsningen hos de virksomheter som ønsker å delta». Det var også angitt at løsningen ville etableres og innføres over mange år, og ville være en sentral del av håndteringen av lønns- og personalområdet innen en stor del av statlig virksomhet. I tillegg var et av tildelingskriteriene i konkurransen leverandøren som langsiktig samarbeidspartner.

Anskaffelsen gjaldt dermed en kontrakt som skulle være langvarig og fremtidsrettet. Anskaffelsen var lagt opp på en slik måte at økningen i antall lisenser ville være en følge av et vellykket pilotprosjekt.

Klagenemnda finner derfor ikke grunnlag for å anta at økningen i antall lisenser representerer en vesentlig endring av kontrakten.»

KOFAs avgjørelse går i liten grad inn i sakens faktum. Det er heller ikke helt klart hvilken bestemmelse KOFA drøfter etter i vurderingen av hvorvidt det foreligger en vesentlig endring eller ikke. Det synes likevel som om KOFA foretar en bredere vurdering i tråd med bestemmelsen i § 28-2, og kommer til at endringen i seg selv ikke er vesentlig. Det er likevel interessant at KOFA i stor utstrekning legger vekt på uttalelser i konkurransegrunnlaget om at løsningen skulle være langvarig og fremtidsrettet som begrunnelse for at det ikke forelå en vesentlig endring.

KOFA er også inne på lignende betraktninger i sak 2023/862 som gjaldt en tilleggsavtale til et oppvekstadministrativt system for skole, barnehage og SFO. Det var tale om en tilleggsavtale som ble inngått som en endring til den opprinnelige kontrakten, og medførte ny funksjonalitet og noe endrede priser. Det var tale om en relativt liten økning i nominelt beløp, men en stor prosentmessig økning. Bakgrunnen for endringen var at oppdragsgivers behov hadde endret seg. Klagenemnda kom til at bestemmelsene om endringer i konkurransegrunnlaget ikke tilfredsstilte klarhetskravene:

«Etter klagenemndas vurdering oppfyller formuleringene brukt i konkurransegrunnlaget, og i avtalen med valgte leverandør, jf. avsnitt (15) og (16) ikke kravene til en lovlig endringsklausul i forskriften § 19-1 (2). Formuleringene brukt i konkurransegrunnlaget og i avtalen med valgte leverandører er svært vide og vilkårene for eventuelle endringsavtaler og tillegg er ikke angitt. Etter nemndas syn har innklagede kun gitt uttrykk for at systemet som skulle anskaffes måtte kunne tilpasses senere utvikling, og at dersom behov for slike tilpasninger skulle inntreffe eller

⁵ Ibid.

det skulle oppstå behov for nye applikasjoner, kunne det bli anmodet om en endringsavtale eller et tillegg».

KOFA kom med andre ord til at en helt generell endringsbestemmelse som i realiteten ikke sier annet enn at endringer kan komme, ikke er tilstrekkelig.

KOFA drøftet deretter om endringen medførte en vesentlig endring etter § 28-2 bokstav a, b eller c.

Hva gjaldt spørsmålet om bokstav a, det vil som om deltakelsen eller konkurransen kunne ha vært en annen, uttalte KOFA:

«Innklagede la i konkurransen fra 2017 opp til å videreutvikle og inkludere nye funksjonaliteter i løsningen, noe som i seg selv gjør at det ikke kunne komme helt uventet på leverandørmarkedet at innklagede kunne ønske ny funksjonalitet før avtalens utløp. Tjenestene som leveres under tilleggsavtalen står videre i nær og naturlig sammenheng med tjenestene som leveres under hovedkontrakten.»

Når det gjaldt spørsmålet om bokstav b, det vil si endring av den økonomiske balansen, hadde KOFA ingen holdepunkter for at endringen innebar noen endring i den økonomiske balansen. Hva gjaldt spørsmålet om bokstav c, det vil si om tilleggsavtalen innebar en betydelig utvidelse, foretok KOFA en konkret vurdering av dette spørsmålet. KOFA vektla at den nominelle økningen var lav, og at tilleggsavtalen innebar besparelser for oppdragsgiver. Videre hadde også tilleggsavtalen begrenset varighet.

Helt til slutt uttalte KOFA følgende:

«Selv om ikke det er teknisk umulig å la en annen leverandør levere disse tilleggstjenestene, har klagenemnda også forståelse for at det vil kunne føre til ikke-ubetydelige tekniske og administrative vanskeligheter for brukerne av systemet (både ansatte og foreldre/foresatte) å måtte forholde seg til flere ulike systemer med tilhørende grensesnitt. Det vil gjøre administrasjon enklere i praksis med ett enkelt system med ett felles grensesnitt, samt redusere mulige feilkilder og ulempe for brukere. Det vises i denne sammenhengen også til at systemet behandler svært sensitive personopplysninger, der det er særlig viktig å unngå grensesnittsproblematikk med påfølgende risiko for feil og avvik.»

Det er uklart hvilken betydning dette har for avgjørelsen. Strengt rettslig er slike betraktninger ikke direkte relevante i vurderingen av om en endring er vesentlig etter § 28-2.

Etter vårt syn gir avgjørelsen uttrykk for en relativt pragmatisk holdning fra KOFA når det gjelder endringer i langvarige IT-kontrakter. KOFA synes å vise forståelse for at det i langvarige IT-kontrakter vil kunne være nødvendig med visse endringer, og at det naturlig nok ikke er mulig å forutse enhver endring som det vil kunne være behov for.

6.5 Særlig om betydning av vederlagsmodellen for spørsmålet om man står overfor en endring

Valg av vederlagsmodell vil ha stor betydning for vurderingen av om det foreligger en vesentlig endring eller ikke. Forbudet mot vesentlige endringer rammer blant annet vesentlige utvidelser av kontrakten. I en kontrakt på *fastpris* vil en utvidelse av kontraktens omfang i form av prisøkning relativt raskt kunne utgjøre en ulovlig vesentlig endring. I en kontrakt på *løpende timer* eller *målpris*, vil derimot en økning av en estimert pris, målpris eller lignende ikke nødvendigvis utgjøre en endring av kontrakten. I slike tilfeller ligger det i kontraktens natur at omfanget er usikkert, og det skal derfor mer til for at en høyere endelig pris kan anses som en endring.

6.6 Tips til hvordan utforme gode endringsregler

6.6.1 Innledning

Som nevnt over, vil endringsregler ha betydning i to sammenhenger. For det første vil en endringsklausul som tilfredsstiller klarhetskravene i § 19-1 alltid være lovlig å gjennomføre. Da er det ikke tale om en endring av avtalen som sådan, men en endring i henhold til avtalen. For det andre vil bestemmelser som ikke tilfredsstiller kravene, likevel kunne påvirke vurderingen av om det foreligger en vesentlig endring.

Generelt anbefaler vi at man bruker god tid på å utforme endringsklausuler. Man bør tenke grundig igjennom hvordan kontrakten vil kunne utvikle seg, og hvilke endringer det kan bli behov for. Videre bør man bruke god tid på å utforme endringsklausulene, slik at de både kan fungere for de endringsbehov som kan oppstå, samt oppfylle de rettslige føringer som stilles til slike endringsklausuler.

6.6.2 Eksempler på lovlige endringsregler

Etter det vi kjenner til er det begrenset med tilfeller hvor endringsregler har blitt ansett som tilstrekkelig presise. Et eksempel er lagmannsrettens dom i LE-2022-141058. Saken gjaldt anskaffelse av protonterapiutstyr, som benyttes i kreftbehandling.

I saken var det inntatt en bestemmelse i kontrakten som følger:

«The latest product version at delivery time shall be delivered and installed.»

Lagmannsretten uttalte at det var tale om en teknisk kompleks leveranse hvor det ofte ville gjøres spesifikke kundetilpasninger og at det ville ta tid fra signering til installering og levering. Videre påpekte lagmannsretten at det ofte ville skje teknologisk utvikling frem mot levering.

Denne faktiske situasjonen, sammenholdt med bestemmelsen om at siste versjon skulle leveres, utfordret etter lagmannsrettens syn ikke klarhetskravet. Lagmannsretten mente at det ikke kunne stilles krav til hvor grensene går, det vil si når det var tale om et nytt produkt, og ikke bare en ny versjon.

Hvis de endringsbehovene som vil kunne oppstå er mulig å definere presist, både hvilken konkret situasjon som gir grunnlag for endringen, og hva endringen konkret skal gå ut på, vil endringsklausulen som utgangspunkt være lovlig. Etter vårt syn kan kravene til forutberegnelighet likevel ikke strekkes så langt at det ikke gis rom for fleksibilitet. Etter vårt syn er klarhetskravet overholdt så lenge tilbyderne i rimelig utstrekning kan forutse hvilke endringer som oppdragsgiver kan foreta i medhold av endringsklausulen, og at partenes forhandlingsrom er begrenset med hensyn til gjennomføringen av endringene. Et eksempel på en endringsmekanisme som – forutsatt at den i det konkrete kontraktsforholdet oppfylle disse rettslige føringene - etter vårt syn trolig er lovlig er:

Endring av avtalen

Kunden kan utstede en endringsordre for å endre leveransen som angitt innenfor bilag 1 og 2 forutsatt at endringen ligger innenfor hva partene med rimelig grunn kan ha forventet da avtalen ble inngått.

En endring kan være et resultat av endringer i funksjonalitet/standardvilkårene hos leverandørens løsning som medfører at det må gjøres endringer i leveransen for å oppnå avtalt funksjonalitet.

Når partene skal fastsette de prismessige konsekvensene av en endring, skal dette skje på en måte som reflekterer de faktiske kostnadene og eventuelle besparelser som endringen medfører for leverandøren. Partene skal ta utgangspunkt i de priser, satser og kalkyler som fremgår av avtalen, og eventuelt supplere med dokumenterte kostnader dersom dette er nødvendig for å oppnå et korrekt og rimelig resultat.

Dersom partene ikke blir enige om de prismessige konsekvensene før endringen må iverksettes, skal leverandøren likevel gjennomføre endringen dersom oppdragsgiver krever det. I slike tilfeller skal leverandøren dokumentere sine merkostnader, og partene skal i ettertid forhandle om endelig vederlag basert på de prinsippene som er angitt ovenfor.

Følgende skal ikke anses som en endring:

Økning eller reduksjon av tjenester som er priset på faktisk forbruk

Bestilling av standard- eller tilleggstjenester som er listet i leverandørens tjenestekatalog

Opsjoner som angitt i [...]

Et annet eksempel kan være i et tenkt tilfelle hvor oppdragsgiveren skal anskaffe en elektronisk pasientjournal hvor vederlaget som utgangspunkt er fastprisbasert, men som likevel skal kunne skaleres til å benyttes av flere brukere. Da vil det kunne være fordelaktig å ta inn en bestemmelse om at «*Skalering av antall brukere innenfor et [nærmere angitt intervall] skal ikke anses som en endring*». Hvis vederlagsmodellen også fastsetter konsekvensene av en slik skalering, skal det mye til før det er tale om en ulovlig vesentlig endring.

Et tredje eksempel kan være:

Leverandøren skal holde leveransen kontinuerlig oppdatert med hensyn til funksjonalitet, sikkerhet og ytelse. Oppdragsgiver har rett til å få levert ny funksjonalitet som leverandøren utvikler underveis i kontraktsforholdet.

Et eksempel på formulering i konkurransegrunnlaget for å synliggjøre endringsbehovet er:

Tjenestene innenfor slike plattformer er i konstant utvikling. Dette gjør det vanskelig å oppstille en komplett kravspesifikasjon på forhånd. Den endelige kravspesifikasjonen og integrasjoner med interne og eksterne systemer vil bli diskutert i konkurransen og gjennom kontraktsperioden innenfor rammene av anskaffelsesregelverket.

Et fjerde eksempel som er benyttet for ulike «as-a-service»-tjenester er:

De ulike PaaS og IaaS-tjenestene tilbuds under rammeavtalen, vil benyttes som byggeklosser av oppdragsgiver i realisering av relevante deler av samfunnsoppdraget. Markedet for allmenne PaaS og IaaS og relaterte tjenester er som kjent i rask og konstant utvikling og endring med nye tjenester som kommer til og eksisterende tjenester som avsluttes. Samtidig er det vesentlig for oppdragsgiver at vi gradvis, og over tid, kan bygge løsninger basert på eksisterende, endrede og nye tjenester i samme skyplattform. Dette karakteristika ved tjenesten som anskaffes gjør det umulig for oppdragsgiver å fastsette en uttømmende liste over hvilke konkrete PaaS og IaaS-tjenester fra valgt skyplattform som vil bli avropt over avtalen. Dette forhold, sammen med produsentenes ulike avtalemodeller, prismodeller og leveransemodeller gjør det også nødvendig å kunne gjøre endringer i avtaleutkast, konkurransegrunnlag, kravspesifikasjon og prisscenario underveis i konkurransen før det bes om endelige tilbud innenfor rammene av anskaffelsesregelverket.

Tilgang til skyplattformens til enhver tid gjeldende tjenestekatalog i kontraktsperioden er nødvendig for at oppdragsgiver skal kunne sette sammen den optimale tjenestesammensetningen innenfor den tilbudte skyplattformens “økosystem” slik de tilbys globalt for alle kunder. Det presiseres derfor at all utvikling og innovasjon av tjenester som er nært relatert til, eller erstatter, det beskrevne omfanget på denne avtalen er omfattet.

For å oppnå den fleksibiliteten som det legges opp til her er det naturligvis avgjørende at man i tillegg har prismekanismer som gjør at leverandøren må opprettholde det prisnivået de tilbyr i konkurransen gjennom hele avtaleperioden. Dette kan f.eks. sikres gjennom timepriser for konfigureringsarbeid eller bindende rabatt på de til enhver tid offisielle prisene hva gjelder PaaS og IaaS. Det er også viktig at konkurransen er representativt for det som skal kjøpes. Slike prismodeller vil kunne være mer krevende å bruke i markeder hvor prisene ikke er like transparente.

6.6.3 Eksempel på endringsregler som ikke er tilstrekkelig

Nedenfor har vi tatt inn eksempler fra praksis på bestemmelser som i praksis har blitt vurdert til ikke å tilfredsstille klarhetskravene.

I KOFAs sak [2023/1223](#) ble det slått klart fast at en bestemmelse om at «*videre arbeid med å utvikle konseptet*» ikke var tilstrekkelig.

I KOFAs sak [2023/862](#) var det inntatt en generell bestemmelse om at «*Dersom Kunden etter at avtalen er inngått, har behov for å endre kravene til tjenesten eller andre forutsetninger for avtalen på en slik måte at tjenestens karakter eller omfang blir annerledes enn avtalt, kan Kunden anmode om en endringsavtale.*»

Videre var det angitt at «*Helt nye applikasjoner som IST utvikler og som går utenom kravene i kravspesifikasjonen vil i noen tilfeller leveres som et tillegg*»

KOFA viste til at endringsbestemmelsene var svært vide, og at vilkårene for endringene ikke var angitt. Dette var derfor ikke tilstrekkelig til å oppfylle klarhetskravet. Det var heller ingen prismekanismer for denne typen tillegg.

6.7 Tips til bestemmelser som bør tas med

Som nevnt over, vil det kunne ha betydning at det tas inn bestemmelser som viser at kontrakten skal være langsiktig og fleksibel.

I lys av dette, vil det ofte være hensiktsmessig å ta inn bestemmelser som kan minne om følgende:

Kontrakten er langvarig, og oppdragsgiver er opptatt av å hente ut gevinstene som ligger i en langvarig relasjonskontrakt. Den teknologiske utviklingen er usikker, og partene skal sammen samarbeide for at løsningen til enhver tid er moderne og treffer oppdragsgivers skiftende behov.

6.8 Endringer av eksisterende kontrakter

En rekke oppdragsgivere kan tenkes å ha inngått langvarige kontrakter allerede, og at det er ønskelig å endre disse til å bli mer relasjonsbaserte. Hvorvidt dette er mulig, avhenger av innholdet i den enkelte kontrakt. Det er likevel mulig å skissere enkelte utgangspunkter.

Normalt vil det være uproblematisk å bli enige med partene om økt møtehyppighet, mer samhandling, økt fokus på løsninger av konflikter mv.. Endringene av denne typen karakter vil normalt neppe ses på som en vesentlig endring som følge av at det er liten grunn til å anta at deltakelsen eller utfallet kunne ha vært et annet dersom disse forholdene hadde vært kjent på kunngjøringstidspunktet. Forutsetningen er at den økonomiske balansen ikke endres til fordel for leverandøren. Hvis leverandøren får økt betaling som følge av endringene kan dette bli en problemstilling, men det er ikke slik at enhver økning av vederlaget anses som en endring i avtalens økonomiske balanse. De rettslige grensene her er imidlertid uavklart. Endringene vil også ivareta oppdragsgivers interesser, og så fremt en eventuell økning i vederlaget er marginal, mener vi at forbudet mot endring av avtalens økonomiske balanse i leverandørens favør ikke kommer til anvendelse.

Et annet eksempel som er mer i grenseland, vil være tilfeller hvor ytelsens karakter endres. Eksempelvis kan det tenkes at partene har en kontrakt hvor leverandøren jobber på sine egne kontorer med videreutvikling av en løsning som benyttes på et sykehus. Fra kundens side er det ønskelig at leverandøren i større grad arbeider ute på sykehuset, for å snakke og ha kontakt med brukerne av tjenesten. En slik løsning vil kunne tenkes å innebære en vesentlig endring dersom det ikke finnes anvendelige prismekanismer, og leverandøren krever mer betalt for slikt arbeid, og hvor økningen i vederlag er av en viss størrelse. Her ser man igjen et eksempel på at om man hadde vært forutseende allerede ved inngåelse av avtalen kunne man ha avtalt priser for arbeid på sykehuset.

Et ønske om å endre kontrakten i mer relasjonell karakter, må derfor vurderes konkret. Endringer i samarbeidsform vil normalt være uproblematisk. Endringer i innholdet i ytelsen, det å legge til nye ytelser som det ikke finnes prismekanismer mv., vil derimot kunne være mer problematisk.

6.9 Kort om forholdet mellom rammeavtaler og alminnelige kontrakter

En relasjonskontrakt vil ofte ha innebygget fleksibilitet. En utfordring med for stor fleksibilitet, er imidlertid at det kan føre til at avtalen rettslig sett må karakteriseres som en rammeavtale, hvor særlig begrensningen om at rammeavtaler normalt ikke kan ha en varighet utover fire år vil være problematisk.

En rammeavtale er i forskriften § 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».

Det finnes generelt lite praksis knyttet til grensen mellom rammeavtaler og alminnelige avtaler. Et av få eksempler er KOFAAs avgjørelse i sak 2015/17, som er omtalt ovenfor. Saken gjaldt som nevnt anskaffelse av operasjonslamper. Det var ikke angitt et spesifikt antall lamper, men gitt et cirka-overslag.

I vurderingen av om det forelå en rammeavtale, uttalte KOFA kort at klager ikke hadde begrunnet nærmere hvorfor det var tale om en rammeavtale, og at avtalen ikke hadde kjennetegnene til en rammeavtale.

Normalt vil det være relativt kurant å skulle vurdere hvorvidt det er tale om en rammeavtale eller en alminnelig kontrakt. Det finnes imidlertid flere kontraktstyper som kan være vanskelige å klassifisere. For eksempel kan en i utgangspunktet alminnelig kontrakt inneholde en rekke opsjoner i tillegg til en hovedleveranse. Hvis hovedleveransen er liten og opsjonene relativt mye større, er det vanskelig å se at dette skiller seg mye fra en rammeavtale. Eksempelvis kan dette være tilfellet hvor en kontrakt inneholder en begrenset fast del av en leveranse, mens oppdragsgiveren har mulighet til å kjøpe konsulenter på timer, og at dette skal kunne skje i et stort omfang.

7. INNLÅSNING

7.1 Innledning

Innlåsningseffekter er en velkjent utfordring i offentlige kontrakter. Innlåsningseffekter kan oppstå av ulike grunner, og ha ulike grader, men har det til felles at ulempene og kostnadene ved et bytte av leverandør skaper en binding til leverandøren. Generelt sett er det en fordel om man kan klare å unngå innlåsningseffekter, men i noen tilfeller vil innlåsningseffekter være umulig å unngå, for eksempel der man bygger opp et IT-system i en skyleverandørs plattform. I slike tilfeller vil man i praksis være bundet til denne skyleverandørens plattform. Om man i en slik situasjon eier selve IT-systemet selv, som gjerne utgjør den største kostnaden, er en slik innlåsningseffekt ikke nødvendigvis et stort problem. Det er nemlig ikke slik at innlåsningseffekter er noe man for enhver pris bør unngå. Som nevnt oppstår det regelmessig innlåsningseffekter i langvarige kontraktsrelasjoner. Fordelene ved kontraktsrelasjonen kan likevel oppveie ulempene ved innlåsningseffektene som oppstår.

Innlåsningseffekter aktualiserer også enkelte rettslige utfordringer, som behandles nedenfor.

7.2 Nærmere om spørsmålet

De rettslige utfordringene med innlåsningseffekter aktualiseres gjerne ved utløpet av en eksisterende kontrakt. Spørsmålet som ofte oppstår, er om oppdragsgiveren kan gjennomføre en direkteanskaffelse med eksisterende leverandør. Som nevnt er det ikke slik at man bør unngå innlåsningseffekter for enhver pris. Det er heller ikke slik at anskaffelsesreglene er lagt opp med henblikk på å sikre at innlåsningseffekter ikke skal oppstå. Utfordringene ved innlåsningseffekter må altså avgjøres ut fra de generelle anskaffelsesrettslige reglene. Her kan nevnes reglene om tekniske spesifikasjoner (som i utgangspunktet forbyr henvisning til spesifikke produkter mv.), samt unntaket for direktekjøp.

Unntaket for direktekjøp var oppe til behandling i EU-domstolens avgjørelse i sak C-578/23. Det tsjekkiske finansdepartementet tildelte IBM en kontrakt i 1992 om å utvikle et informasjonssystem for de tsjekkiske skattemyndighetene. I 2016 tildelte etterfølgeren til departementet IBM en kontrakt om vedlikehold av systemet gjennom en ikke-kunngjort prosedyre. Valget ble begrunnet med krav om teknisk kontinuitet og IBMs eksklusive opphavsrett til systemets kildekode.

EU-domstolen uttalte at oppdragsgivere må treffe alle *rimelige* tiltak for å unngå å komme i en eneleverandørsituasjon. Dersom det er oppdragsgiver selv som er årsaken til eneleverandørsituasjonen, vil ikke direktetildeling uten konkurranse være lovlig. Videre la EU-domstolen til grunn at ikke bare omstendigheter ved inngåelsen av den opprinnelige kontrakten er relevante.

Så vidt vi forstår dommen, var det eneste oppdragsgiveren hadde gjort i perioden fra 1. mai 2004 (da Tsjekkia ble EU-medlem) til 2016, å forsøke å kjøpe opphavsrettighetene til kildekoden fra IBM. Oppdragsgiver hadde altså ikke vurdert andre alternativer, som både den nasjonale domstolen og Generaladvokatens forutsetter var til stede: Generaladvokaten fremhevet at *«I lyset af tilstanden af eksklusivitet, som havde været i årtier, burde den have truffet foranstaltninger til at frigøre sig fra afhængigheden af leverandøren ved at indhente tilbud fra andre operatører, hvilket den ikke synes at have gjort. Dette fastslås af den forelæggende ret (37), hvis konklusion jeg atter er enig i.»* Note 37 viser til foreleggelseskjennelsen, og at denne er gjengitt i avsnitt 55.

I avsnitt 55 står det: *«Mellem 1992 og 2016 kunne [generaldirektoratet] (eller dets retlige forgænger) enten have forhandlet nye kontraktvilkår for ophavsrettigheder på en sådan måde, at de kunne have tildelt de offentlige kontrakter vedrørende ADIS under en af de mere åbne udbudsprocedurer, eller være begyndt at tildele kontrakter til et nyt IT-system, selv på bekostning af midlertidigt øgede udgifter, hvilket kunne have sparet penge på lang sigt.»*

Vi har her gjengitt såpass mye av saken for å vise at det ikke synes å være en urimelig høy standard som legges til grunn. Man må konkret vurdere de ulike alternativene man har, og eventuelt begrunne hvorfor de ikke er aktuelle. Det er imidlertid viktig å ha med seg at vurderingen ikke utelukkende handler om tidspunktet for gjennomføringen av den nye konkurransen, og at også det man eventuelt kunne gjort tidligere vil kunne være relevant.

8. VALG AV LEVERANSEMODELL OG BETYDNING FOR KONTRAKTSOPPFØLGINGSBEHOV

I dagens marked finnes det en rekke ulike leveransemodeller. Et grunnleggende skille går mellom der hvor oppdragsgiveren kjøper lisenser direkte fra produsenten eller en forhandler/systemintegrator. En annen mulighet er å inngå kontrakt med en partner/systemintegrator som deretter dekker behovet for programvareforvaltning. Det finnes også en rekke ulike kombinasjoner, eksempelvis at leverandøren forvalter lisenser som oppdragsgiveren har kjøpt inn,

Det går likevel et grunnleggende skille mellom i tilfellene hvor en oppdragsgiver forholder seg til en systemintegrator eller de tilfeller hvor kunden forholder seg direkte til programvareprodusent eller reseller som leverer programvaren.

I de tilfellene hvor oppdragsgiver inngår kontrakt med en systemintegrator/forvalter, vil det nettopp være denne oppdragsgiver forholder seg til. Det vil derfor være mer utfordrende å etablere en nær relasjon til produsentene. Normalt sett vil forhandler/systemintegratoren følge opp produsentene av programvaren.

Dette er naturligvis annerledes i de tilfellene hvor det inngås en kontrakt med en produsent. Da vil det ofte være behov for at Kunden selv tar større ansvar for kontraktsoppfølging enn hva som gjelder for en kontrakt med en forvalter/systemintegrator.

9. VALG AV VEDERLAGSMODELL OG KONTRAKT

Helt sentralt i kontrakter er valg av vederlagsmodell. Dette påvirker dels hva som utgjør en endring, og hvilke endringer som kan gjøres underveis, og er også styrende for kontraktsoppfølgingen og hva som

potensielt utgjør et mislighold under en kontrakt. Dermed vil valg av vederlagsmodell også påvirke hvilke sanksjoner som kan gjøres gjeldende. Vederlagsmodellen har også betydning for hvilke incentiver partene får.

Det er altså svært viktig å ha et bevisst valg av vederlagsmodell. Dette gjelder særlig i kontrakter hvor det er mye utviklingsarbeid, hvilket ofte er tilfellet i langvarige relasjonskontrakter.

Ytterpunktene for vederlagsmodeller vil på det ene siden være fastpris, og vederlag for løpende timer på den andre siden. Risikoen for leverandøren er størst ved fastpris og lavest ved løpende timer.

Innenfor disse ytterpunktene finnes det en rekke varianter. Eksempelvis er det i utviklingskontrakter ikke uvanlig med målprismodeller, som innebærer en deling av risikoen hvor leverandøren får en bonus hvis arbeidet utføres rimeligere enn forventet, og får lavere betalt dersom målprisen overskrides.

Andre modeller vil også kunne tenkes, eksempelvis at det etableres et fond (hvor også deler av betalingen til leverandøren settes inn) som kan benyttes til å håndtere utfordringer underveis. Brukes det ikke av fondet, kan fondet betales ut til leverandøren.

Ofte vil det kunne være hensiktsmessig med en form for risikodeling av vederlaget i en relasjonskontrakt. Dersom partene deler både oppsider og nedsider, vil dette normalt gi et bedre insentiv til samarbeid. Anskaffelsesregelverket setter ikke noen begrensninger for valg av vederlagsmodell som sådan så lenge bruken av den følger av kontrakten og er regulert og ikke for eksempel innebærer en fri reforhandling av pris.
