

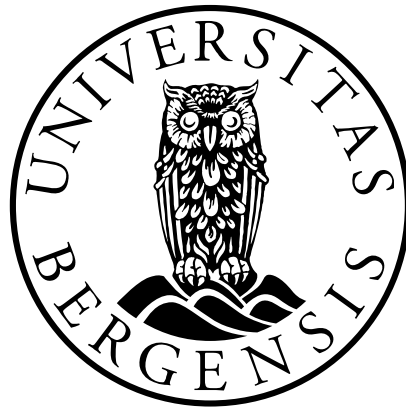
Masteroppgave vår 2016

Enkeltkontraktens varighet ved offentlige anskaffelser

Kandidatnummer:

180

Antall ord: 13445



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

31.05.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Offentlige anskaffelser.....	3
1.2 Problemstilling og metode for oppgaven.....	3
1.2.1 Problemstillingen.....	3
1.2.2 Metode.....	4
1.3 Rettskildebildet.....	5
1.3.1 Generelt.....	5
1.3.2 Anskaffelsesloven.....	7
1.3.3 Anskaffelsesforskriften.....	8
1.3.4 Rettspraksis og KOFA-praksis.....	8
1.3.5 Andre nasjonale rettskilder.....	10
1.3.6 Europeiske rettskilder.....	11
1.3.7 Det nye EU-direktivet.....	11
1.4 Definisjoner og avklaringer.....	12
1.5 Fremstillingen videre.....	13
2 Grunnleggende hensyn i anskaffelsesretten.....	14
2.1 Overordnede prinsipper i EU-direktivet.....	14
2.2 Konkurrans hensynet i norsk rett.....	17
3 Rammeavtaler.....	21
3.1 EU- og EØS-rettslig regulering av rammeavtaler.....	21
3.1.1 Hovedregelen i EU- og EØS-retten.....	21
3.1.2 Retten til utvidet varighet i EU- og EØS-retten.....	21
3.2 Rammeavtalers varighet i norsk rett.....	22
3.2.1 Utgangspunktet i norsk rett.....	22
3.2.2 Retten til utvidet varighet i norsk rett.....	23
3.3 Oppsummering.....	28
4 Enkel kontrakter.....	29
4.1 EU- og EØS-rettens regulering av enkeltkontraktens varighet.....	29
4.2 Enkel kontraktens varighet i norsk rett.....	31

4.2.1	Utgangspunktet for enkeltkontraktens varighet.....	31
4.2.2	Momenter for å vurdere kontraktsvarighet	35
4.2.3	Ytterligere momenter	36
4.3	Konklusjon.....	42
4.4	Forslag til forskriftsregulering av enkeltkontraktens varighet	42
	Litteraturliste.....	44

1 Innledning

1.1 Offentlige anskaffelser

Det samlede totalbeløpet for innkjøp av varer og tjenester for offentlig sektor utgjorde om lag 462 milliarder kroner i 2014.¹ Dette utgjør en betydelig sum, nærmere 32,6 % av de totale utgiftene til den offentlige forvaltningen i 2014, noe som tilsvarer omtrent 14% av BNP.²³

For å sikre at prosessen rundt disse anskaffelsene foregår på en så hensiktsmessig og samfunnstjenlig måte som mulig, blant annet gjennom krav til forretningsmessighet og likebehandling, kom det i 1999 en lov om offentlige anskaffelser, også kalt anskaffelsesloven.⁴

Dagens regelverk består hovedsakelig av omfattende bestemmelser som regulerer anskaffelsesprosessen frem til kontraktsinngåelsen. Det finnes noen bestemmelser som tar sikte på å regulere avtaleforholdets varighet, men denne reguleringen er ikke like omfattende som regelverket for selve anskaffelsesprosessen. Et eksempel på regulering av avtaleforholdets varighet er gitt ved at det er satt en øvre grense på fire år for rammeavtalers varighet, med mindre det foreligger særlige grunner. Denne grensen er blant annet satt av hensyn til konkurranse, og for å sikre en god prosess rundt de enkelte anskaffelser. En slik bestemmelse er imidlertid ikke positivt gitt for kontrakter ved enkeltanskaffelser, noe som resulterer i en uklar rettstilstand. Det er den manglende reguleringen for slike kontrakter som vil være denne oppgavens tema.

1.2 Problemstilling og metode for oppgaven

1.2.1 Problemstillingen

Problemstillingen tar utgangspunkt i regelverket for varigheten av offentlige enkeltkontrakter. Anskaffelsesregelverket bygger på prinsippet om at offentlige anskaffelser skal inngås på bakgrunn av konkurranse. Dette medfører at offentlige kontrakter ikke kan ha en for lang

¹ <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2015-12-11>.

² Prop. 51 L (2015-16) s. 29.

³ <https://www.difi.no/rapporter-og-statistikk/nokkeltall-og-statistikk/innkjop#4328>.

⁴ Lov 16. Juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

varighet, da det vil kunne føre til uforholdsmessige ulikheter i markedet noe som vil svekke konkurransen. For rammeavtaler er dette regulert i anskaffelsesforskriften § 6-1 (4) og § 15-1 (4), hvor det fastslås at rammeavtaler ikke kan inngås for mer enn fire år, med mindre det er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand. Noen lignende regulering er imidlertid ikke gitt for offentlige enkeltkontrakter.⁵ Spørsmålet blir da hvor lang varighet en offentlig enkeltkontrakt kan ha, og hva som eventuelt kan berettige en lenger varighet i et konkret tilfelle.

1.2.2 Metode

Oppgavens formål er å klarlegge rettstilstanden for varigheten av enkeltkontrakter ved en offentlig anskaffelse. Som et ledd i denne klargjøringen vil jeg se på regelverket for rammeavtaler, og om momentene for utvidet varighet kan overføres til å gjelde for enkeltkontrakter. Videre vil det foretas en sammenligning av nasjonal og europeisk rett hvor hovedfokuset vil være harmoniseringen og implementeringen av EU- og EØS-retten i nasjonal rett.

Oppgaven vil ta utgangspunkt i vanlig rettsdogmatisk metode. I juridiske fremstillinger skilles det mellom de lege lata og de lege ferenda, eller slik retten er og slik retten burde være. Denne oppgaven søker å klargjøre dagens rettstilstand og hovedfokuset vil dermed være de lege lata. For å kunne klargjøre rettstilstanden vil det være nødvendig å fortolke den enkelte rettskilden og harmonisere rettskilder i forhold til hverandre. Foruten å se på de enkelte bestemmelsene og hvordan de kommer til uttrykk gjennom praksis, vil en sentral del av oppgaven være å se på det nasjonale regelverket i lys av de krav som fremstilles i EU-direktivene.

Avslutningsvis vil det utformes et forslag til en forskriftsbestemmelse for reguleringen av enkeltkontraktens varighet.

⁵ Se begrepsforklaring for definisjon av offentlig enkeltkontrakt.

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Generelt

De norske reglene for offentlige anskaffelser er hovedsakelig gitt gjennom lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven eller LOA) med tilhørende forskrifter.

Anskaffelsesloven, samt tilhørende forskrifter, slik som forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften, den klassiske forskriften eller FOA),⁶ er en implementering av EU-direktiv 2004/18/EU.⁷ Det har imidlertid kommet et nytt anskaffelsesdirektiv, 2014/24/EU, som er ment å erstatte direktivet fra 2004. Det norske anskaffelsesregelverket har enda ikke implementert 2014-direktivet, men dette vil skje gjennom den nye anskaffelsesloven som er under utbedring og som trolig sendes til høring i løpet av juni 2016.⁸ Regelverket som benyttes i denne oppgaven tar derfor utgangspunkt i 2004-direktivet.

I tillegg til anskaffelsesloven er det gitt særlovgiving for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport- og posttjenester (forsyningsforskriften),⁹ forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser (klagenemndforskriften),¹⁰ samt forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA).¹¹

Hensikten bak det norske anskaffelsesregelverket er å sikre at det offentlige gjennom sine innkjøp bidrar til en økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre en effektiv ressursbruk gjennom forretningsmessighet og likebehandling.¹² Videre skal det offentlige, så langt det er mulig, bidra til å fremme konkurranse i markedet.¹³ Samlet skal dette være med på å sikre offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling, noe som vil være med å opprettholde det offentliges integritet, samt ivareta allmenhetens tillit til det offentlige.¹⁴

⁶ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 (anskaffelsesforskriften).

⁷ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of the public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

⁸ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/nytt-anskaffelsesregelverk-er-underveis/id2482572/>.

⁹ Forskrift 7. April 2006 nr.403.

¹⁰ Forskrift 15. nov. 2002 nr. 1288.

¹¹ Forskrift 4. Okt. 2013 nr. 1185.

¹² Anskaffelsesloven § 1.

¹³ Anskaffelsesloven § 5.

¹⁴ Anskaffelsesloven § 1.

Oppgavens tema vil være rettstilstanden innenfor klassisk sektor og det avgrenses derfor mot forsyningsforskriften og FOSA ettersom disse forskriftene er rettet inn mot mindre og mer spesifikke områder av offentlige anskaffelser.

Det rettskildemessige utgangspunktet for denne oppgaven vil dermed være anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Før gjennomgangen av det nasjonale anskaffelsesregelverket er det hensiktsmessig å drøfte samspeillet mellom norsk og europeisk rett.

Det norske anskaffelsesregelverket er en gjennomføring av Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen,¹⁵ hvor Norge er forpliktet til å implementere sentrale EU-direktiv. Av disse direktivene er det anskaffelsesdirektivet 2004/18/EF og forsyningsdirektivet 2004/17/EF som danner grunnlaget for det nasjonale regelverket for offentlige anskaffelser over EØS-terskelverdiene, dette omfatter anskaffelser som faller inn under anskaffelsesforskriftens del III. Regelverket for øvrig er i stor grad uttrykk for de grunnleggende kravene som stilles til anskaffelser i EU-direktivene, selv om anskaffelsesforskriftens del II går lenger enn det Norge er forpliktet til i henhold til EØS-avtalen.¹⁶

Gjennom denne implementeringen har Norge innført EU- og EØS-rett som en del av vår nasjonale lovgivning. Denne lovgivningen får også direkte betydning for hvordan vi bruker forarbeider og praksis på området. Ettersom det nasjonale regelverket er basert på EU-direktivene oppstår det en utfordring når det kommer til gjennomføringen og tolkningsarbeidet ved uklarheter i regelverket.

Tradisjonelt har man i norsk rett utformet mer generelle lovtekster der forvaltningens frie skjønn får større betydning for tolkningen og forståelsen av bestemmelsene, noe som er hensiktsmessig i et lite land som Norge. En slik gjennomføring vil ikke la seg gjøre i EU- og EØS-retten da dette fort kan forårsake ulik praksis fra land til land. Det er derfor vanlig med mer detaljerte regler i EU- og EØS-retten, samtidig som man i betydelig mindre grad benytter seg av lovgivning gjennom forarbeider, noe som er særegent for nordisk rett. Den Europeiske Domstolen/ECJ (heretter kalt EU-domstolen) har tatt standpunkt til en slik lovgivning og uttalt at dette ikke er korrekt gjennomføring av direktiver. Som en følge av dette må regler og

¹⁵ Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser, regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 54.

¹⁶ Dragsten s. 54.

direktiver som skal gjennomføres stå klart og uttømmende i loven, og ikke måtte leses ut av forarbeidene.¹⁷

Det er blant annet dette som ligger til grunn for at man i anskaffelsesforskriften har en egen bestemmelse med definisjoner og avklaringer av begrep. Etter den skandinaviske modellen ville slike avklaringer og tolkninger ofte kommet frem gjennom forarbeidene, men dette er som sagt ikke ansett som korrekt gjennomføring av direktiver av EU-domstolen.

Forarbeider som gis ved gjennomføringen av EU-regler og direktiver får dermed en annen betydning enn det som er vanlig etter tradisjonell rettskildelære. De forarbeider som gis til gjennomføringslovgivningen har ikke som formål å begrunne utformingen av nye regler, men å forklare og tilpasse gjennomføringen av et eksisterende overnasjonalt regelverk i norsk rett. Slike forarbeid har dermed svært liten til ingen betydning for tolkningen av de aktuelle bestemmelsene, men de kan utgjøre en god kilde til informasjon.¹⁸

Dette medfører at man ved behov for avklaring eller tolking av en bestemmelse som er gitt med bakgrunn i EØS-regler eller direktiv, ikke kan tillegge forarbeidene den vekten som tradisjonelt følger av alminnelig rettskildelære. I de tilfeller der det åpnes for mer nasjonalt spillerom vil imidlertid forarbeidene igjen ha "normal" rettskildemessig vekt.¹⁹ Det er derfor også helt sentralt å si noe om de ulike rettskildene i EU- og EØS-retten før vi går inn på selve problemstillingen.

1.3.2 Anskaffelsesloven

Anskaffelsesloven oppstiller de grunnleggende prinsipper, formål og håndhevelsesregler som skal ligge til grunn i en anskaffelsesprosess.²⁰ Utfordringen i anskaffelsesretten er at praktiske problemstillinger ofte ikke reguleres direkte i lovteksten. Som en følge av dette benyttes ikke anskaffelsesloven, i like stor grad som på andre rettsområder, alene som hjemmel. Den blir heller i stor grad henvist til som hjemmel for de generelle hensynene bak regelverket slik at man tar hensyn til dette ved anvendelsen av anskaffelsesforskriften. Som nevnt har regjeringen, som følge av at det er gitt nye EU-direktiv innenfor anskaffelsesrett, bestemt seg for å revidere anskaffelsesloven og komme med en ny lov som er ment å erstatte loven fra

¹⁷ Fredrik Sejersted mfl. *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s.202.

¹⁸ Sejersted s.203.

¹⁹ Dragsten s. 54.

²⁰ Anskaffelsesloven § 1 og § 5.

1999.²¹ Endringsforslagene til den nye anskaffelsesloven vil ikke ha noe å si for denne oppgaven, da verken de eller EU-direktivene tar sikte på å endre rettsstillingen rundt varigheten av rammeavtaler eller enkeltkontrakter.

1.3.3 Anskaffelsesforskriften

Anskaffelsesforskriften er det regelverket som konkret regulerer de ulike prosessene og leddene i en offentlig anskaffelse. Anskaffelsesforskriften er inndelt i fem ulike deler. Del I er alminnelige bestemmelser som gjelder generelt for alle anskaffelser som omfattes av forskriften,²² og regler som regulerer hvilke deler av forskriften som gjelder spesifikt for den enkelte type anskaffelse. I tillegg finner man avslutningsvis i del I flere definisjoner av sentrale begrep.

Del II og III regulerer anskaffelsesprosedyrer og regler innenfor gitte terskelverdier, men er i stor grad likt bygd opp og reglene har bakgrunn i de samme hensyn. Reglene i del II er imidlertid lempligere enn i del III. Del IV og V er øvrige bestemmelser og regler for ikraftsetting. Av hensyn til oppgavens omfang vil det i det videre bare fokuseres på regelverket i del I, II og III.

1.3.4 Rettspraksis og KOFA-praksis

I tillegg til anskaffelseslovgivningen spiller norsk rettspraksis, i tråd med alminnelig rettskildelære, en sentral rolle for å avklare hva som er gjeldene rett.

Innenfor enkelte områder av anskaffelsesretten er det imidlertid færre saker som har blitt behandlet av domstolene, noe som er tilfellet for denne oppgavens tema. Et godt alternativ er da å se om klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) har uttalt seg om temaet.

Ved innsendt klage kommer KOFA med en veiledende uttalelse, jf. forskriftens § 12, dermed er ikke avgjørelser i KOFA rettslig bindende for de parter tvisten står mellom. En part som ønsker en rettskraftig avgjørelse må dermed henvende seg til de ordinære domstolene og ikke til KOFA. Dette gjør at KOFAs uttalelser som hovedregel, med utgangspunkt i alminnelig rettskildelære, har relativt liten rettskildemessig tyngde. På tross av dette utgangspunktet er det sentralt å se nærmere på KOFAs rettskildemessige tyngde.

²¹ Prop. 51 L (2015-16).

²² Anskaffelsesforskriften § 2-1 (1).

På grunn av manglende rettspraksis innenfor denne masteroppgavens tema er det nødvendig å nærmere drøfte den rettskildemessige tyngden en uttalelse fra KOFA har.

Som det følger av alminnelig rettskildelære kan ikke forvaltningspraksis og uttalelser fra fagnemnd ilegges særlig stor rettskildemessig vekt. Dette fordi forvaltningspraksis ikke gjennomgår de samme formelle og demokratiske prosesser som lovtekst gjør, og det har heller ikke lovgitt myndighet, noe domstolene med Høyesterett som øverste organ har. Av hensyn til legalitetsprinsippet ilegges dermed forvaltningspraksis mindre vekt enn det lovtekst, forarbeider og domstolpraksis gjør.

Står man imidlertid overfor en problemstilling der det finnes lite eller ingen praksis fra domstolene innenfor et gitt tema, vil aktuell praksis eller uttalelse fra KOFA være naturlig å se hen til. Det er i praksis ikke uvanlig at en oppdragsgiver eller leverandør står overfor en problemstilling der det eneste de har å forholde seg til er KOFA-praksis og juridisk teori. I slike tilfeller blir som regel KOFA sin praksis avgjørende. Grunnen til at oppdragsgivere ofte har akseptert KOFAs uttalelser ved tidligere tvister, henger nok sammen med den kompetansen KOFA tidligere hadde til å utskrive bøter ved en ulovlig direkte anskaffelse. Dette ga et ekstra insentiv til å følge KOFAs uttalelser. På tross av at det kan virke som om KOFAs uttalelser i praksis følges som om det var en avgjørelse i en domstol, vil ikke en uttalelse herfra kunne ilegges større rettskildemessig vekt enn en uttalelse fra en hvilken som helst fagnemnd.

Det finnes allikevel holdepunkter for at uttalelser fra KOFA kan anses som en avgjørende rettskilde, og være mer tungtveiende enn det som følger av alminnelig rettskildelære. Som nevnt vil uttalelser fra KOFA, særlig i tilfeller der man ikke har praksis fra domstolene, være den beste kilden til faglig innspill ved siden av teori. Høyesterett selv har i tidligere domsavsigelser henvist til KOFA-uttalelser når det har vært aktuelt.²³ Gjennom slike henvisninger fra Høyesterett ilegges KOFA-uttalelser en større legitimitet.

I tillegg kan gjentagende KOFA-praksis innenfor samme tema, som trekker i en bestemt retning, gi uttrykk for gjeldene rett nettopp i mangel på domsavgjørrelser. Dermed kan Høyesteretts henvisninger til vurderinger gjort av KOFA, samt mangel på domspraksis, tale for at KOFAs uttalelser kan ilegges større vekt enn annen klagenemndpraksis.

²³ Rt. 2007 s. 983, avsnitt 103.

Ytterligere består KOFA utelukkende av personer med spesialkompetanse innenfor fagfeltet. Dette bidrar til at klagenemnden har en større faglig tyngde innenfor sitt område enn det andre forvaltningsorgan vanligvis har, noe som i praksis resulterer til at deres uttalelser stort sett blir fulgt. Uttalelser fra KOFA får dermed en større praktisk betydning enn det de ilegges i teorien. Dette er med på å skape koherens i retten da avstanden mellom KOFA-uttalelser og domstolenes avgjørelser ikke blir for stor.

Et siste moment som taler for å ilegge uttalelser fra KOFA større vekt er bruken av europeiske rettskilder. Som nevnt helt innledningsvis er det norske regelverket på lang vei en implementering av EU- og EØS-rett. I de sakene der KOFA hjemler sin argumentasjon og standpunkt gjennom EU-praksis og tolkninger basert på EU direktivene, vil dette gi drøftelsen og standpunktene en ekstra tyngde. Det vil imidlertid i et slikt tilfelle ikke være nok å henvise til KOFA, men heller bruke KOFAs uttalelser som et springbrett inn i de europeiske rettskildene.

Helhetlig kan man, uten å bryte med den alminnelige rettskildelæren, konkludere med at uttalelser fra KOFA er gitt større legitimitet og vekt som rettskilde, gjennom blant annet Høyesteretts anerkjennelse av deres praksis, sammenlignet med annen nemndspraksis. På tross av denne anerkjennelsen skal man være påpasselig med å ilegge uttalelser og praksis fra KOFA for stor rettskildemessig betydning. Særlig vil ikke KOFAs uttalelser på noen måte anses som bindende ettersom det er en klagenemd og ikke en domstol.

1.3.5 Andre nasjonale rettskilder

Som et supplement til anskaffelsesregelverket, domspraksis, uttalelser fra KOFA og juridisk teori kan man i en oppgave innenfor anskaffelsesretten benytte seg av veiledere og tolkningsuttalelser fra blant annet Fornyings- og administrasjonsdepartementet. Slike kilder er å anse som etterarbeid og man skal dermed være aktsom med å ilegge det noen spesiell rettskildemessig vekt.²⁴ I denne oppgaven vil slike etterarbeid ikke benyttes som en egen rettskilde, men heller vises til eksempelvis gjennom KOFA-uttalelser.

²⁴ Anders Thue, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, Oslo 2013 s. 52 jf. Hålogaland lagmannsretts dom i LH-2009-45911.

1.3.6 Europeiske rettskilder

Som bemerket innledningsvis er det nasjonale regelverket for offentlige anskaffelser en gjennomføring av EU-direktiver som Norge, gjennom EØS-avtalen, er forpliktet til å innføre. Det er hovedsakelig direktivene 2004/18/EF (anskaffelsesdirektivet), 89/665/EF (håndhevingsdirektivet) og 2007/66/EF (endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene) som er innført for klassisk sektor. Med denne innføringen får rettskilder i EU- og EØS-retten en viktig rolle for hvordan vi skal forstå den nasjonale anskaffelsesretten.

Det oppstår imidlertid et problem ved implementeringsmetoden som er brukt for å innføre direktivene i norsk rett. Ved implementeringen har vi fått særnorske regler i anskaffelsesforskriften, som ikke passer inn i loven og forskriftens system.²⁵ Som en følge av dette må man ta stilling til hvilken rettskilde som skal gå først når det oppstår uoverensstemmelser mellom norsk og europeisk rett.

Ved en slik uoverensstemmelse følger det av EØS-loven § 2 at det er EU-direktivene som skal gå foran den nasjonale lovgivningen. Det står eksplisitt at ”bestemmelser i lov som tjener å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder [...] forskrift [...]”.²⁶

I tillegg til at EU-direktivene skal gå foran nasjonal lovgivning har Høyesterett i flere avgjørelser, eksempelvis Rt. 1997 s. 1954 og Rt. 2002 s. 391, lagt vekt på praksis fra EU-domstolen, og uttalt at praksis herfra skal ”ilegges stor vekt”.²⁷ Det vil derfor være helt nødvendig i en masteroppgave innenfor anskaffelsesretten å se på praksis fra EU-domstolene samt utfylle med aktuell litteratur, eksempelvis uttalelser fra EU-kommisjonen eller EU-parlamentet.

1.3.7 Det nye EU-direktivet

Etter innføringen av anskaffelsesregelverket i Norge har EU kommet med et nytt anskaffelsesdirektiv, direktiv 2014/24/EU.

Formålet med det nye direktivet er å revidere det tidligere direktivet for å gi økt fleksibilitet, redusere administrative byrder og oppnå rettslig klarhet. Det er imidlertid ikke ment at det nye

²⁵ Thue, Buan og Brun s. 42.

²⁶ Thue, Buan og Brun s. 51 jf. EØS-loven § 2.

²⁷ Rt. 2002 s.391.

direktivet skal føre til noen endringer som har direkte betydning for denne oppgavens tema, da den tar sikte på å videreføre allerede gjeldene rett på områdene for rammeavtaler og enkeltkontrakter.

1.4 Definisjoner og avklaringer

En anskaffelsesprosess er de handlinger, vurderinger og avgjørelser som gjennomføres som ledd i en offentlig anskaffelse i planleggings-, gjennomføring- og oppfølgingsfasen.

En rammeavtale er en avtale inngått mellom én eller flere oppdragsgivere og én eller flere leverandører som har som formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder.²⁸ Et typisk eksempel kan være vask- og vedlikeholdstjenester av et bygg i en fireårs periode.

En offentlig enkeltkontrakt skiller seg fra en rammeavtale ved at den gjelder for en enkeltstående anskaffelse. Det skilles mellom flere ulike former for kontrakter i anskaffelsesforskriften § 4-1. I denne oppgaven vil fokus være på vare- og tjenestekontrakter samt bygge- og anleggskontrakter, såkalt klassisk sektor. Et eksempel på en enkeltkontrakt kan være kjøp av bygningsmassen som nevnt i eksempelet for rammeavtaler over.

En varekontrakt er i anskaffelsesforskriften § 4-1 (1) bokstav b definert som en kontrakt som omhandler kjøp, avbetalingskjøp, leasing eller leie med eller uten rett til kjøp av varer, unntatt varer som nevnt i § 4-1 bokstav c. Levering av slike varer kan i tillegg omfatte montering- og installasjonsarbeid.²⁹

En bygge- og anleggskontrakt er i anskaffelsesforskriftens § 4-1 (1) bokstav c definert som en kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i forskriftens vedlegg 1, eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon.

²⁸ Anskaffelsesforskriften § 4-2 (f).

²⁹ Anskaffelsesforskriften § 4-1 (b).

En tjenestekontrakt er i anskaffelsesforskriften § 4-1 (1) bokstav d definert som en kontrakt, unntatt kontrakter som nevnt i bokstav b og c, som gjelder tjenester angitt i forskriftens vedlegg 5 (prioriterte tjenester) og vedlegg 6 (uprioriterte tjenester). Når det nye anskaffelsesregelverket trer i kraft oppheves sondringen mellom prioriterte og uprioriterte tjenester.

Med oppdragsgiver siktes det hovedsakelig til det offentlige, eksempelvis statlige og kommunale organ. Anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften del I § 1-2, angir hvilke oppdragsgivere som omfattes av regelverket. Formålet er at alle organer som ikke drives etter kommersielle vilkår og dermed ikke har samme incitament til å tenke forretningsmessig, skal være underlagt regelverket.³⁰

Med leverandør siktes det til enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhet samt enhver sammenslutning av slike personer og/eller organer som på markedet tilbyr varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.³¹

1.5 Fremstillingen videre

Videre i oppgaven vil jeg først redegjøre for de grunnleggende hensyn som gjøres gjeldene i anskaffelsesretten. Deretter vil jeg ta for meg dagens rettstilstand for varigheten av rammeavtaler i både nasjonal rett og EU- og EØS-retten. Videre vil jeg, med utgangspunkt i de reglene som gjelder for rammeavtaler, forsøke å klargjøre rettstilstanden for varigheten av offentlige enkeltkontrakter og se om reglementet for rammeavtaler kan overføres til å også gjelde for enkeltkontrakter. Deretter vil jeg se på samspillet mellom EU-direktivene og den nasjonale retten, og da særlig fokusere på hvor langt nasjonal rett går i gjennomføringen av reglene som fremkommer av direktivene.

³⁰ Dragsten s. 62.

³¹ Dragsten s. 116.

2 Grunnleggende hensyn i anskaffelsesretten

2.1 Overordnede prinsipper i EU-direktivet

For å ha et bedre grunnlag og forståelse i drøftingen av regelverket for rammeavtaler og enkeltkontrakter er det hensiktsmessig å gjennomgå de grunnleggende formål og hensyn som ligger til grunn for utformingen av EU-direktivet. Ved å ha klart for seg grunntankene bak EU-direktivet vil det være lettere å knytte relevante hensyn og prinsipper opp mot aktuelle regler for rammeavtaler, samt benytte seg av disse hensynene i avklaringen av enkeltkontraktens varighet.

I innledning til EU-direktivet 2004/18/EF, samt direktivets artikkel 2, fremstilles formålet bak selve direktivet. I innledning fremgår det at ”the principle of freedom of movement of goods” ligger til grunn som et av de mest sentrale hensynene som traktaten skal tilstrebe å ivareta. Videre skal hensyn til ”equal treatment [...] proportionality and the principle of transparency[...]” også gjelde på et generelt grunnlag ved offentlige anskaffelser. Ved større anskaffelser over en viss verdi anbefales det å følge visse retningslinjer for å sikre at disse hensynene ivaretas samtidig som anskaffelsen muliggjør og stimulerer til konkurranse.³² Direktivets artikkel 2 bygger videre på det som er presentert i innledningen ved å stille krav til likebehandling og gjennomsiktlige anskaffelser.

Direktivet er utformet og gitt for å fremme grunntankene og prinsippene bak EØS- og EU-samarbeidet ved å tilrettelegge for fri flyt av varer og tjenester, frihet til etablere foretak og yte tjenester. For at dette skal være gjennomførbart stilles det krav til likebehandling, fravær av diskriminering, anerkjennelse, proporsjonalitet og gjennomsiktighet.

Noen av disse kravene er mer selvforklarende enn andre, som for eksempel likebehandling og fraværet av diskriminering. Når det gjelder kravet om proporsjonalitet kommer dette godt til uttrykk gjennom kravet til konkurranse, og vil bli forklart mer inngående senere i oppgaven. Kravet til gjennomsiktighet stilles til det offentlige ved at alle prosesser og handlinger det offentlige foretar seg skal være åpne og etterprøvbare.

³² 2004/18/EF, premiss (2).

Disse hensynene vil alle sammen ha direkte eller indirekte betydning når det gjelder enkeltkontraktens varighet, noe som vil fremgå av den videre fremstillingen.

Disse grunnleggende hensynene har senere blitt videreført i det nye direktivet 2014/24/EU. Innledningsvis kommer det frem i fortalen premiss (1) at "[...] public contracts [...] has to comply with the principles of the [...] (TFEU), and in particular the free movement of goods, freedom of establishment [...] freedom to provide services, as well as the principles deriving therefrom, [...] for public contracts above a certain value, provisions should be drawn [...] to ensure that those principles are given practical effect and public procurement is opened up to competition."

Videre fremgår det av premiss (2) at "Public procurement plays a key role [...] as one of the market-based instruments to be used to achieve smart, sustainable and inclusive growth while ensuring the most efficient use of public funds. [...] the public procurement [...] should be revised and modernised in order to increase the efficiency of public spending [...] to enable procurers to make better use of public procurement in support of common societal goals".

Utleddet av fortalen synes det å være klart at det nye direktivet tar sikte på å videreføre grunntankene og prinsippene fra direktiv 2004/18/EF, og det er de allerede etablerte hensyn og prinsipper den enkelte nasjon forplikter å etterleve gjennom sin forpliktelse til EU/EØS-samarbeidet. Noe som kommer klart frem i artikkel 18, hvor det eksplisitt nevnes at utlysningen ikke skal ta sikte på å omgå direktivet, eller begrense hensynet til konkurranse, samtidig som prinsipper som likebehandling og gjennomsiktighet videreføres.

Den direkte videreføringen av hensynene fra 2004-direktivet til 2014-direktivet viser at det ikke er tenkt å gjøres noen endring verken for rammeavtaler eller enkeltkontraktens varighet.

For å gi en god illustrasjon på hvordan disse hensynene og prinsippene innføres i den enkelte nasjon kan vi eksempelvis se på den danske ubudsloven.³³

Ved innføringen av ubudsdirektivet i dansk rett kom det tydelig frem at hensynet til fri flyt av varer og tjenester har en sentral rolle.³⁴ Som det fremkommer i sak C-237/99, Kommissjonen

³³ Den nasjonale gjennomføringen av direktiv 2004/18/EF.

³⁴ Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. Utgave, København 2008 s.84.

mot Frankrike, er formålet bak EU-direktivet å fjerne hindringene for den frie utvekslingen av varer og tjenester.³⁵

I forlengelsen av ønsket om å ivareta disse grunnhensynene er det også et formål å optimalisere konkurransen ved offentlige anskaffelser på EU-nivå slik at tilbydere i hver enkelt nasjon skal ha lik mulighet til å delta i anbudsrunder i de andre medlemslandene. Dette formålet kommer til uttrykk i fortalen premiss (2) til direktiv 2004/18/EF.

Helt konkret er formålet bak direktivet å sikre virkningen av de generelle overordnede prinsippene, blant annet fri flyt av varer og tjenester, gjennom å garantere effektiv konkurranse ved tildeling av offentlige kontrakter. Samtidig er det et ønske å begrense den offentlige sektors omkostninger og minske risikoen for korrupsjon og svindel med offentlige midler.³⁶

For at den enkelte nasjon på best mulig måte skal oppfylle de generelle overordnede prinsipper og hensynene som følger av EU-direktivene, er tilrettelegging for konkurranse i markedet nødvendig. Kravet til konkurranse er helt sentralt når det kommer til den konkrete vurderingen av en enkeltkontrakts varighet, og vil bli nærmere behandlet senere i oppgaven.

En offentlig anskaffelse basert på konkurranse vil stimulere markedet, både nasjonalt og mellomstatlig, fremme innovasjon samt bidra til effektiv bruk av offentlige midler. Alle disse hensynene er sentrale i EU-direktivene, noe som gjør at konkurransehensynet har en helt særegen posisjon som virkemiddel for å etterleve de grunnleggende tankene og prinsippene i anskaffelsesretten og EU/EØS-samarbeidet generelt.

Som det tidligere har blitt beskrevet er det norske anskaffelsesregelverket, i likhet med det danske ubudsdirektivet, en nasjonal gjennomføring av EU-direktivet 2004/18/EF. Gjennom en slik innføring vil de samme verdier som ligger til grunn i EU-direktivet gjøres gjeldene også på nasjonalt plan, noe som medfører at også konkurransehensynet har en helt særegen stilling i det norske anskaffelsesregelverket.

³⁵ Premiss 41.

³⁶ KOM (96) 583, Grønbogen om offentlige innkjøp, pkt. 2.3 og 2.4.

I tillegg til de forpliktelser som følger av EU-direktivet har Norge eksplisitt forpliktet seg, gjennom EØS-avtalens artikkel 8, å legge til rette for fri flyt av varer og tjenester,³⁷ noe som krever ytterligere tilrettelegging for konkurranse i det nasjonale markedet.

2.2 Konkurrans hensynet i norsk rett

Det norske tiltaket for å etterleve og innføre de hensyn som fremkommer i EU-direktivet kommer til uttrykk gjennom anskaffelsesloven § 1 og § 5. Her oppstilles flere grunnleggende hensyn som gjelder på et overordnet nivå i anskaffelsesretten. Prinsippene gjelder for enhver anskaffelse, uavhengig av verdien på anskaffelsen, og hvorvidt anskaffelsen faller innenfor bestemmelsene som er gitt i anskaffelsesforskriften eller ikke.³⁸

Anskaffelsesloven § 1 er en ren formålsbestemmelse. Målsetningen i direktivet om økt verdiskapning i samfunnet, samt å sikre effektiv ressursbruk fra det offentlige sin side er her gjengitt.

Videre fremkommer det av anskaffelsesloven § 5 (2) et krav til anskaffelsesprosessen ved at ”en anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse”. Tar man utgangspunkt i ordlyden skal enhver anskaffelse, uavhengig av både verdi og omfang på anskaffelsen, baseres på konkurranse.³⁹ Det vil si at det her ikke er noen forskjell på anskaffelser innenfor de ulike terskelverdiene. For å best forklare hvorfor dette er ønskelig må en se kravet i § 5 (2) i lys av anskaffelseslovens formålsbestemmelse i § 1.

Formålet bak selve anskaffelsesregelverket er, som nevnt over, å øke verdiskapningen i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk.⁴⁰ Med effektiv ressursbruk siktes det ikke til at prosessen skal være så effektiv eller rask som mulig, men at det offentlige skal få så mye som mulig igjen for sine investeringer.⁴¹ Dette kommer til uttrykk i forarbeidene der det henvises til både samfunnsøkonomiske og forretningsmessige hensyn samt

³⁷ Lov 27.11.1992 (EØS-loven) art. 8.

³⁸ Arnhild Dordi Gjønnnes, *Regelsamling for offentlige anskaffelser, internasjonale og nasjonale anskaffelsesregler og aktuelle domsavgjørelser*, 2. Utgave, Bergen 2007 s. 12-13.

³⁹ Dragsten s. 179.

⁴⁰ Anskaffelsesloven § 1 1.setning.

⁴¹ Thue, Buan og Brun s. 73.

forvaltningsrettslige likhetsbetraktninger.⁴² For å oppnå målet om effektive anskaffelser er nettopp hensynet til konkurranse helt nødvendig. Dette kommer også til uttrykk i § 4 i forslaget til ny anskaffelseslov,⁴³ der oppdragsgiver blant annet plikter å opptre i tråd med det grunnleggende prinsippet om konkurranse.

Som et ledd i det forberedende arbeidet til ny anskaffelseslov har det blitt vurdert hvorvidt hensynet til konkurranse er et mål i seg selv eller snarere et virkemiddel for å oppfylle de overordnede hensynene. Utvalget har i sin utredning, NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser, lagt vekt på at konkurranse er et viktig og egnet virkemiddel for å sikre mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser.⁴⁴ Slik konkurransehensynet vektlegges av utvalget og andre forarbeider, fremstilles dette som et virkemiddel for best mulig etterlevelse av de overordnede hensynene som fremkommer i EU-direktivet.

Dersom det offentlige ved enhver anskaffelse åpner for konkurranse, så langt dette er mulig, vil potensielle leverandører bli nødt til å konkurrere om å levere den beste varen/tjenesten til den beste prisen. Dermed vil det offentlige sørge for gode og effektive anskaffelser. Samtidig vil slik konkurranse mellom leverandørene stimulere markedet og oppfordre til innovasjon og utvikling, noe som også omfattes av formålsbestemmelsen i § 1 i anskaffelsesloven.⁴⁵

Det må imidlertid åpnes for et visst skjønnsmessig krav til konkurranse med utgangspunkt i hva slags anskaffelse som skal foretas. Det kan med andre ord ikke oppstilles et absolutt krav om at enhver anskaffelse skal være gjenstand for konkurranse.

Det er i teorien en generell oppfatning om at det må være tilstrekkelig at man ved en anskaffelse av liten verdi, for eksempel kaffefilter til en samlet verdi på 5 000 kr, forhører seg med ulike leverandører før man gjør selve anskaffelsen. Det ville vært unødvendig rigid og tungvint om en slik anskaffelse måtte konkurranseutsettes. Dette ville også være ineffektiv ressursbruk av det offentlige da man i slike tilfeller fort ville brukt mer på å arrangere konkurransen enn det man sparer gjennom konkurranseutsettingen.

For å unngå et regelverk som for enkelte anskaffelser vil virke rigid har lovgiver i sitt forslag til ny anskaffelseslov, i § 2, satt en nedre grense på kr 100 000 for når den nye

⁴² NOU 1997:21 kap.21.

⁴³ Prop 51 L (2015-16) § 4.

⁴⁴ NOU 2014:4, 10.4.7, 2. Avsnitt.

⁴⁵ Thue, Buan og Brun s. 73.

anskaffelsesloven skal anvendes.⁴⁶ Det er her viktig at det offentlige til enhver tid er bevisst på reguleringen i anskaffelsesforskriften § 2-3 (11) punkt a og b. Av denne bestemmelsen fremkommer det at verdien på vare- og tjenestekontrakter som inngås med regelmessige mellomrom, eller fornyes innen et gitt tidsrom, enten skal beregnes ut ifra den samlede faktiske verdien av de påfølgende kontraktene av samme type tildelt i løpet av de tolv foregående månedene, eller det foregående regnskapsåret. Eventuelt med utgangspunkt i den samlede anslåtte verdien av de påfølgende kontraktene tildelt i løpet av tolv måneder fra den første leveransen, eller i løpet av regnskapsåret. I praksis vil det si at Sjøkrigsskolens innkjøp av kaffe i løpet av et år anses som en anskaffelse og at det er den totale verdien som avgjør om anskaffelsen skal utlyses. Denne bestemmelsen er helt sentral for å hindre at det offentlige unngår anskaffelsesreglene og konkurransehensynet ved å foreta mange små anskaffelser istedenfor en stor.

Forholdsmessighetskravet til konkurranse ved en offentlig anskaffelse kommer til uttrykk i blant annet anskaffelsesforskriftens § 3-1 (5). Forholdsmessighetshensynet taler for at oppdragsgivers krav til oppfyllelse av konkurransehensynet er relativt lavt ved små anskaffelser, mens kravet stiger proporsjonalt med anskaffelsesverdien.⁴⁷ Til illustrasjon har lovgiver, for å overholde konkurransehensynet, først stilt et krav til offentliggjøring gjennom DOFFIN (offentlig database for kunngjøringer av offentlige anskaffelser) av anskaffelser som overstiger 500 000 kroner.⁴⁸ Anskaffelser til en lavere verdi trenger dermed ikke offentliggjøres for at hensynet skal ivaretas.

En illustrasjon på hvor sentralt konkurransehensynet er i både det norske anskaffelsesregelverket og EU-direktivet er KOFA-sak 2011/65 (Kvam Herad) og deres henvisning til EU-domstolens sak C-454/06 (Presstext).

I Kvam Herad var spørsmålet om en oppdragsgiver pliktet å si opp en avtale og konkurranseutsette den på nytt. I premiss 204 henviser KOFA til Presstext-saken og bruker dette som argumentasjonsgrunnlag for sin endelige konklusjon.

I Presstext-saken premiss 73 flg. ble det uttalt at det i utgangspunktet ikke foreligger noen begrensninger for varigheten til kontrakter i regelverket. De påpekte videre at en tidsbegrenset kontrakt kan innebære en risiko for en forringelse av konkurransen, og skal av

⁴⁶ Prop. 51 L (2015-16) § 2.

⁴⁷ Thue, Buan og Brun s. 73.

⁴⁸ Anskaffelsesforskriften § 2-1 (2).

den grunn ikke inngås med mindre det er et særlig behov for denne typen kontrakter.⁴⁹ Domstolen tok ikke stilling til hvorvidt enkeltkontrakter bør ha en øvre grense når det kommer til varighet, slik som man har for rammeavtaler, men de konkluderte med at en tidsbegrenset kontrakt må kunne sies opp over tid for å være i samsvar med konkurransehensynet som oppstilles i anskaffelsesregelverket og EU-direktivet.

Denne konklusjonen brukte KOFA igjen i sin avgjørelse i Kvam Herad hvor de konkluderte med at en oppdragsgiver, i tilfeller der man står i fare for å krenke hensynet til konkurranse, plikter å si opp en avtale.

På bakgrunn av det overnevnte er det et klart mål, både i EU- og EØS-retten og norsk rett, at enhver anskaffelsesprosess skal stimulere og legge til rette for konkurranse i markedet ettersom dette er den beste måten å etterfølge de mer overordnede hensyn og prinsipper i EU/EØS-samarbeidet på. Eksempelvis prinsippet om fri flyt av varer og tjenester.

⁴⁹ Dragsten s. 731.

3 Rammeavtaler

3.1 EU- og EØS-rettslig regulering av rammeavtaler

3.1.1 Hovedregelen i EU- og EØS-retten

Direktiv 2014/24/EU viderefører de reglene for rammeavtaler som ble oppstilt i 2004/18/EF artikkel 32. I 2014/24/EU artikkel 33 er det oppstilt en regel for rammeavtalers varighet.

I artikkel 33 står det at “The term of a framework agreement shall not exceed four years, save in exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement.”

Det følger av direktivets⁵⁰ ordlyd at en rammeavtale ikke kan inngås for en periode på mer enn fire år, med unntak for ”exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement”.

Hovedregelen er ifølge direktivet en maksimal varighet på fire år, men det åpnes for unntak.

3.1.2 Retten til utvidet varighet i EU- og EØS-retten

Hva som omfattes av unntaksbestemmelsen er ikke eksplisitt regulert og må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Samtidig fremkommer det av kommisjonens veileder til det gamle direktivet, CC/2005/03, at nedskrivninger som krever mer enn fire år kan tale for en lengre varighet av rammeavtale.

Et slikt moment blir ytterligere forsterket dersom man ser på direktiv 2004/18/EF. Det fremkommer av direktivet⁵¹ at ”[...] a longer duration could be justified in order to ensure effective competition for the contract in question if its performance required investment with a depreciation period of more than 4 years[...]”.⁵²

Det kan dermed legges til grunn at man i tilfeller hvor det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig grad av konkurranse, kan åpne for en lengre varighet av rammeavtaler forutsatt at behovet for en lengre avskrivningsperiode er tilstede. Dersom det ikke åpnes for en lengre

⁵⁰ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

⁵¹ 2004/18/EF side 5.

⁵² premiss 33.

varighet når behovet for en lengre avskrivningsperiode er tilstede vil potensielle leverandører måtte prise sine tjenester så høyt at de ikke er konkurransedyktige.

En kilde som ytterligere bygger oppunder retten til utvidet varighet på rammeavtaler av hensyn til konkurranse og avskrivningshensyn, er "EU's Ubudsdirektiver" 2008 av Steinicke/Groesmeyer og deres kommentar til EU-direktivet.⁵³ Her gis det uttrykk for at situasjoner der tilbydere må påta seg ekstra kostnader som ikke vil bli tilstrekkelig dekket i løpet av kontraktsperioden, så kan bruke dette som et argument for lengre kontraktsvarighet enn den som fremkommer i hovedregelen.

3.2 Rammeavtalers varighet i norsk rett

3.2.1 Utgangspunktet i norsk rett

Før den videre fremstillingen er det hensiktsmessig å påpeke at bestemmelsene i del II § 6-1 (4) og del III § 15-1 (4) er identiske, men at bestemmelsen i del II gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, mens reglene i del III gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Terskelverdiene for anvendelse av reglene i del II og III varierer også avhengig av om det er en vare- og tjenestekontrakt eller en bygg- og anleggskontrakt.⁵⁴ De har følgelig ulikt anvendelsesområde når det kommer til type anskaffelse og anskaffelsens verdi, men bestemmelsene og de bakenforliggende hensynene er de samme.

For rammeavtaler som faller inn under anskaffelsesforskriftens bestemmelser er det i § 6-1 (4) og § 15-1 (4) oppstilt en generell grense for rammeavtalers varighet på fire år jf. ordlyden "[...] ikke inngå rammeavtaler for mer enn fire år [...]".

Noe av tanken bak denne fireårs grensen er at rammeavtaler, sammenlignet med kontrakter ved enkeltanskaffelser, ofte er mer fleksible og vil fort kunne strekke seg over en lengre periode.⁵⁵

For å illustrere dette kan man tenke seg en offentlig institusjon som har inngått en rammeavtale med et konsultentselskap. I rammeavtalen har partene blitt enige om hvilke kontraktsvilkår som skal gjøres gjeldene dersom den offentlige institusjonen benytter seg av

⁵³ Steinicke og Groesmeyer s. 902-903.

⁵⁴ Anskaffelsesforskriften § 2-2 (1).

⁵⁵ Espen Bakken og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser*, Bergen 2013 s. 38 og Dragsten s. 136.

konsulentselskapets tjenester, såkalt avrop. Det er først når det foretas et avrop at den offentlige institusjonen plikter å betale konsulentselskapet. Et eller flere avrop kan foretas, alt etter hva det er behov for, innenfor rammeavtalens varighet.

Det er denne fleksibiliteten til å foreta avrop ut fra eget behov som gjør at rammeavtaler er en aktuell avtaleform når et offentlig organ vet at de har eller kommer til å ha et behov, men ikke hvor stort.

Denne fleksibiliteten gjør at avtalen ofte strekker seg over en lengre periode enn den gjør for enkeltkontrakter, noe som kan medføre at hensynet til konkurranse krenkes. Lovgiver har derfor, i tråd med kravet om gjennomføring i EU-direktivet og EØS-avtalen, implementert direktivets begrensning for rammeavtaler på fire års varighet.

3.2.2 Retten til utvidet varighet i norsk rett

3.2.2.1 Det generelle utgangspunktet

Både i § 6-1 (4) og § 15-1 (4) åpnes det for et unntak fra hovedregelen med varighetsbegrensningen på fire år. I tilfeller der det foreligger ”særlige forhold”, jf. § 6-1 (4) eller der det er ”særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand”, jf. § 15-1 (4), kan rammeavtalens varighet strekke seg over mer enn fire år.

Ordlyden i bestemmelsen taler for at det er snakk om et snevert unntak jf. ”særlig”. Dette er også lagt til grunn av Kommisjonen i deres notat om rammeavtaler,⁵⁶ teori⁵⁷ samt i KOFA, senest i sak 2016/18 premiss 94. Hensynet bak den snevre adgangen til å benytte seg av unntaksregelen i anskaffelsesretten er for å unngå at man undergraver hovedreglene.

Skal det imidlertid være aktuelt å anvende denne unntaksregelen, må det være på bakgrunn av avtalens formål, investeringskostnader eller brukerens behov jf. ordlyden i (4).⁵⁸ Oppramsingen av momenter som kan berettege en lengre kontraktsvarighet er ikke ment å være uttømmende jf. ordlyden ”for eksempel”.⁵⁹ Det må dermed åpnes for at andre momenter som ikke er nevnt, men som aktualiseres i et konkret tilfelle, kan tale for en lengre

⁵⁶ CC 2005/03, 2005-07-14, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_en.pdf.

⁵⁷ Dragsten s. 136.

⁵⁸ Anskaffelsesforskriften § 6-1 (4) og § 15-1 (4).

⁵⁹ Anskaffelsesforskriften § 6-1 (4).

kontraktsvarighet. Dette gjenspeiles i ordlyden i § 15-1 (4) der lovgiver har unnlatt å komme med eksempler på forhold som kan berettiggelenger varighet, men isteden legger vekt på ”tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand”.

Det er følgelig nødvendig med en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle for å kunne avgjøre hvorvidt forholdene totalt sett oppfyller vilkåret for utvidet kontraktsvarighet. I det følgende vil det redegjøres for ulike momenter som kan tale for en utvidet kontraktsvarighet.

3.2.2.2 Investeringskostnader

Som nevnt er investeringskostnader et hensyn som kan tale for en lengre varighet.

Et tilfelle fra praksis finner man i KOFA's sak 2008/140 (Canon Norge). I Canon Norge var i utgangspunktet kontraktsperioden på tre år, men med opsjon på ytterligere to år. Dette var hovedsakelig begrunnet med at kontrakten krevde investeringer som igjen ville kreve en nedskrivningsperiode på mer enn fire år for å få utnyttet fradragsretten fullt ut.

KOFA henviste først til FADs veileder og kommisjonens notat om rammeavtaler (CC 2005/03 2005-07-14) som uttrykker at unntaksregelen for utvidet kontraktsperiode er snever, og at oppdragsgiveren ikke har rom for subjektivt skjønn i vurderingen av om unntaket kan benyttes.⁶⁰

På bakgrunn av den snevre adgangen til å inngå rammeavtaler med utvidet varighet oppstilte KOFA et høyt krav til driftsøkonomisk begrunnelse fra oppdragsgiver for hvorfor en utvidet kontraktsvarighet var nødvendig i den konkrete saken.⁶¹ Noe av årsaken til at KOFA stiller høye krav til begrunnelsen, ved siden av at anvendelsen av unntaksregelen er snever, er antakelig for å sikre at det i den konkrete saken blir foretatt en forsvarlig vurdering av hvorfor konkurransehensynet ble tilsidesatt til fordel for driftsøkonomiske forhold.

KOFA konkluderte med at oppdragsgiver ikke hadde gitt en tilstrekkelig begrunnelse for behovet for utvidet avtaleperiode, og at det derfor brøt med anskaffelsesforskriften § 15-1 (4) å inngå en avtaleperiode på over fire år.

⁶⁰ Premiss 49.

⁶¹ Premiss 50.

Et eksempel som viser hvordan investeringskostnader kan legitimere en lengre avtaleperiode er der en leverandør har store investeringskostnader knyttet til maskiner i tilknytning til utvikling og levering av tjeneste eller vare til oppdragsgiver. Kostnader knyttet til erverv av inntekt, slik det er snakk om i dette tilfellet, gir leverandøren rett til å foreta avskrivninger.⁶²

Slike avskrivninger kan imidlertid ikke foretas som en stor avskrivning, men heller som flere prosentmessige like store avskrivninger fordelt over en periode på flere år. Dersom den nødvendige avskrivningsperioden er lenger enn fire år vil leverandøren bli satt i en situasjon der han vil komme uheldig ut av kontraktsforholdet da han ikke vil kunne benytte seg 100 % av den fradragsretten han har tilknyttet erversutgiftene, med mindre det åpnes for en lengre avtaleperiode.

En leverandør som har pådratt seg store utviklingskostnader vil dermed kunne ha behov for en lengre avskrivningsperiode enn fire år. I et slikt tilfelle vil hensynet til at det offentlige skal sørge for et stimulerende marked, jf. anskaffelsesloven § 1, tale for at man inngår en lengre avtaleperiode. Dette vil føre til at leverandøren, i løpet av avtaleperioden, får benyttet fradragsretten fullt ut samtidig som han får en viss fortjeneste som følge av kontraktsinngåelsen.

3.2.2.3 Brukerens behov

En annen omstendighet som kan tale for en lengre kontraktsperiode er der noe av avtaleperioden vil gå med til utvikling av det endelige produktet. Dette kan tenkes der oppdragsgiver stiller spesifikke krav til varen eller tjenesten.⁶³ Eksempelvis ved et behov for tilpasset spesiallevering, transport eller opplæring av ansatte for å kunne levere en tilstrekkelig tjeneste. For eksempel vil en leverandør av vedlikeholdstjenester på dataservere kunne ha behov for en opplæringsperiode av de ansatte for sikre at vedlikeholdet oppfyller de krav som oppdragsgiver har oppstilt i avtalen mellom partene.

Dersom oppdragsgiver har slike særegne krav eller behov vil leverandøren i noen tilfeller også se seg nødt til å påta seg ekstraordinære utgifter. Det er tenkelig at det i enkelte tilfeller vil være aktuelt med utvidet kontraktsvarighet på bakgrunn av en kombinasjon av ekstraordinære utgifter og særegne behov eller krav fra oppdragsgiver.

⁶² Lov 26. Mars 1999 nr. 14, om skatt av formue og inntekt (skatteloven), § 6-1.

⁶³ Steinicke og Groesmeier s. 902-903.

I KOFA sak 2014/5 gjaldt det kjøp av tjenester fra et privateid selskap som drev bo- og omsorgstiltak for barn, unge og voksne med fysiske og psykiske problemer. Innklagede hadde fått et øyeblikkelig behov for tilpassede bo og omsorgstjenester for tre brukere som blant annet krevde kontinuerlig døgnovervåking. Den ene brukeren hadde tidligere bodd i en annen tilpasset bolig, men grunnet frykt fra de andre beboerne kunne han ikke returnere dit.

Innklagede inngikk avtale med en leverandør uten å først konkurranseutsette anskaffelsen, og ble innklagd til KOFA.

Den sentrale vurderingen i saken var hvorvidt brukernes behov var av en slik grad at hensynet til konkurranse, reglene for varighet og anskaffelsesreglementet måtte settes til side.

KOFA henviser i premiss 44 til sak 2010/364. I den tidligere saken var det trukket et skille mellom enkeltkjøp av institusjonsplasser for barn innen barnevernet og rammeavtaler om institusjonsplasser, der enkeltkjøp ikke kunne anses som en kontrakt i anskaffelsesforskriftens forstand, men som et plasseringsvedtak. Dette skillet ble begrunnet med hensynet til barnets beste, og de forpliktelser staten har i tråd med FNs barnekonvensjon og barneloven. Denne henvisning viser at når det foreligger et høyere lovfestet hensyn, som har lovgitt forrang, må anskaffelsesregelverket med overordnede hensyn og prinsipper vike.

I den konkrete saken kunne imidlertid ikke hensynet til barnevernkonvensjonen og barneloven gjøres gjeldene da det ikke var snakk om å legge forhold til rette for fremtidig utvikling, men å heller løse et akutt problem med en vanskelig og utagerende bruker.

På tross av den endelige konklusjonen i saken er den et godt eksempel på et tilfelle der overordnede hensyn, som konkurranse, kan måtte vike på bakgrunn av formålet bak selve anskaffelsen. Det kan tenkes situasjoner der en bruker i et lignende tilfelle som det over har et så spesielt behov at kontraktens varighet utelukkende avhenger av hvordan brukerens tilstand utvikler seg. I et slikt tilfelle må en være bevisst på at hensynet til konkurranse kan aktualiseres, og står i fare for å bli krenket, dersom brukerens tilstand forbedrer seg i så stor grad at man plikter å heve avtale og gjennomføre en ny konkurranseutlysning.

3.2.2.4 Tilstrekkelig begrunnelse

Som nevnt i henvisningen til Canon Norge har KOFA krevd at oppdragsgiver begrunner den utvidede avtaleperioden tilstrekkelig. Det er ikke nok å henvise til vilkårene for utvidet avtaleperiode og påberope seg dette.

Dette kommer klart frem i klagenemdas sak 2011/102 (NHO). I den aktuelle saken hadde Forsvarets logistikkorganisasjon, FLO, inngått en rammeavtale om vare- og tjenesteleveranse på sanitetsmateriell med en varighet på tre kalenderår pluss opsjoner på til sammen to år, totalt fem års varighet. I tilfeller der det er aktuelt med opsjoner skal opsjonstiden anses som en del av den totale avtaleperioden, ettersom det er opp til oppdragsgiver å gjøre opsjonen gjeldene. Dermed skal kontraktstiden på tre år pluss to mulige år gjennom opsjon summeres og legges til grunn ved utregning av kontraktperioden, jf. sak 2008/140 (Canon Norge) premiss 49. Med utgangspunkt i hovedregelen om at en rammeavtale ikke kan ha lengre varighet enn fire år, var det i utgangspunktet et brudd på anskaffelsesforskriften å inngå en avtale som, inkludert opsjoner, hadde en varighet på over fire år.⁶⁴

I den videre drøftelsen gikk KOFA inn i en konkret vurdering av unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften med utgangspunkt i hva som var gjeldene EU- og EØS-rett. I premiss 32 flg. henvises det til Direktiv 2004/18/EF art. 32 nr. 2 (4) der det oppstilles en øvre grense for rammeavtalers varighet på fire år. Denne fireårsgrensen er satt av hensynet til konkurranse slik som tidligere nevnt i oppgaven. Samtidig åpnes det for utvidet avtaleperiode dersom det foreligger ”særlige tilfælde”.⁶⁵

Videre brukte KOFA Kommissjonens notat om rammeavtaler, samt Steinicke og Groesmeyers uttalelser i EU’s Ubudsdirektiver, som grunnlag for å fremstille et krav til begrunnelsen for utvidet avtaleperiode for rammeavtaler. Et krav til en grundig begrunnelsen er ønskelig ettersom det er snakk om anvendelse av et unntakstilfelle, hvor man tilsidesetter hensynet til konkurranse. Samtidig ble det påpekt at de overnevnte kildene åpnet for at investeringshensyn og behovet for en lengre avskrivningsperiode kan være aktuelle momenter i en slik begrunnelse i EU- og EØS-retten, og at det følgelig også vil være det i norsk rett.

I den konkrete saken ble det lagt til grunn et behov for implementering i kontrakten og opplæring av leverandøren, noe som ofte er nødvendig for at leverandøren skal oppfylle de

⁶⁴ Anskaffelsesforskriften § 6-1 (4) og § 15-1 (4).

⁶⁵ Direktiv 2004/18/EF, Artikkel 32 (2) 4.ledd.

krav som stilles til ytelsen. KOFA anså dette for å være sentrale momenter i vurderingen av unntaksregelen om retten til en forlenget avtaleperiode.

Den innklagede part hadde imidlertid bare påpekt de ulike behovene som forelå i saken, men ikke gitt noen konkret redegjørelse for behovet og aktualiteten for utvidet avtaleperiode. KOFA mente henvisningen fra innklagede ikke var en tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor unntaksbestemmelsen skulle anvendes, og konkluderte med at unntaksbestemmelsen ikke kunne gjøres gjeldene. Den utvidede avtaleperioden var dermed et brudd på anskaffelsesforskriften da den brøt med hovedregelen på fire år.⁶⁶

På bakgrunn av begrunnelseskravet som fremstilles i NHO-saken, samt Canon Norge-saken, kan det konkluderes med at det både i norsk rett, samt i EU- og EØS-retten, ikke er utelukket å inngå rammeavtaler som strekker seg utover hovedregelen på fire år. Det stilles imidlertid et høyt krav til selve begrunnelsen for anvendelsen av unntaksregelen, noe som viser at det er snakk om en snever unntaksregel.

3.3 Oppsummering

Det har i det foregående blitt redegjort for regelverket for rammeavtaler i EU- og EØS-retten og i norsk rett. Gjennom denne redegjørelsen har det kommet klart frem at den nasjonale retten fullt ut har sin bakgrunn i EU-direktivet. Norsk rett går lengre enn det kravet som stilles til gjennomføringen av selve direktivet i nasjonal rett. Dette fordi norsk rett benytter seg av EU-direktivets regler, standarder og krav på anskaffelser som er under EØS-terskelverdiene, noe som i utgangspunktet ikke kreves.

⁶⁶ premiss 37.

4 Enkeltkontrakter

4.1 EU- og EØS-rettens regulering av enkeltkontraktens varighet

I motsetning til hva som gjelder for rammeavtaler mangler EU- og EØS-retten en konkret regulering av varigheten for enkeltkontrakter. Hensynet til konkurranse ved tildeling av enkeltkontrakter, samt hensynet til effektivitet ved offentlige anskaffelser, taler imidlertid for at enkeltkontrakter ved offentlige anskaffelser skal være tidsbegrenset.⁶⁷ Det foreligger flere uttalelser fra Kommisjonen, samt andre lands praksis på området, som illustrer det gjeldende rettskildet bildet i EU- og EØS-retten.

En sentral avgjørelse hvor enkeltkontraktens varighet er tema er *Pressetext-dommen*.⁶⁸ Til forskjell fra KOFA-saker er avgjørelser avsagt i EU-domstolen bindende, noe som gir dem en betydelig rettskildemessig tyngde.

I avgjørelsen var det overordnede spørsmålet knyttet til endring av kontrakt, men det ble reist et eget spørsmål om hvorvidt en tidsbegrenset kontrakt var i strid med det grunnleggende kravet om konkurranse og prinsippet om fri flyt av varer og tjenester.

I premiss 73 drøfter domstolen hvorvidt EU-direktivet stenger for å inngå tidsbegrensede kontrakter. De konkluderer med at direktivet i utgangspunktet ikke stenger for muligheten til å inngå en tidsbegrenset avtale. En slik avtale vil imidlertid kunne være i strid med EU-direktivet, ettersom den over tid vil kunne hindre konkurranse. Videre vil en slik avtale også kunne hindre fri flyt av varer og tjenester. På bakgrunn av dette påpekte Domstolen at man skal være tilbakeholden med å inngå tidsbegrensede avtaler, med mindre det er et særlig behov.⁶⁹ Domstolen konkluderte med at det i den konkrete saken ikke forelå et brudd, på tross av at det var inngått en tidsbegrenset avtale, ettersom avtalen kunne sies opp og dermed ikke forhindret konkurranse.

⁶⁷ Sune Troels Poulsen, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, *EU udbudsretten, Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder og forsyningsvirksomhedsdirektivet*, 2. Utgave, København 2011 s. 207.

⁶⁸ C-454/06 premiss 73 flg.

⁶⁹ Dragsten s. 731.

Domstolen tok ikke stilling til hvorvidt enkeltkontrakter bør ha en øvre grense når det kommer til varighet, slik man har for rammeavtaler, men konkluderte med at en tidsbegrenset kontrakt må kunne sies opp etter en viss tid for å være i samsvar med konkurransehensynet som oppstilles i anskaffelsesregelverket og EU-direktivet.

Pressetext-dommen viser tydelig hvordan EU-domstolen, på bakgrunn av manglende hjemmel for regulering av enkeltkontraktens varighet, legitimerer et krav til kontraktsvarighet i hensynet til konkurranse. Dommen viser samtidig at en kontrakt som strekker seg over for lang tid vil komme i strid med EU- og EØS-reglene om fri flyt av varer og tjenester, som er det overordnede hensynet man ønsker å ivareta gjennom kravet til konkurranse. For den nasjonale delen vil anskaffelsesloven § 1 og § 5 også kunne anvendes.

Kommisjonen har i Draft Policy Guidelines in Framework Agreement Under Directive 90/531/EEC (Utilities) 18.12.1992 uttalt at

”15. Framework agreements must not hinder, limit or distort competition. [...].

The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, ... which may affect trade between Member States [...].

16. It can only be decided whether competition has been hindered, limited or distorted on a case by case basis. Evaluation should take account in particular of the duration of a framework agreement, the quantities involved, its possible effects on trade [...]. Framework agreements for a period substantially longer than the normal life of the equipment in question merit particular attention”.

Sitatet viser ikke bare hvordan lang kontraktsvarighet kan hindre konkurranse, og hvilke vurderinger Kommisjonen anser som sentrale for en vurderingen. Kommisjonen åpner også for at reglene for rammeavtaler kan overføres til å gjelde også for enkeltkontrakter.

4.2 Enkeltkontraktens varighet i norsk rett

4.2.1 Utgangspunktet for enkeltkontraktens varighet

For enkeltkontrakter finnes det ingen lovfestet regulering i likhet med det vi finner for rammeavtaler i anskaffelsesforskriften § 6-1 (4) og § 15-1 (4). Spørsmålet blir hvorvidt reglene for rammeavtaler kan anvendes analogisk, eventuelt om det kan tas utgangspunkt i reglene for rammeavtaler med tilpasninger til de særlige formål som gjøres gjeldene ved enkeltkontrakter.

Ved analogisk anvendelse av en bestemmelse binder man seg til bestemmelsen i sin helhet. Lovanvender kan dermed ikke ta utgangspunkt i bestemmelsen, for deretter å tilpasse den til det konkrete tilfellet. En analogisk anvendelse av bestemmelsene for rammeavtalers varighet vil dermed være lite hensiktsmessig i dette tilfellet ettersom særegne hensyn ved enkeltkontrakter ikke vil kunne vektlegges.

Å benytte seg av allerede eksisterende regelverk som utgangspunkt for reguleringen av lignende tilfeller er et vanlig metodisk grep i norsk rett. Eksempelvis brukes ofte de generelle prinsippene i kjøpsloven til å avgjøre tvister selv om tvisten ikke er innenfor kjøpslovens anvendelsesområde. Det avgjørende er at de samme prinsipper og hensyn kan gjøres gjeldene, selv om det faller utenfor anvendelsesområdet for den aktuelle bestemmelsen. Ettersom både rammeavtaler og enkeltkontrakter er to ulike avtaleformer som kan benyttes ved en offentlig anskaffelse, vil de samme overordnede hensyn og prinsipper som følger av EU-direktivet gjøres gjeldene på begge områder.

I tillegg står en oppdragsgiver fritt til å velge hvilken prosedyre- og avtaleform som skal benyttes innenfor rammene som regelverket setter. Det vil være en uheldig konsekvens dersom oppdragsgiver, ved å velge en avtaleform som ikke er konkret regulert, kan bestemme hvilke bestemmelser som skal gjelde eller ikke ved den aktuelle anskaffelsen. Helhetlig taler dette sterkt for at det må kunne åpnes for å bruke anskaffelsesforskriftens bestemmelser for rammeavtaler som utgangspunkt for reguleringen av enkeltkontrakter.

KOFA har imidlertid, i sak 2010/23 (Bergen-Nordhordaland Rutelag) premiss 37, uttalt at reglene for rammeavtaler i anskaffelsesforskriften ikke kan overføres til å gjelde for andre enkeltkontrakter. KOFA gir ingen utdypende forklaring for hvorfor reglene ikke kan overføres til å gjelde for enkeltkontrakter, men de nevner kort rammeavtalers fleksibilitet. Det

kan derfor tenkes at KOFA velger å være aktsomme med en direkte overføring av reglene ettersom enkeltkontrakter sjelden har den samme fleksibiliteten som rammeavtaler, noe som gjør at de ofte kan falle utenfor kjerneområdet av reglene for rammeavtalers varighet.

Uttalelser fra KOFA er som nevnt ikke bindende på samme måte som rettspraksis, og en trenger følgelig ikke å anse overføringsforbudet som gjeldene rett. Uttalelsen over viser imidlertid hvilket teoretisk syn et spesialisert forvaltningsorgan har på det konkrete spørsmålet. Det er derfor hensiktsmessig å se etter andre eventuelle grunnlag å regulere enkeltkontraktens varighet på. Spørsmålet blir da hvilket grunnlag man skal bruke for å vurdere og fastsette enkeltkontraktens varighet.

Som et generelt utgangspunkt kan man se på anskaffelseslovens formålsparagraf § 1, samt de grunnleggende krav i § 5 der blant annet kravet til konkurranse fremmes. Som tidligere nevnt er disse hensynene en lovfestet innføring av gjeldene EU-direktiv og kommer til anvendelse på et overordnet nivå ved enhver offentlig anskaffelse. Dermed vil disse hensynene, og da særlig konkurransehensynet, legge klare rammer for en vurdering av en enkeltkontraktens varighet.

Ytterligere fremkommer det i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) at ”enhver anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes”. I ordlyden ligger det et implisitt krav om forholdsmessighet. Som tidligere nevnt vil kravet til gjennomføringen av konkurranse øke parallelt med anskaffelsens verdi. Dette fører til at oppdragsgiver får økte kostnader tilknyttet gjennomføringen av konkurransen ved anskaffelser av stor verdi. Med hensyn til det offentliges kostnader knyttet til konkurransegjennomføringen ved anskaffelser vil omfattende og dyre anskaffelser, som krever ekstra kostnader til konkurransegjennomføringen, tale for lengre kontraktsvarighet for å spare det offentlige for store omkostninger knyttet til gjennomføringen av de enkelte anskaffelsene. På den andre siden vil her hensynet til de ulike leverandørene, og konkurranse i markedet, øke desto større anskaffelse det dreier seg om. Følgelig vil hensynet til konkurranse og de ulike leverandørene gå foran det offentliges utgifter tilknyttet gjennomføringen av konkurransen når det gjelder spørsmålet om kontraktens varighet.

Det legges følgelig til grunn at man ved inngåelsen av en enkeltkontrakt må ta hensyn til prinsippet om konkurranse og de overordnede kravene som stilles til det offentlige i anskaffelsesprosessen.

For å illustrere hvordan konkurransehensynet gjøres gjeldene ved en enkeltkontrakt brukes samme eksempel som for rammeavtaler. Dersom man inngår en enkeltkontrakt som strekker seg over lang tid, eller som ikke har en ende i det hele tatt, vil dette kunne gi leverandøren en særlig fordel i markedet ved at han gjennom avtalen vil ha enerett til å levere til det offentlige over en lengre periode, samtidig som konkurrentene vil være utelukket fra denne delen av markedet. Dette vil i verste tilfelle kunne medføre at leverandøren får et monopol, noe som i prinsippet innebærer at det ikke finnes noen reel konkurranse i markedet. Et slikt tilfelle vil være et direkte brudd på hensynet til fri flyt av varer og tjenester i EU- og EØS-retten samt bryte med hensynet til konkurranse i anskaffelseslovens formålsparagraf.⁷⁰ Samtidig vil det offentlige fort kunne anklages for å opptre med manglende integritet, noe som vil bryte med formålet bak det nasjonale anskaffelsesregelverket.⁷¹

KOFA har i sak 2010/23 (Bergen-Nordhordland Rutelag) uttalt seg om kontraktsvarighet i tilfeller som ikke omfattes av anskaffelsesforskriftens bestemmelser for rammeavtaler. De viser til EU-domstolen sak C-454/06 (Pressetext) der det i premiss 75 står at, "[t]ilsvarende kan en klausul, hvorved parterne forpligter sig til i en bestemt periode ikke at opsiges en tidsubegrenset aftale, ikke på forhånd anses for at være ulovlig i forhold til fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter." KOFA mente at denne uttalelsen kunne forstås dithen at selv om det ikke vil være i strid med regelverket å inngå en tjenesteytelsesavtale uten å fastsette varigheten av den, kan kontrakten likevel komme i strid med EU- og EØS-reglene om fri bevegelse for varer og tjenester slik disse er nedfelt i anskaffelseslovens § 5 for offentlige kontraktors del.⁷² Dette viser at anskaffelseslovens § 5 henvisning til konkurransehensynet ikke bare stiller et krav til selve anskaffelsesprosessen, men også til varigheten av den enkelte kontrakt.⁷³

Hvorvidt hensynet til konkurranse er oppfylt vil kreve en konkret vurdering ved hver enkelt anskaffelse. Et minimumskrav for at konkurransehensynet er oppfylt i de fleste større anskaffelser, finnes i anskaffelsesforskriften § 2-1 om at alle anskaffelser over 500 000 kroner skal utlyses i DOFFIN,⁷⁴ eventuelt TED-databasen dersom kontraktsverdien overstiger EØS-terskelverdiene.⁷⁵ Dersom en oppdragsgiver gjør dette vil han langt på vei ha oppfylt kravet til

⁷⁰ Anskaffelsesloven § 1.

⁷¹ Anskaffelsesloven § 1.

⁷² KOFA 2010/23 premiss 39.

⁷³ KOFA 2010/23 premiss 39, siste setning.

⁷⁴ Anskaffelsesforskriften § 2-1 (2).

⁷⁵ Anskaffelsesforskriften § 2-2 (1).

konkurransen, med forbehold om at kravspesifikasjonen følger de gjeldene reglene i anskaffelsesforskriften slik at den ikke virker konkurransehennende ved å for eksempel utelukke enkelte tilbydere.

I tillegg må kravet i anskaffelsesforskriften § 2-1 sees i sammenheng med ordlyden i § 3-1 der det står at anskaffelser, så langt det er mulig, skal konkurranseutsettes, noe som åpner for at anskaffelser under 500 000 kroner også bør konkurranseutsettes for at hensynet skal være ivaretatt.

Dette vil imidlertid bare oppfylle kravet til konkurranse ved selve kontraktsinngåelsen. Som det fremmes i Pressetext-saken, er det ikke nødvendigvis et brudd på konkurransehensynet å inngå en tidsbestemt enkeltkontrakt. Det er først når kontraktsforholdet har eksistert en stund at man kan vurdere hvorvidt det bryter med konkurransehensynet eller ikke.

I KOFA-sak 2015/17 (Helse Bergen) var det inngått en enkeltkontrakt med en varighet på 4 til 6 år for anskaffelse av nye operasjons- og undersøkelseslamper til Helse Bergen. Spørsmålet var om kontraktens varighet over tid ville bryte med konkurransehensynet.

Klager hevdet at det ikke forelå særskilte forhold som kvalifiserte til en utvidet varighet, og at kontrakten slik den ble inngått ville virke konkurransehennende. Innklagede på sin side anførte at utskiftingen måtte utføres i perioder slik at det passet i forhold til den daglige driften og at utskiftingstidspunktet måtte tilpasses økonomi, behov og kapasitet. I tillegg var det viktig for innklagede å få en standardisering av utstyrstypen.⁷⁶

KOFA vektla hensynet til oppdragsgivers behov for tilpasning av tjenesten, samt ønsket om en standardisering av utstyrstypen, var avgjørende for at avtalen ikke kunne anses å bryte med konkurransehensynet. Samtidig ble klagers begrunnelse for hvorfor en slik avtale ville virke konkurransehennende ansett som mangelfullt begrunnet og kunne følgelig ikke vektlegges.

Det sentrale i avgjørelsen var oppdragsgiver behov for tilpasning av tjenesten, samt behovet for en standardisering av utstyrstypen i den konkrete anskaffelsen. Hadde saken omhandlet bytte av lyspærer i alle taklamper i samtlige av Helse Bergens bygg i løpet av den samme perioden, ville ikke disse hensynene kunne gjøres gjeldene på samme måte.

Det kan imidlertid tenkes at konklusjonen i Helse Bergen hadde vært en annen dersom klager hadde begrunnet sitt synspunkt ytterligere. Dette fordi leverandøren, gjennom enerett på

⁷⁶ premiss 27.

bytting av lyspærer over en periode på 4 til 6 år, får sikret fast inntekt i hele perioden. Denne sikkerheten kan han utnytte til å ta mindre marginer i andre anbudskonkurranser. Dermed vil en kontrakt, som i utgangspunktet ikke virket konkurransehindrende eller konkurransevidende, få en slik effekt etter en tid.

4.2.2 Momenter for å vurdere kontraktsvarighet

Det er ikke tilstrekkelig å bare ta hensyn til konkurransehensynet og de overordnede prinsippene i anskaffelsesretten ved vurderingen av varigheten av en enkeltkontrakt. Hvilken varighet som skal gjelde i det enkelte tilfellet vil, slik det fremkommer av tidligere nevnte KOFA-saker, bero på en konkret helhetsvurdering av hva som anses som forretningsmessig i det enkelte tilfellet, et synspunkt Dragsten også gir uttrykk for i sin bok.⁷⁷ Spørsmålet videre blir følgelig hvilke andre momenter som kan aktualiseres ved vurderingen av en enkeltkontrakts varighet.

I KOFA-sak 2010/361 (Gabler Wassum) var det inngått to tidsubegrensede avtaler om fondsledelse og investeringsrådgivning til en kontraktsverdi over kr 500 000.

I vurderingen om hvorvidt den tidsubestemte enkeltkontrakten brøt hensynet til konkurranse henviste KOFA i premiss 30 til de vurderingene som ble gjort for enkeltkontrakter på bakgrunn av regelverket for rammeavtaler i Bergen-Nordhordland Rutelag-saken,⁷⁸ jf. anskaffelsesforskriftens § 6-1 (4) ”særlige forhold”.⁷⁹ Vurderingene er tidligere gjennomgått under delen om rammeavtaler punkt 4.1.2.

KOFA mente at momentene for utvidet avtaleperiode for rammeavtaler kunne benyttes for å vurdere varigheten av en enkeltkontrakt.

Ved første øyekast kan uttalelsen synes å være i direkte konflikt med det overføringsforbudet KOFA la til grunn i Bergen-Nordhordland Rutelag-saken.⁸⁰ Det er imidlertid ikke snakk om en konflikt ettersom KOFA i Gabler Wassum-saken avviser analogisk bruk av reglene. Det KOFA gjør er å åpne for en ulovfestet vurdering av de samme momentene som gjelder for rammeavtaler, men på bakgrunn av de grunnleggende hensyn og prinsipper i anskaffelsesretten og ikke på bakgrunn av bestemmelser i forskrift. På denne måten

⁷⁷ Dragsten s. 732.

⁷⁸ KOFA 2010/23.

⁷⁹ se også § 15-1 (4).

⁸⁰ KOFA 2010/23

oppretholder de analogiforbudet fra tidligere KOFA-uttalelser ved å unngå bruken av anskaffelsesforskriftens bestemmelser, men benytter seg heller av anskaffelseslovens formålsbestemmelse som hjemmel.

Helhetlig kan Bergen-Nordhordland Rutelag-saken brukes som et argument imot direkte analogi av anskaffelsesforskriftens bestemmelser for rammeavtaler, samtidig som den på bakgrunn av de overordnede hensynene i anskaffelseslovens § 5 åpner for å anvende fireårsbegrensningen til å også gjelde for enkeltkontrakter. Videre begrunner KOFA standpunkt gjennom henvisning til EU-praksis, da særlig Preettext-saken. Dette bidrar til å gi argumentasjonen ytterligere vekt ettersom de på denne måten knytter den norske anskaffelsesretten opp mot det overordnede EU-direktivet og de rettskildene som her gjelder, og som skal ilegges direkte betydning ved tolknings spørsmål.

Dette medfører at anskaffelsesforskriftens bestemmelser for rammeavtaler ikke kan anvendes analogisk, men heller fungerer som overordnede retningslinjer for varigheten av enkeltkontrakter. Dermed må man ved en vurdering av enkeltkontraktens varighet ta utgangspunkt i de grunnleggende hensyn og prinsipper i anskaffelsesretten, samt forretningsmessige hensyn som gjelder generelt i anskaffelsesprosessen og som kommer til uttrykk i anskaffelsesloven.⁸¹

På bakgrunn av vurderingene over, og ved å anvende reglene for rammeavtaler som overordnede retningslinjer, vil et generelt utgangspunkt for varigheten av enkeltkontrakter settes til en fireårs grense. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering av kontraktsperioden ved hver enkelt anskaffelse, ettersom hensynet til konkurranse⁸² eller effektivitet⁸³ kan tale for lengre eller kortere kontraktsvarighet.

4.2.3 Ytterligere momenter

Ovenfor har det blitt gjort klart at vilkårene for utvidet varighet for rammeavtaler kan fungere som overordnede retningslinjer i vurderingen av enkeltkontraktens varighet. Spørsmålet videre blir dermed hvilke andre hensyn som kan gjøres gjeldene for at en enkeltkontrakt skal ha utvidet varighet.

⁸¹ Dragsten s. 732.

⁸² Anskaffelsesloven § 5.

⁸³ Anskaffelsesloven § 1.

Som tidligere forklart gjelder konkurransehensynet som et generelt overordnet prinsipp i anskaffelsesretten, og vil følgelig ligge som en grunnstein for vurderingen videre. Dermed vil ethvert argument som taler for forlenget kontraktstid måtte holdes opp mot hensynet til konkurranse. Dersom hensynet som taler for forlenget varighet veier tyngre enn konkurransehensynet, vil imidlertid konkurransehensynet helt eller delvis måtet vike i de enkelte tilfeller.

Investeringskostnader har tidligere blitt ilagt stor betydning ved vurderingen av kontraktsvarigheten. I tilfeller der leverandøren må foreta store investeringer for å oppfylle sin kontraktsrettslige plikt, vil investeringshensyn være et argument for en lengre kontraktsperiode. Særlig i tilfeller der investeringene utelukkende skjer som et ledd i den spesifikke ytelsen av varen/tjenesten til oppdragsgiver, og ikke vil kunne benyttes til annen drift, vil det kunne være aktuelt med en utvidet kontraktsperiode.⁸⁴ Det ville vært urimelig om leverandøren ikke fikk dekket slike utgifter.

Her oppstår det imidlertid et problem i de tilfeller der en leverandør velger å underprise tilbudene sine slik at han går i tap. Det må skilles mellom to tilfeller der underprising er aktuelt. Det ene er de tilfeller der en nyetablert leverandør ønsker å komme inn i markedet, en annen er de tilfeller der en stor og etablert leverandør i markedet kan underprise sine tjenester på bakgrunn av stordriftsfordeler.

I utgangspunktet står en leverandør fritt til å prise sine tilbud slik han selv ønsker. Dersom han tror at underprising i en spesifikk konkurranse vil gi ham innpass i et marked, noe som igjen vil føre til at han totalt sett går i pluss, er dette en risiko han selv velger å ta. Det samme gjelder for den etablerte leverandøren som kan underprise sine tjenester ettersom han kan gjøre innsparinger gjennom sin storbedrift. Oppdragsgiver kan i utgangspunktet ikke gjøre noe for å forhindre en slik prising, forutsatt at leverandøren leverer tjenesten eller varen i tråd med avtalen mellom partene. Begge tilfellene reiser imidlertid hver sin problemstilling.

Problemet med en leverandør som underpriser sin ytelse for å komme inn i markedet er at han setter seg selv i en økonomisk sårbar posisjon. Dersom leverandøren ikke får den ønskede effekten, kan han på grunn av sine kontraktsrettslige forpliktelser eksempelvis stå i fare for å gå konkurs. Oppdragsgiver kan i slike tilfeller avvise et tilbud dersom det virker unormalt lavt i forhold til ytelsen jf. anskaffelsesforskriftens § 11-11 (2) (c) og § 20-13 (2) (c). En slik

⁸⁴ Dragsten s. 733.

avvisning er en rett oppdragsgiver har, og ikke en plikt jf. vilkåret ”kan”. Hvorvidt en avvisning bør finne sted eller ikke er utenfor denne oppgavens tema.

Det sentrale er hvilken effekt en slik underprising over tid vil ha for konkurransen og det offentliges anskaffelser.

Dersom det offentlige ved flere tilfeller tildeler kontrakter til leverandører som ikke klarer å oppfylle sine kontraktsrettslige forpliktelser vil det bryte med anskaffelsesregelverkets formål om sikre og gode anskaffelsesprosesser. Videre vil det offentlige kunne bli anklaget for å opptre med manglende integritet ettersom gjentatte kontraktsinngåelser med useriøse leverandører vil anses som useriøs og slett gjennomføring av en anskaffelsesprosess. Ved gjentatte kontraktsinngåelser med leverandører som ikke oppfyller sine kontraktsrettslige forpliktelser svekkes også markedet ved at seriøse leverandører blir utkonkurrert på pris.

I de tilfeller der en leverandør kan underprise sin tjeneste på bakgrunn av storbedriftsfordeler oppstår det et spørsmål om reel konkurranse i markedet. Selvsagt må en leverandør av eksempelvis vasketjenester få benytte seg av fordelene ved å ha en stor og etablert kundeliste. Dette vil gi ham muligheten til å foreta store fellesinnkjøp som han kan fordele på de ulike kundene sine, og på denne måten kutte kostnader. Et tilfelle som illustrerer dette på en god måte er Forsvarets tildelingen av vasketjenester til ISS.⁸⁵ Forsvaret valgte her å dele opp kontrakten i ti separate kontrakter, for å gi de mindre, lokaletablerte vaskefirmaene en reel mulighet til å delta i konkurransen. På tross av denne oppdelingen vant ISS alle de ti kontraktene og ble eneleverandør av vasketjenester til Forsvaret. Det er tilnærmet sikkert at ISS, gjennom storinnkjøp, kunne utkonkurrere de andre leverandørene når det kommer til forbruksprodukter da de er den største leverandøren av renholdstjenester i Norge, og i tillegg er et internasjonalt konsern.

Det kan imidlertid ikke anses som et brudd på konkurransehensynet at en stor og etablert leverandør benytter seg av de fordelene han har i markedet. En oppdragsgiver må imidlertid være bevisst på hvilke leverandører som er aktuelle ved utlysningen av et oppdrag, da store etablerte leverandører i praksis kan oppnå monopol i markedet gjennom sine storbedriftsfordeler. Eksempelvis er det tvilsomt at tildelingen av Forsvarets vasketjenester ville ført til reell konkurranse dersom hele kontrakten ble utlyst som en kontrakt istedenfor å bli delt opp i ti mindre, men fortsatt omfattende, kontrakter.

⁸⁵ <https://www.doffin.no/Notice/Details/2016-094238>.

I tilfeller der leverandøren enkelt kan få dekket slike utgifter ved å justere prisen på sin vare eller tjeneste vil det i mindre grad være aktuelt med en utvidet kontraksperiode. Kreves det imidlertid avskrivninger for at disse utgiftene skal dekkes fullt ut, er det rett og rimelig at kontraksperioden er tilstrekkelig lang for at leverandøren skal kunne foreta full avskrivning som følge av sine investeringer. Dersom det ved en større kontrakt ikke åpnes for at leverandøren skal kunne tjene inn de utgifter/investeringer han har hatt, vil det medføre dårligere kvalitet på den ytelsen leverandøren presterer. Leverandørens motivasjon ved ytelsen er økonomisk gevinst, og dersom han ikke får muligheten til en slik gevinst vil motivasjonen for å yte en kvalitetsmessig god tjeneste forsvinne. Til sammenligning vil ikke en ansatt yte sitt beste på arbeidsplassen dersom han bare får lønn for halvparten av arbeidet han utfører.

KOFA-sak 2010/197 (GemiNor) er et godt eksempel på at utvidet kontraksvarighet var nødvendig for at leverandøren skulle få dekket sine utgifter/investeringer. I dette konkrete tilfellet forelå det en kontraksperiode på fire år, med opsjon på ytterligere to år. Kontrakten medførte store omkostninger for både oppdragsgiver og leverandørene, og det var påkrevd med en vesentlig avskrivningstid for å få dekket noe av utstyret som var nødvendig for selve kontraksoppfyllelsen. På tross av at avskrivningsperioden var på over seks år, forelå det ikke brudd på regelverket,⁸⁶ nettopp fordi det her var helt nødvendig med en så lang kontraksperiode for at de nødvendige avskrivninger skulle kunne gjennomføres for leverandøren.

Et moment som har vært nevnt flere ganger i oppgaven, og som vil tale imot lengre kontraksperioder på tross av avskrivningshensyn, er konkurransehensynet. Sett at man foretar en svært omfattende anskaffelse, som av økonomiske hensyn krever en lengre kontraksperiode. Dersom en slik tildeling vil føre til en vridning av konkurransen, eller en skjevhet i markedet, eksempelvis ved at leverandør får monopol, vil hensynet til konkurranse tale for en kortere kontraksvarighet.

En eventuell løsning for å ivareta konkurransehensynet finner vi KOFA-sak 2004/16 (Ementor). I dette konkrete tilfellet skulle det foretas en stor IT-anskaffelse, der kontraksperioden ble satt på totalt åtte år med opsjoner. Det spesielle var at IT-anskaffelsen dekket det fullstendige behovet for IT-tjenester oppdragsgiver hadde. Spørsmålet var om

⁸⁶ premiss 91.

oppdragsgiver var pliktig til å dele opp kontrakten. KOFA kom her frem til at fordelene ved å ha en leverandør over så mange år måtte veies opp mot markedshensynet og konsekvensene en slik kontraktstildeling ville få.

Det ble lagt vekt på virkningene ved å ha en avtaleperiode på totalt åtte år, inkludert opsjoner, og hvordan dette vil kunne påvirke markedet. I premiss 89 står det: "[...]de virkninger et slikt leverandørvalg har i markedet, må det stilles strenge krav til etterlevelse av anskaffelsesreglene, siden de beslutninger som gjøres i et slikt tilfelle, i realiteten langt på vei vil etablere et leverandørmonopol og virke til å ekskludere konkurranse over et betydelig tidsrom".

Videre fremhever KOFA i premiss 90 flg, blant annet gjennom henvisning til Nærings- og handelsdepartementets veileder til forskriften punkt 13.2 siste avsnitt, hvordan en langvarig kontrakt kan være i strid med konkurransehensynet ved at den avskjærer muligheten for andre leverandører til å oppnå leveranser for lange perioder av gangen. Til slutt knyttet de argumentasjonen sin opp mot Kommisjonens veileder 90/531/EEC (15) og (16) fra 1992 som gir ytterligere støtte til konkurransehensynet som begrensning for kontraktsvarighet. På denne måten forankret KOFA sin argumentasjon i en rettskilde med betydelig større vekt enn norsk teori.

Med utgangspunkt i vurderingen av hensynet til konkurranse, med støtte i Kommisjonens tidligere uttalelser, konkluderte KOFA med at det i det konkrete tilfellet ville være i direkte brudd med konkurransehensynet, jf. anskaffelsesloven § 5, å ha en 8 års kontrakt. Oppdragsgiver måtte dermed dele opp kontrakten for å ivareta konkurransehensynet. Det skal imidlertid påpekes at KOFAs uttalelser senere har blitt kritisert av blant annet Dragsten⁸⁷ for å ikke tilstrekkelig ha vurdert nødvendigheten og fordelene ved å ha én leverandør. Hensynet til å ha én leverandør vil bli nærmere drøftet senere i fremstillingen.

Proporsjonalitetsprinsippet har også direkte innvirkning på kontraktsvarigheten. Prinsippet gjør seg gjeldene som en del av den totale vurderingen ved at eksempelvis store investeringer for leverandøren eller oppdragsgiver skal dekkes tilstrekkelig i løpet av kontraktsperioden. Samtidig må ikke kontraktens varighet innskrenke den frie konkurransen mer enn nødvendig for at slike utgifter skal dekkes.⁸⁸

⁸⁷ Dragsten s. 733.

⁸⁸ Dragsten s. 734.

Som nevnt kan også effektivitetshensyn, jf. anskaffelsesloven § 1, være avgjørende for kontraktsvarigheten. I tilfeller der det er snakk om en relativt enkel anskaffelsesprosess der både oppdragsgiver og leverandør får stor effekt av avtalen, eksempelvis ved at leverandøren tjener raske og gode penger på en relativt enkel ytelse over en kort periode, vil effektivitetshensyn i sammenheng med konkurransehensynet tale imot å ha en kontraktsperiode opp mot fire år.

Som tidligere nevnt kan oppdragsgivers fordeler ved å ha én leverandør brukes som argument for en lengre kontraktsperiode. I Ementor-saken⁸⁹ ønsket oppdragsgiver nettopp å ha én leverandør på hele den ønskede IT-tjenesten. Som nevnt mente KOFA at det i den konkrete saken ikke var i tråd med anskaffelsesregelverket å ha én leverandør over en så lang periode, da det i praksis ga leverandøren monopol på området.

Det som var spesielt ved denne saken var at det var snakk om IT-tjenester ved byggingen av nye St. Olavs Hospital i Trondheim.⁹⁰ Ved en så omfattende og sammensatt tjeneste kan kvaliteten på det totale produktet bli vesentlig dårligere dersom man må forholde seg til ulike leverandører. I tillegg vil man ved kjøp av IT-tjenester kunne få manglende kompatibilitet mellom produktene/programvaren, dersom man har flere leverandører. Dermed kan det tenkes at oppdragsgiver i visse tilfeller må tillates å tildele en stor kontrakt, som vil kreve store omkostninger for begge parter, til én tilbyder. Dette fordi det rett og slett er den eneste måten man kan sikre at ytelsen har tilstrekkelig kvalitet samtidig som hensynet til effektivitet ivaretas.

I slike tilfeller vil det være effektivitetshensynet som taler for at oppdragsgiver skal ha rett til å tildele en stor kontrakt istedenfor å måtte dele den opp. I tillegg vil avskrivningshensyn gjøres gjeldene for leverandøren, da det for ham er prekært med en lang kontraktsperiode for å kunne foreta de nødvendige avskrivninger.

Et siste moment, som bare vil gjelde ved typiske bygg- og anleggskontrakter, er tilfeller der konstruksjonstiden er så lang at man går over en tenkt grense på 4 år bare for å ferdigstille konstruksjonen. Det vil være ineffektiv bruk av ressurser, og unødig tungvint om det i slike tilfeller skal konkurranseutsettes midtveis i ferdigstillingen av konstruksjonen. Derfor vil det i slike tilfeller være strenge krav til selve konkurranseutlysningen nettopp av hensynet til

⁸⁹ KOFA 2004/16.

⁹⁰ Dragsten 2013 s. 733.

kontraktens varighet, men også av hensyn til proporsjonalitetsprinsippet da en slik anskaffelse vil være av en betydelig verdi.

4.3 Konklusjon

Det må på bakgrunn av den overnevnte praksisen konkluderes med at det ikke kan utledes eksplisitte regler for enkeltkontraktens varighet. Omfattende praksis har på bakgrunn av hensynet til konkurranse, samt fri flyt av varer og tjenester, oppstilt et generelt utgangspunkt for enkeltkontraktens varighet på 3 til 5 år i EU- og EØS-retten.⁹¹ Dette er imidlertid et for uklart grunnlag til å kunne avgjøre en enkeltkontraktens varighet i en konkret sak.

Varigheten av en enkeltkontrakt vil i en konkret sak måtte drøftes på bakgrunn av de overordnede hensyn og prinsipper i EU-direktivet og anskaffelsesretten, samt økonomiske og/eller tekniske omstendigheter, som gjelder på et generelt nivå i anskaffelsesprosessen.

Ytterligere er det åpnet for at de samme momenter som aktualiseres ved vurderingen av forlenget varighet av en rammeavtale, også kan benyttes i selve vurderingen for hvor lang varighet en enkeltkontrakt skal ha. Dette begrunnes med at de samme grunnleggende hensyn og prinsipper hovedsakelig gjøres gjeldene ved en anskaffelse, uavhengig av om det inngås en rammeavtale eller en enkeltkontrakt. På denne måten sørger man for en harmonisering mellom reglene for rammeavtaler og enkeltkontrakter, samtidig som man sikrer et konsekvent regelverk uavhengig av hva slags kontraktstype som inngås i den enkelte anskaffelse.

4.4 Forslag til forskriftsregulering av enkeltkontraktens varighet

Med utgangspunkt i de vurderinger og avklaringer som er foretatt i denne oppgaven kan et forslag til en forskriftsbestemmelse for regulering av enkeltkontraktens varighet være ”Oppdragsgiver kan ikke inngå kontrakt ved en enkeltanskaffelse på mer enn 5 år, med mindre det foreligger særlige forhold, for eksempel knyttet til avtalens formål, investeringskostnader eller brukerens behov.”

Forslaget bygger i hovedsak på bestemmelsen for rammeavtaler i anskaffelsesforskriftens § 6-1 (4). Det er hensiktsmessig å benytte seg av den samme strukturen som ved rammeavtaler da

⁹¹ Poulsen, Jakobsen og Kalsmose-Hjelmborg s. 207.

dette skaper harmoni i regelverket ettersom det som tidligere nevnt er de samme overordnede hensyn og prinsipper som gjøres gjeldene ved rammeavtaler og enkeltkontrakter.

Med en hovedregel på 5 års varighet befinner man seg i øvre grense av det utgangspunktet for kontraktsvarighet EU- og EØS-retten har lagt seg på,⁹² og 1 år over den hovedregelen som gjelder for rammeavtaler. Grunnen til denne utvidede varigheten ligger i fleksibilitetshensynet som er bakgrunn for reguleringen av rammeavtaler. Som nevnt har rammeavtaler en større fleksibilitet ettersom partene kan inngå kontrakter på allerede fastsatte vilkår basert på det til enhver tid gjeldene behov. Det er derfor et behov for å begrense lengden på slike avtaler da en rammeavtale som strekker seg over lang tid fort kan krenke hensynet til konkurranse. Enkeltkontrakter har imidlertid ikke den samme fleksibiliteten, og har i utgangspunktet sjelden den samme varigheten som en rammeavtale. I de tilfellene en enkeltkontrakt har en varighet opp mot 4 til 5 år er det ofte fordi hensyn som brukes for å begrunne en forlenget avtaleperiode for rammeavtaler allerede ligger til grunn. Eksempelvis ved en bygge- og anleggskontrakt der konstruksjonsperioden er på 5 år. Ved å åpne for at slike enkeltkontrakter kan vare i 5 år, åpnes det for et mer anvendelig regelverk, noe som er i tråd med målsettingen bak det nye EU-direktivet om økt fleksibilitet å redusere de administrative byrdene for oppdragsgivere og leverandører.⁹³

Som tidligere sagt under punktet om rammeavtaler er terskelen for å anvende unntaksbestemmelser i anskaffelsesretten generelt høy. I likhet med bestemmelsen for rammeavtaler er det også i forskriftsforslaget en høy terskel for anvendelse av unntaksbestemmelsen jf. ordlyden ”særlige”.

Forslagets opplisting av tre mulige vilkår for å unngå hovedregelen er i likhet med de for rammeavtaler ikke ment å være uttømmende jf. ordlyden ”for eksempel”. En uttømmende ordlyd vil fort kunne få negative følger ettersom det er tilnærmet umulig å ta høyde for ethvert moment som kan tale for en forlenget kontraktsperiode. Årsaken til at de samme vilkårene som for rammeavtaler benyttes er å skape harmoni og koherens i regelverket. Som det omfattende har blitt forklart vil de samme prinsipper og hensyn gjøres gjeldene uavhengig om det foreligger en rammeavtale eller enkeltkontrakt. Dermed er det hensiktsmessig å knytte forskriftsforslaget opp mot anskaffelsesforskriftens § 6-1 (4).

⁹² Poulsen, Jakobsen og Kalsmose-Hjelmborg s. 207.

⁹³ Prop. 51 L (2015-2016) del. 1

Litteraturliste

Lovgivning

- Lov 16. Juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
- Lov 27.11.1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- Lov 26. mars 1999 nr. 14, om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

Forskrift

- Forskrift 7. april 2006 nr. 402 (forskrift om offentlige anskaffelser).
- Forskrift 7. April 2006 nr.403 (forskrift om innkjøp i forsyningssektorene).
- Forskrift 15. nov. 2002 nr. 1288 (forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser).
- Forskrift 4. Okt. 2013 nr. 1185 (forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser).

Direktiver

- Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of the public works contracts, public supply contracts and public service contracts.
- Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

Bøker

- Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser, regelverk, praksis og løsninger* (Oslo 2013).
- Thue, Anders, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer* (Oslo 2013).
- Gjønnnes, Arnhild Dordi, *Regelsamling for offentlige anskaffelser, internasjonale og nasjonale anskaffelsesregler og aktuelle domsavgjørelser*, 2. Utgave (Bergen2007).
- Bakken, Espen og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser* (Bergen 2013).

- Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3.utgave, (Oslo 2011).
- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. Utgave (København 2008).
- Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, *EU udbudsretten, Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder og forsyningsvirksomhedsdirektivet*, 2. Utgave (København 2011).

Rettspraksis

Norsk Retstidende

- Rt. 2007 s. 983
- Rt. 2002 s. 391

EU-domstolen

- C-454/06 (Presstext)

Forarbeider

Proposisjoner

- Prop. 51 L (2015-2016)

Norges offentlige utredninger

- NOU 1997:21.
- NOU 2014:4.

KOFA-avgjørelser

- KOFA 2004/16
- KOFA 2008/140
- KOFA 2010/23
- KOFA 2010/197
- KOFA 2010/361
- KOFA 2010/364
- KOFA 2011/65

- KOFA 2011/102
- KOFA 2014/5
- KOFA 2015/17
- KOFA 2016/18

Veiledere

- KOM (96) 583, Grønbogen om offentlige innkjøb.
- CC 2005/03, 2005-07-14.

Nettsider

Alle linker sist kontrollert 25.05.2016

- <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2015-12-11>.
- <https://www.difi.no/rapporter-og-statistikk/nokkeltall-og-statistikk/innkjop#4328>.
- <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/nytt-anskaffelsesregelverk-er-underveis/id2482572/>.
- <https://www.doffin.no/Notice/Details/2016-094238>.