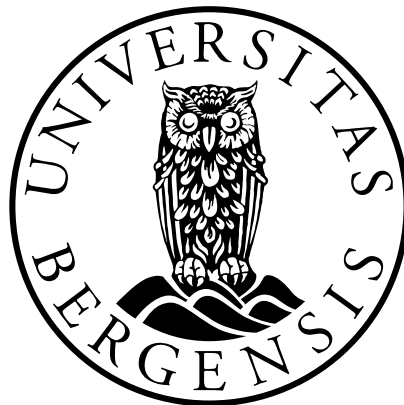


Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring

*Vilkårene for å benytte unntaket i FOA § 13-3
bokstav e)*

Kandidatnummer: 96

Antall ord: 13175



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet.....	4
1.2 Metode og rettskildebildet	6
1.2.1 Generelt	6
1.2.2 Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten	8
1.3 Det videre innholdet	9
2 Hvilke forhold er det oppdragsgiveren "ikke kunne forutse"?	11
2.1 Innledning.....	11
2.2 Hva menes med et "forhold"?	11
2.3 Ordlyd og terskel	12
2.4 Hvilket tema gjelder for vurderingen?	13
2.5 Momenter i vurderingen – hva vektlegges i praksis?	15
2.5.1 Innledning.....	15
2.5.2 Forholdets art.....	15
2.5.3 Informasjonen som har vært tilgjengelig for oppdragsgiveren	20
2.5.4 Oppdragsgiverens profesjonalitet.....	23
2.6 Konklusjon på underordnet problemstilling	25
3 Hvilke oppståtte forhold "skyldes oppdragsgiveren"?	26
3.1 Vilkårets praktiske betydning	26
3.2 Skal oppdragsgiveren identifiseres med andre offentlige oppdragsgivere?	27
4 Hvilke forhold gjør det "umulig å overholde fristene" for kunngjøring?	30
4.1 Innledning	30
4.2 Umulighetsvurderingen – hvordan går man fram?	32
4.2.1 Generelt	32
4.2.2 Hvilke interesser kan utgjøre en tvingende grunn?	33
4.2.3 Sannsynligheten for negative konsekvenser for interessen	35
4.3 Konklusjon på underordnet problemstilling	36
5 Vilkåret om årsakssammenheng.....	37
6 Omfanget av kontrakten	39
6.1 Innledning	39
6.2 Anskaffelser knyttet til løpende behov	39

6.3	Anskaffelser bestående av flere elementer	40
6.4	Enkeltanskaffelser	41
7	Avsluttende betraktninger	42
8	Kilderegister	43

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Et grunnleggende mål med EUs indre marked er fri bevegelighet av varer og tjenester.¹ For å virkeliggjøre dette, åpner anskaffelsesregelverket for deltakelse over landegrensener. Det er derfor helt sentralt i offentlige anskaffelser at oppdragsgiverne legger til rette for konkurranser hvor alle aktuelle leverandører har mulighet til å delta. Kunngjøringsplikten, som sikrer at interesserte, potensielle leverandører får vite om en kommende konkurranse, er dermed en av anskaffelsesregelverkets viktigste regler.² For anskaffelser som angår verdier som overstiger de europeiske terskelverdiene i forskriften om offentlige anskaffelser (FOA) § 5-3, innebærer kunngjøringsplikten at offentlige oppdragsgivere skal annonsere konkurransene i både EU-databasen TED (Tenders Electronic Daily) og i den norske kunngjøringsdatabasen for offentlige anskaffelser (doffin.no).³

Kravet til kunngjøring er imidlertid ikke absolutt. Oppdragsgivere kan i noen tilfeller benytte seg av unntakene inntatt i FOA § 13-3 bokstav a) til f), som hjemler konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Alternativet i bokstav e) er oppgavens tema, og vil behandles i det følgende.⁴ Unntakets formål er å gi oppdragsgivere en mulighet til å i hastetilfeller forhandle med enkeltleverandører uten å kunngjøre konkurransen. Terskelen for å benytte unntaket er høy, og i fortalen til EU-direktivet heter det at unntaket bare skal anvendes i "helt ekstraordinære omstendigheter".⁵ Det er også oppdragsgiveren som må dokumentere at vilkårene for å benytte unntaket er innfridd.⁶ Oppgavens overordnede problemstilling er:

Hva må til for at en oppdragsgiver kan benytte unntaket i FOA § 13-3 bokstav e)?

Problemstillingen kommer på spissen i tilfeller hvor leverandører angriper en oppdragsgivers begrunnelse for å bruke unntaket⁷, enten i form av en klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) eller et søksmål til domstolene. I tilfeller hvor oppdragsgiveren har

¹ TEU art. 3 (3).

² Arnesen (2022) s. 322.

³ Dette følger forutsetningsvis av FOA § 21-1 (1).

⁴ Det avgrenses mot de øvrige unntakene i § 13-3 og unntaket i § 5-2 (1) bokstav c. Sistnevnte tilsvarer langt på vei unntaket i § 13-3 bokstav e), men gjelder bare for anskaffelser som følger reglene i del II i forskriften.

⁵ Direktiv 2014/24/EU, fortalen avsnitt 50.

⁶ Se f.eks. C-385/02 (*Vannflomssystemer*) avsnitt 19.

benyttet unntaket, men KOFA eller domstolene finner at betingelsene for å anvende unntaket ikke er innfridd, har oppdragsgiveren handlet i strid med anskaffelsesregelverket, og det foreligger dermed en ulovlig direkte anskaffelse.⁸

Ulovlige direkteanskaffelser er ansett som særlig grove brudd på anskaffelsesregelverket.⁹ Retten skal derfor i slike tilfeller sanksjonere i tråd med Lov om offentlige anskaffelser¹⁰ (LOA) §§ 13 og 14. Retten har rett og plikt til å kjenne en ulovlig direkteanskaffet kontrakt uten virkning¹¹, avkorte kontraktlengden¹², eller ilegge oppdragsgiveren overtredelsesgebyr¹³. I saker for KOFA kan det bare ilegges overtredelsesgebyr.¹⁴

På bakgrunn av det ovennevnte, er det nødvendig for oppdragsgivere å være kjent med de krav som stilles etter bestemmelsen, slik at unntaket ikke urettmessig anvendes og dermed medfører sanksjoner. Samtidig er det også nødvendig for leverandører som ikke får muligheten til å delta i konkurranser, å vite i hvilke tilfeller det kan være aktuelt å ta ut søksmål mot det offentlige med påstand om at en anskaffelse er ulovlig. Avgjørelsen KOFA-2021-1342 (*Sykehuset Telemark*) angående Sykehuset i Telemark HF som i strid med regelverket anskaffet ambulanserbiler, og dermed måtte betale gebyr på 7 prosent av anskaffelsenes verdi, er et nylig eksempel som illustrerer viktigheten av en riktig forståelse av regelverket.

Videre har unntaket vært særlig aktuelt de siste årene i forbindelse med et urolig verdensbilde preget av pandemi, flyktningkriser og krig. I flere avgjørelser har KOFA vurdert unntaket knyttet til koronapandemien. Blant annet oppstod det et spørsmål om en ulovlig direkte anskaffelse i KOFA-2020-313 (*Smittestopp*) da Folkehelseinstituttet benyttet seg av unntaket ved anskaffelsen av smittestopp-appen, med mål om å bidra til å dempe smittespredningen i samfunnet. I tillegg uttalte EU-kommisjonen seg om sammenhengen mellom pandemien og unntaket konkurranse uten forutgående kunngjøring i sin veiledning til bruken av regelverket i korona-krisen.¹⁵ De nye rettskildene fra perioden da Norge og EU var preget av koronapandemien gjør at det nå, mer enn før, er nødvendig å avklare hva som skal til for at unntaket kan anvendes.

⁸ Prop. 51 L (2015-2016) s. 16.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.

¹¹ LOA § 13 (1) bokstav a).

¹² LOA § 14 (1) bokstav b).

¹³ LOA § 14 (2).

¹⁴ LOA § 12 (1).

¹⁵ EU-kommisjonen (2020).

1.2 Metode og rettskildebildet

1.2.1 Generelt

Paragraf 13-3 bokstav e) hører til under anskaffelsesforskriftens del III i kapittel 13 om valg av anskaffelsesprosedyre, og lyder:

«Oppdragsgiveren kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom [...]

det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig».

Oppgavens analyse av hva som skal til for å benytte unntaket bestemmelsen gir uttrykk for, vil ta utgangspunkt i regelverket for offentlige anskaffelser, og med alminnelig juridisk metode. Dette betyr at argumentasjonen vil utledes fra relevante rettskilder og vektas i tråd med rettskildelæren.

Rettskildebildet knyttet til FOA § 13-3 bokstav e) er videre preget av at anskaffelsesreglene er av EU-rettslig opphav. Loven om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter er en implementering av EUs anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor,¹⁶ og i tråd med presumpsjonsprinsippet forutsettes det at norsk rett er i tråd med EU-retten på dette området.¹⁷ Mer bestemt gjennomfører § 13-3 i forskriften artikkel 26 nr. 6, jf. artikkel 26 nr. 4 bokstav b) og artikkel 32 bokstav c) i direktivet. Regelen om konkurranse uten forutgående kunngjøring i FOA tilsvarer derfor regelen i EU-direktivet. Implementeringen gjør det naturlig å undersøke rettskilder knyttet til både forskriften og direktivet for å besvare problemstillingen. Tolkningen av EU-retten vil foretas i tråd med den EU/EØS-rettslige metoden, som kjennetegnes av mer formålsrettede og kontekstuelle tolkninger.¹⁸

Både forskriften og EU-direktivet er relativt nye rettskilder. Forskriftens ikrafttredelse var 1. januar 2017, mens direktivets ikrafttredelse var 26. februar 2014. Rettskildene knyttet til disse er derfor noe begrenset. For eksempel har ikke § 13-3 bokstav e) vært til behandling i norske

¹⁶ Direktiv 2014/24/EU

¹⁷ Se for eksempel Rt. 2007 s. 234 avsnitt 54.

¹⁸ Arnesen (2022) s. 649.

domstoler.¹⁹ Det er derfor hensiktsmessig å også studere rettskilder knyttet til de tidligere utgavene av direktivet og forskriften. Ordlyden er imidlertid noe ulik i den nye utgaven av forskriften. I forskriften som trådte i kraft 1. januar 2007, var konkurranse uten forutgående kunngjøring inntatt i § 14-4 bokstav d). Begrepet "forhold" i bestemmelsen het i den tidligere utgaven "særlige forhold". Tilsvarende var tilfelle i den forutgående forskriften med ikrafttredelse 1. juli 2001. Forskjellen er at forholdene tidligere måtte være "særlige". Det er naturlig å tolke ordlyden slik at dette ikke er forskjell av betydning, og at fjerningen av "særlig" kun innebar en forenkling av forskriftsbestemmelsen.²⁰ Forskjellen vil dermed ikke kommenteres ved behandlingen av kilder som knytter seg til den eldre forskriften.

Videre vil det være relevant å se hen til praksis for å klargjøre innholdet i § 13-3 bokstav e), men som nevnt har ikke bestemmelsen vært til vurdering i norske domstoler. Det finnes likevel en rekke avgjorte saker fra EU-domstolen som tar stilling til unntaket. Disse vil spille en viktig rolle i fremstillingen, fordi avgjørelsene knytter seg til EU-direktivet som det norske anskaffelsesregelverket implementerer. Høyesterett har flere ganger understreket betydningen av disse avgjørelsene.²¹ EU-domstolens tolkninger vil derfor legge føringer for hvordan det norske regelverket skal forstås. I noen av EU-dommene som vil behandles har ikke domstolen tatt direkte stilling til de relevante spørsmålene, enten fordi søksmålet har blitt avvist på grunn av prosessuelle mangler eller fordi domstolen har avgjort saken på et annet grunnlag. I disse tilfellene vil imidlertid Generaladvokaten i EU sine forslag til avgjørelser være av relevans for tolkningen.

Også KOFA har gitt avgjørelser som er relevante for problemstillingen. Intensjonen med KOFA er å være et lavterskel tvisteløsningsorgan som ivaretar behovet for en rask og effektiv saksbehandling.²² Samtidig oppnås effektiv mulighet for håndhevelse av rettigheter gitt gjennom EØS-regelverket. Etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser skal KOFAs avgjørelser være rådgivende.²³ Det oppstår dermed et metodisk spørsmål om hvilken vekt praksisen kan tillegges.

Spørsmålet om avgjørelsens rettskildemessige vekt blir først aktuelt i tilfeller hvor de avgjorte sakene fra KOFA kommer i direkte konflikt med en annen rettskilde. I en slik konflikt vil den

¹⁹ Pr. mai 2023.

²⁰ Endringen er ikke kommentert i forarbeidene eller i juridisk teori.

²¹ Se f.eks. Rt. 2002 s. 391 s. 396 og Rt. 2006 s. 1473 avsnitt 59.

²² Ot.prp. nr. 3 (2000/2001) side 13 flg.

²³ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

rettskildemessige vekten til KOFA-praksis avhenge av kilden som danner motstrid.²⁴ Eksempelvis vil en avgjort sak fra KOFA aldri ha større rettskildemessig vekt enn en avgjørelse fra EU-domstolen.

Norske domstoler har imidlertid flere ganger vektlagt avgjørelser fra KOFA i sin argumentasjon. Blant annet uttalte Eidsivating Lagmannsrett i LE-2022-19926 at medlemmene i nemnda består av medlemmer med særlig anskaffelsesrettslig kyndighet, og at dersom domstolene skal komme til et annet resultat, må det være fordi det foreligger et "tålelig sikkert grunnlag" for å trekke en annen konklusjon. Dette viser at KOFA-sakene kan inneholde betydelig argumentasjonsverdi for å avklare rettslig innhold nærmere. Dette kan også begrunnes med at aktørene i offentlige anskaffelser ofte innretter seg etter avgjørelsene.²⁵ Oppsummert vil dermed praksis fra KOFA brukes for å utlede argumenter i den videre fremstillingen.

1.2.2 Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten

For anskaffelsesrettslige rettsspørsmål gjelder noen egne prinsipper, nemlig konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet. Prinsippene er forankret i LOA § 4²⁶, og har ifølge forarbeidene to funksjoner.²⁷ For det første danner de et grunnlag for rettigheter og plikter, og fungerer derfor som rettslige rammer. Enhver handling i strid med prinsippene utgjør dermed et brudd på regelverket, på lik linje med manglende overholdelse av prosedyrereglene i forskriften.²⁸

For det andre fungerer prinsippene som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser.²⁹ Ved tolkningstvil vil den løsningen som best ivaretar prinsippene som et utgangspunkt måtte legges til grunn.³⁰ Denne funksjonen vil være spesielt relevant i den videre fremstillingen, fordi prinsippene aktivt vil brukes ved tolkningen av vilkårene i § 13-3 bokstav e).

Likebehandlingsprinsippet, som går ut på at alle leverandører, så langt det lar seg gjøre, skal ha mulighet til å delta i konkurranser om offentlige kontrakter og behandles likt, vil være særlig

²⁴ Trygstad (2017) s. 29.

²⁵ Ibid. s. 30.

²⁶ Prinsippene fremgår også av fortalet til EU-direktivet avsnitt 1, og gjelder dermed også etter EØS-retten.

²⁷ Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

aktuelt i oppgaven.³¹ Dette skyldes at en konkurranse uten forutgående kunngjøring ofte resulterer i en forskjellsbehandling av leverandørene ved at flere som potensielt kunne levert tilbud, ikke får mulighet til å delta i konkurransen.

Prinsippet om konkurranse, som innebærer at alle offentlige anskaffelser, så langt det lar seg gjøre, skal gjennomføres med et innslag av konkurranse, vil også være av betydning.³² Selv om § 13-3 bokstav e) ikke fritar oppdragsgiveren fra prinsippet, er det klart at en prosedyre uten kunngjøring i mindre grad ivaretar konkurranseprinsippet enn en prosedyre med åpen offentlig kunngjøring, da sistnevnte ofte vil medføre at flere aktører deltar i konkurransen.

På bakgrunn av prinsippene nevnt ovenfor har EU-domstolen lagt til grunn at unntakets vilkår skal forstås restriktivt.³³ En konsekvens av den restriktive tilnærmingen er at vurderingen av hvorvidt vilkårene i bestemmelsen er oppfylt må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.³⁴ Dette ble trukket fram av EU-kommisjonen i sin veileder om offentlige anskaffelser under koronapandemien, hvor det het at "[D]en [oppdragsgivende myndighet] skal begrunde sit valg af denne procedure i en særskilt rapport. I den individuelle vurdering af hvert tilfælde skal følgende kumulative kriterier være opfyldt".³⁵ Systemet er dermed bygget opp slik at selv om et forhold rettfærdiggjør bruken av unntaket i et tilfelle, er ikke dette nødvendigvis tilfelle i en situasjon hvor det har oppstått et lignende forhold.

1.3 Det videre innholdet

For å benytte unntaket i tilfeller hvor det har oppstått et umiddelbart anskaffelsesbehov, kan det ut ifra ordlyden i FOA § 13-3 bokstav e) utledes fem kumulative vilkår. Det må være (1) "umulig å overholde fristene" for anbudskonkurranser eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, (2) "som følge av" forhold som (3) "ikke skyldes oppdragsgiveren", og som oppdragsgiveren (4) "ikke kunne forutse". Bestemmelsen krever også at (5) "kontraktens omfang [...] ikke skal være større enn strengt nødvendig".

³¹ Thue (2018) s. 66.

³² Ibid. s. 57.

³³ Se for eksempel C-199/85 avsnitt 14 og C-71/92 avsnitt 36.

³⁴ KOFA-2010-129 avsnitt 33.

³⁵ EU-kommisjonen (2020) pkt. 2.3.

Vilkårene kan systematiseres slik at de fire første utgjør forutsetningene for å benytte unntaket, og det siste knytter seg til oppdragsgiverens handlingsrom i tilfellene hvor forutsetningene er innfridd.

For å besvare den overordnede problemstillingen vil oppgaven ta stilling til de fem vilkårene henholdsvis hver for seg. Hoveddelen består av 6 deler, hvor kapittel 2 til 5 behandler forutsetningene, kapittel 6 behandler oppdragsgiverens handlingsrom og kapittel 7 består av avsluttende betraktninger knyttet til problemstillingen.

2 Hvilke forhold er det oppdragsgiveren "ikke kunne forutse"?

2.1 Innledning

I tilfeller hvor oppdragsgiveren vurderer det som nødvendig benytte unntaket, blir den første vurderingen om oppdragsgiveren kunne forutsett forholdet som har gjort det umulig å overholde fristene for kunngjøring. Den underordnede problemstillingen som skal besvares i dette kapittel er hvilke forhold oppdragsgiveren "ikke kunne forutse".

Forut for behandlingen er det imidlertid nødvendig å avklare hva som menes med "forhold" i bestemmelsens forstand.

2.2 Hva menes med et "forhold"?

Alle vilkårene i bestemmelsen knytter seg til et "forhold". En naturlig språklig forståelse av "forhold" tilsier at det må dreie seg om en konkret omstendighet. Dette støttes også av hvordan begrepet er forstått i den norske akademiske ordboken, hvor et forhold beskrives som en "omstendighet" eller "tilstand".³⁶ Hvilke omstendigheter vilkåret "forhold" viser til, er likevel uklart. Det kan ut ifra ordlyden dreie seg om den utløsende årsaken til et anskaffelsesbehov, eller anskaffelsesbehovet i seg selv.

Både den danske og engelske versjonen av EU-direktivet har en ordlyd som fremhever at det er den utløsende årsaken det siktes til. Begrepet "begivenheder" i den danske versjonen og "events" i den engelske versjonen tolkes som hendelser, og ikke som behov.³⁷ Et forhold vil dermed i det følgende forstås som en utløsende årsak til et anskaffelsesbehov.

Forståelsen lagt til grunn over støttes av at det i veilederen til Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) heter at det er "force majeure-lignende forhold" som typisk kan begrunne bruken av bestemmelsen.³⁸ Ofte vil dette være naturkatastrofer som jordskjelv og oversvømmelser. For

³⁶ Det norske akademis ordbok, "forhold".

³⁷ Direktiv 2014/24/EU artikkel 32 (2) bokstav c).

³⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) pkt. 18.2.6.1

norske oppdragsgivere vil gjerne flom og ulike typer skred som jordskred, snøskred, leirskred og kvikkleireskred være særlig relevant på grunn av forekomsten og faren i alle landets fylker.³⁹

Et "forhold" trenger imidlertid ikke etter ordlyden å være et force majeure-lignende forhold. Også mer normale forretningsmessige aktiviteter kan omfattes.⁴⁰ For eksempel kan det tenkes tilfeller hvor kontraktsbrudd fører til en oppsigelse av en entreprenør med ansvar for vedlikehold på veier⁴¹, eller en leveransesvikt fra en leverandør på grunn av en konkurs.⁴² Fellesnevneren er at forholdene er hendelser som forårsaker umiddelbare anskaffelsesbehov.

2.3 Ordlyd og terskel

Etter å ha lagt til grunn at begrepet "forhold" i denne sammenhengen viser til utløsende årsaker som forårsaker umiddelbare anskaffelsesbehov, vil fremstillingen nedenfor undersøke hva som skal til for at den utløsende årsaken har vært uforutsett for oppdragsgiveren.

En naturlig språklig forståelse av "forhold [...] som oppdragsgiveren ikke kunne forutse" indikerer at anskaffelsesbehovet må være forårsaket av et forhold som oppdragsgiveren, etter en konkret vurdering, ikke kunne sett for seg. Dette støttes av definisjonen av "forutse" i ordboken, som betyr "på forhånd være klar over".⁴³

Ordlyden "ikke kunne" i stedet for ord som "vanskelig kunne" eller "med rimelighet kunne" antyder at vilkåret isolert sett har en høy, om ikke umulig terskel for innfrielse.⁴⁴ Tilnærmet alle forhold er det mulig å forutse i en viss utstrekning, gitt at alle situasjoner og utfall tas i betraktning.

Vilkåret kan derimot ikke være umulig å innfri, da dette vil stride mot bestemmelsens formål og funksjon, som er å raskt dekke anskaffelsesbehov i særlige tilfeller. Også effektivitetshensyn tilsier at offentlige oppdragsgivere ikke bør forventes å foranstalte seg overfor alle forhold. Stilles det for høye krav til oppdragsgiverens evne til å forutse behov, vil dette medføre store samfunnsmessige kostnader, fordi oppdragsgiverne vil være tvunget til å bruke mer midler på

³⁹ Johannes Hardeng, "Skred" i Store norske leksikon, 9. januar 2023, snl.no/skred (lest 26.04.2023).

⁴⁰ Dragsten (2020) s. 516.

⁴¹ Se for eksempel faktum i KOFA-2018-556 (trafikkfare).

⁴² Dette er trukket fram som et eksempel i Dragsten (2020) på side 516.

⁴³ Det norske akademis ordbok, "forutse".

⁴⁴ Bruken av ordlyden "med rimelighet" finnes flere andre steder i lovverket, bla. forbrukerkjøpsloven § 52.

nettopp dette. Terskelen for innfrielse må dermed settes lavere enn det ordlyden isolert sett tilsier.

Betydningen av effektivitetshensyn bør likevel ikke strekkes for langt, fordi ordlyden også må forstås i lys av prinsippene om likebehandling og konkurranse, som blir tilsidesatt uten kunngjøring. Ved et slikt spenningsforhold mellom effektivitetshensyn og de grunnleggende prinsippene, er det naturlig å trekke fram at Høyesterett i flere avgjørelser har understreket viktigheten og betydningen av prinsippene.⁴⁵ Tilsidesettingen av dem tilsier derfor at ordlyden skal forstås strengt, og at terskelen for innfrielse bør settes høyt.

Oppsummert skal terskelen for innfrielse av vilkåret være høy, men ikke så høy at vilkåret blir umulig å oppfylle. Ordlyden gir imidlertid liten veiledning om hvordan grensen mellom et forutsett og uforutsett forhold skal trekkes, hverken i form av hvordan denne vurderingen skal foretas eller hvilke momenter som skal vektlegges. Det er dermed nødvendig å se hen til øvrige rettskilder for å avklare grensen mellom et forutsett og et uforutsett forhold.

2.4 Hvilket tema gjelder for vurderingen?

For å trekke grensen mellom de forutsette og uforutsette forholdene, er det hensiktsmessig å etablere et vurderingstema. Det er imidlertid ikke lagt til grunn et festnet og gjennomgående vurderingstema i domstolene eller KOFA. I juridisk teori og i veilederen til NFD har det likevel blitt tatt til orde for hva som skal anses som avgjørende ved bedømmelsen. Uttalelsene kan bidra til forståelsen av vilkåret "ikke kunne forutse", ved at de gir uttrykk for hva som anses vesentlig i vurderingen av hva som skal utgjøre et uforutsett forhold. Hensikten med det følgende delkapittelet blir å undersøke hvilket vurderingstema som skal legges til grunn i vurderingen.

Med utgangspunkt i ordlyden er det to ulike måter å foreta vurderingen på. Vilkaåret "ikke kunne forutse" kan forstås slik at det avgjørende er hva oppdragsgiveren faktisk har forutsett, eller hva oppdragsgiveren burde ha forutsett. Legges det første alternativet til grunn kan oppdragsgiveren innfri vilkåret med å vise til egne vurderinger i etterkant av forholdets inntreden. Legges det andre alternativet til grunn, må det gjøres en objektiv vurdering av hva oppdragsgiveren burde ha forutsett.

⁴⁵ Se f.eks. Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 33 flg.

De grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse blir vesentlig tilsidesatt om vurderingen skal ta utgangspunkt i hva oppdragsgiveren faktisk har forutsett. Vilåret ville i praksis alltid vært innfridd, og mistet sin selvstendige betydning, fordi oppdragsgiveren bare kunne skrevet i anskaffelsesprotokollen at vedkommende ikke forutså forholdet. Som lagt til grunn i punkt 1.2.2, skal løsningen som best ivaretar prinsippene legges til grunn. Det avgjørende blir derfor om oppdragsgiveren objektivt burde forutsett forholdet. Dette tolkningsalternativet understøttes også av veilederen til NFD, hvor det står at "[d]et må foretas en objektiv vurdering av hva som skal anses som uforutsette forhold".⁴⁶

Ifølge veilederen til NFD er det videre avgjørende "hva en normalt påpasselig oppdragsgiver ville kunne forutsett med forsvarlige rutiner".⁴⁷ Med dette vurderingstemaet blir spørsmålet nettopp hva en normal oppdragsgiver ville forutsett, heller enn hva oppdragsgiveren kunne forutsette. Tilføyelsen av ordet "ville" understreker poenget om at vurderingen må være objektiv og løst fra hva oppdragsgiveren faktisk har forutsett. Ordet "normalt påpasselig" forstås videre som en erkjennelse av at det kan foreligge forhold som kunne blitt forutsett, men som en alminnelig oppdragsgiver ikke ville ha sett for seg. Inkluderingen av henholdsvis "påpasselig" og "forsvarlige rutiner" tilsier at det skal foretas en aktsomhetsvurdering. Sees alle elementene i vurderingstemaet i sammenheng, synes det avgjørende å være hva en oppdragsgiver med et godt nok system for å fange opp forhold kan forutsette.

Steinicke formulerer et annet vurderingstema. Han mener at det avgjørende er om sannsynligheten «for den pågjældende begivenheds intræden ud fra en objektiv vurdering er så stor, at ordregiveren burde have taget højde for begivenheten på et tidligere tidspunkt».⁴⁸ Legges dette vurderingstemaet til grunn, blir det avgjørende om oppdragsgiveren på et tidligere tidspunkt burde ha forutsett forholdet, og samtidig forstått at det ville forårsake et anskaffelsesbehov. Det er naturlig å tolke Steinicke sitt vurderingstema slik at det er sannsynligheten for forholdets inntreden som er av størst betydning. Med dette vurderingstemaet blir oppdragsgiverens individuelle forhold, herunder rutiner, bare noe som skal hensyntas i vurderingen.

⁴⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) punkt 18.2.6.2.

⁴⁷ Ibidem; Veilederen henviser til Dragsten (2013) s. 298, hvor et tilsvarende vurderingstema ble lagt til grunn. Dragsten har imidlertid i (Dragsten 2020) endret formuleringen i vurderingstemaet noe. På side 516 skriver hun at det avgjørende er hva en "normalt påpasselig oppdragsgiver med forsvarlige rutiner rundt planlegging av fremtidige anskaffelser, ville ha forutsett". Endringen er såpass liten at den ikke vil kommenteres ytterligere.

⁴⁸ Steinicke (2008) s. 854; Forfatterne tar naturligvis utgangspunkt i ordlyden i direktivet.

Selv om NFD sin veileder og Steinicke formulerer ulike vurderingstemaer, blir vurderingene langt på vei sammenfallende. De skal gjøres objektivt, ta høyde for sannsynligheten av forholdets inntreden, og hensynta individuelle forhold hos oppdragsgiveren. Begge vurderingstemaene gir også et godt grunnlag for å hensynta alle omstendighetene knyttet til situasjonen som har oppstått.

Vurderingstemaet i NFD sin veileder stemmer imidlertid best overens med andre vurderingstemaer i anskaffelsesretten. Tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen skal for eksempel være klart utformet på en måte som gjør at alle *rimelig aktsomme leverandører vil forstå kriteriene på samme måte*.⁴⁹ Vurderingstemaene er like i den forstand at de begge er generelle og knytter seg til objektivt aktsomme aktører. Like vurderingstemaer gir en god indre sammenheng i anskaffelsesregelverket, og kan skape mer forutberegnelighet i anskaffelsesprosesser. I den videre behandlingen legges derfor veilederens vurderingstema til grunn, og det avgjørende blir hva en *normalt påpasselig oppdragsgiver kunne forutsett med forsvarlige rutiner*.

2.5 Momenter i vurderingen – hva vektlegges i praksis?

2.5.1 Innledning

Som nevnt i punkt 1.2, skal vurderingen av hvorvidt et forhold er uforutsett være en konkret vurdering. I praksis fra domstolene og KOFA knyttet til denne vurderingen, vektlegges det ulike momenter. Hvilke momenter som generelt bør tas i betraktning blir tema i dette delkapittelet, med utgangspunkt i sentrale dommer fra EU-domstolen. Momentene det tas utgangspunkt i – forholdets art, tilgjengelig informasjon og oppdragsgiverens profesjonalitet er basert på en systematisering i juridisk teori.⁵⁰ Systematiseringen er valgt fordi den gir et godt grunnlag for å drøfte argumentasjonen i avgjørelsene som skal behandles.

2.5.2 Forholdets art

⁴⁹ Dragsten (2020) s. 641; se også sak C-19/00 (SIAC Construction) avsnitt 42.

⁵⁰ Amdal (2004) s. 240; Amdal mener vurderingen beror på det aktuelle forholdet, tilgjengelig informasjon og hvor profesjonell oppdragsgiveren er.

Det naturlige utgangspunktet for vurderingen er å se på arten av forholdet som har oppstått. Dette innebærer en undersøkelse av om forholdet objektivt sett er av en forutsigbar karakter.

Et eksempel på en sak hvor dette var sentralt er C-318/94 (*Det forsinkede elvprosjektet*). Saken gjaldt tyske myndigheter som hadde planlagt et mudringsarbeid i elven Ems, slik at skip med en dypgang på opptil 6,8 meter skulle kunne navigere elven. Prosjektet var av stor økonomisk betydning for den tyske regionen Weser-Ems, fordi et stort lokalt verft planla å bygge et skip med en slik dypgang. Skipet kunne imidlertid ikke sjøsettes før mudringsarbeidet var gjennomført.

Den offentlige anskaffelsen av mudringsarbeidet var opprinnelig planlagt gjennomført ved bruk av en åpen anbudskonkurranse. Prosjektet ble imidlertid satt på vent da regionale myndigheter, som skulle godkjenne prosjektet, reiste en innvending mot gjennomførelsen. En godkjennelse kom først flere måneder etterpå, noe som medførte at myndighetene hadde vesentlig mindre tid enn først antatt til å gjennomføre anleggsprosjektet. Myndighetene anvendte derfor unntaket konkurranse uten forutgående kunngjøring i det daværende anskaffelsesdirektivet, for å overholde prosjektets tidsfrist.

Tyske myndigheter mente at innvendingene fra de lokale myndighetene mot prosjektet var et forhold som det ikke var mulig å forutse. Denne anførselen fikk ikke medhold i retten, og EU-domstolen uttalte at «Det forhold, at et organ, der skal godkende et projekt, rejser indvendinger inden den herfor fastsatte dato af grunde [...] udgør saaledes en forudseelig faktor».⁵¹ Dommen illustrerer at forvaltningsrettslige innvendinger innenfor satte frister av et kompetent organ, ikke kan utgjøre et uforutsett forhold som legitimerer bruken av unntaksbestemmelsen. Oppdragsgivere må regne med at øvrige offentlige etater har innvendinger knyttet til gjennomføringen av prosjekter.

Et lignende spørsmål ble reist for EU-domstolen i C-394/02 (*Fristproblemer*). Saken gjaldt det offentlige kraftselskapet i Hellas (DEI) som ønsket å utlyse et byggeprosjekt knyttet til en installasjon. Miljødepartementet i Hellas, med det overordnede ansvaret for miljøhensyn, godkjente prosjektet, men satte en betingelse om at prosjektet skulle stå klart innen 12 måneder. Dette ble gjort av hensyn til miljøskadene byggeprosjektet medførte. I lys av fristene besluttet DEI å benytte seg av unntaket, og kontaktet to leverandører direkte med invitasjon til å levere

⁵¹ C-318/94 (*Det forsinkede elvprosjektet*) avsnitt 18.

tilbud.⁵² Et av spørsmålene domstolen tok stilling til var om betingelsen om at prosjektet skulle stå klart innen 12 måneder var et uforutsett forhold i unntaksbestemmelsens forstand, slik de greske myndighetene hevdet.

EU-domstolen ga ikke myndighetene medhold. Blant annet uttalte domstolen at "[n]ødvendigheten af at udføre de omhandlede arbejder inden for de frister, som blev opstillet af den myndighed, som har kompetence til at vurdere projektets indvirkning på miljøet, kan ikke betragtes som en tvingende uopsættelighed, der følger af en uforudseelig begivenhed".⁵³ Videre uttalte domstolen generelt at "[d]et forhold, at en myndighed, som skal godkende det pågældende projekt, kan opstille frister, udgør en forudseelig faktor i gennemførelsen af proceduren for godkendelse af det nævnte projekt", med en henvisning til *Det forsinkede elvprosjektet*.⁵⁴ Domstolen slo dermed fast at det var påregnelig for oppdragsgiveren at den andre offentlige etaten satte en frist for gjennomføringen av prosjektet. Hastverket som oppstod som en følge av fristen kunne derfor ikke begrunne bruken av unntaket.

Sammen kan EU-domstolens uttalelser i *Det forsinkede elvprosjektet* og *Fristproblemer* tas til inntekt for at forholdets art er av betydning ved bedømmelsen av om et forhold er uforutsett. Noen forhold vil nemlig være av en slik art at de ikke kan anses som uforutsette på bakgrunn av en objektiv vurdering. Spesielt vil forvaltningsvedtak som er vedtatt rettidig vanskelig kunne innfri vilkåret.

At fastsettelse av frister og innvendinger fra øvrige offentlige etater ikke kan anses som uforutsette kan også begrunnes av omgåelseshensyn. Det ville ikke vært i tråd med den restriktive tilnærmingen til unntaket, og den høye terskelen for å innfri dette vilkåret, å kategorisere disse tilfellene som uforutsette. Dette kunne medført situasjoner hvor oppdragsgivere drar nytte av forhold skapt av øvrige offentlige etater, på bekostning av prinsippene om likebehandling og konkurranse.

Forholdets art som moment i vurderingen av om et forhold kan anses som uforutsett har også blitt vurdert i praksis fra KOFA. Klagenemnda behandlet eksempelvis flere påstander om at Kristiansand kommune hadde foretatt direkte ulovlige anskaffelser i 2012. Sakene ble behandlet og publisert samlet fordi Kristiansand kommune v/ Kristiansand Havn KF var part i

⁵² Kraftselskapet benyttet seg av det parallelle unntaket i det daværende forsyningsdirektivet (Direktiv 93/38/EEC) artikkel 20 (2) bokstav c). Ordlyden er imidlertid lik, og hensynene bak bestemmelsen er de samme. Dommen har derfor overføringsverdi.

⁵³ C-394/02 (*Fristproblemer*) avsnitt 42.

⁵⁴ *Ibid.* avsnitt 43.

alle sakene.⁵⁵ I de tre første sakene vurderte klagenemnda om Kristiansand kommune hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser av juridisk bistand, og i den siste saken foretok nemnda en tilsvarende vurdering knyttet til en anskaffelse av konsulenttjenester.

Verdien på de omstridte anskaffelsene var under de europeiske terskelverdiene i disse sakene. Klagenemnda tok derfor utgangspunkt i § 2-1 (2) bokstav c) i den tidligere forskriften, som uendret tilsvarende § 5-2 (1) bokstav c) i den nåværende utgaven. Bestemmelsen sier at del II i forskriften ikke gjelder dersom "uforutsette omstendigheter" gjør at oppdragsgiveren "ikke kan utsette inngåelsen". Det foreligger derfor ikke en kunngjøringsplikt i disse tilfellene. Ordlyden "uforutsette omstendigheter" tolkes på samme måte som "ikke kunne forutse" i § 13-3 bokstav e), og de samme prinsippene om likebehandling og konkurranse gjør seg gjeldende. Det er dermed ikke naturlig å stille forskjellige krav til hvilke forhold oppdragsgiveren kunne forutse, basert på om anskaffelsen angår verdier over eller under de europeiske terskelverdiene. Dette tar også Weltzien til orde for.⁵⁶ Argumentasjonen i KOFA-avgjørelsene kan derfor gi veiledning for hvordan grensedragningen mellom de forutsette og uforutsette forholdene skal foretas etter § 13-3 bokstav e).

Den juridiske bistanden ble anskaffet uten kunngjøring fordi avtaleforhandlingene mellom partene hadde eskalert til en rettslig tvist, som videre resulterte i en økning i størrelsen på oppdraget. Dette anså imidlertid ikke nemnda som et uforutsett forhold, og uttalte at "en slik utvikling av et oppdrag må anses påregnelig".⁵⁷ Nemnda slo følgelig fast at avtaleforhandlingen som utviklet seg til en rettslig tvist ikke kunne ansees som et uforutsett forhold, og at anskaffelsen av juridisk bistand derfor utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.

Dette kan synes å ha gode grunner for seg. For det første er det ikke uvanlig at avtaleforhandlinger resulterer i rettslige tvister, spesielt ikke forhandlinger som angår store pengesummer. En rettslig tvist kan også sies å være en del av en vanlig avtaleforhandlingsprosess, i likhet med innvendinger og fastsetting av frister, som ikke ble ansett som uforutsette forhold *Det forsinkede elvprosjektet og Fristproblemer*.

Om spørsmålet knyttet til hvorvidt anskaffelsen av konsulenttjeneste utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, konkluderte KOFA motsatt, og kom til at oppdragsgiveren kunne benytte unntaket. I sluttinnlegget i saken hvor Kristiansand havn hadde ulovlig anskaffet juridisk bistand, la

⁵⁵ KOFA-2011-112, KOFA-2011-119, KOFA-2011-207 og KOFA-2012-20.

⁵⁶ Weltzien (2008) s. 376 flg.

⁵⁷ KOFA-2011-112, KOFA-2011-119, KOFA-2011-207 og KOFA-2012-20 avsnitt 195.

motparten nemlig fram kompliserte økonomiske vurderinger som det var nødvendig å imøtegå. Vurderingene bygget på analyser av omfattende mengder data. Situasjonen som oppstod ved denne fremleggelsen, anså KOFA som et uforutsett forhold.⁵⁸

Det kan stilles spørsmål ved om en slik fremleggelse også er vanlig, i tråd med linjen satt av EU-domstolen i *Fristproblemer* og *Det forsinkede elvprosjektet*. Det er imidlertid naturlig å forstå klagenemndas argumentasjon slik at behovet for å imøtegå de økonomiske analysene, som for øvrig ble fremlagt etter fristen for å fremlegge bevis i hovedforhandling, som såpass plutselig og uforventet at det utgjorde et forhold som en normalt påpasselig oppdragsgiver ikke kunne forutsett med forsvarlige rutiner. Avgjørelsen illustrerer dermed på en god måte at linjen i *Fristproblemer* og *Det forsinkede elvprosjektet* ikke alltid kan legges til grunn, men at det her som alltid må foretas en konkret vurdering.

Klagenemnda vurderte også forholdets art i KOFA-2010-221 (*Vestfold Taxisentral*). Saken gjaldt en oppdragsgiver med ansvar for kollektivtrafikk i vestre Viken, som etter en mislykket konkurranse med forhandling, måtte inngå flere midlertidige kontrakter for å sikre et tilbud om spesialskyss for skoleelever. Den opprinnelige anbudskonkurransen ble avlyst fordi tilbudene i konkurransen representerte en betydelig overskridelse av oppdragsgiverens økonomiske ramme. Spørsmålet som oppstod var om avlysningen av den opprinnelige konkurransen kunne anses som et uforutsett forhold. Klagenemnda mente dette var tilfelle, og uttalte at "oppdragsgiver kunne ikke forutsett forholdene som ledet til totalforkastelse/avlysning av konkurransen", altså at tilbudene var betydelig mer kostbare enn planlagt.⁵⁹ Avgjørelsen kan dermed tas til inntekt for at avlyste konkurranser kan utgjøre uforutsette forhold, så lenge oppdragsgiveren ikke kunne forutsett forholdene som ledet til avlysningen.

Et lignende spørsmål ble behandlet i *Sykehuset Telemark*. Saken gjaldt, som nevnt i punkt 1.1, Sykehuset Telemark HF som hadde anskaffet ambulanserbiler uten å kunngjøre konkurransen om dem. Sykehuset kjøpte bilene fra en utgått rammeavtale, siden konkurransen om en ny avtale hadde blitt avlyst på grunn av svakheter ved konkurransegrunnlaget og evalueringen av tilbudene. Det hadde dermed oppstått en situasjon hvor sykehuset ikke hadde på plass en rammeavtale for levering av ambulanserbiler. Ifølge sykehuset kunne ikke anskaffelsen av ambulansebilene vente til en ny rammeavtale var på plass, fordi behovet for ambulanserbiler hadde økt som en følge av at sykehuset hadde fått utvidet sitt geografiske ansvarsområde.

⁵⁸ KOFA-2011-112, KOFA-2011-119, KOFA-2011-207 og KOFA-2012-20 avsnitt 202.

⁵⁹ KOFA-2010-221 (*Vestfold Taxisentral*) avsnitt 54.

Med dette som utgangspunkt vurderte KOFA om den lange tiden det tok for å få på plass en ny rammeavtale, var et forhold sykehuset "ikke kunne forutse". Sykehuset fikk ikke medhold. Avlysningen som hadde forårsaket den lange anskaffelsesprosessen, skyldes ifølge KOFA forhold på oppdragsgiverens hånd. Samtidig var sykehuset klar over at inngåelsen uansett var en tidkrevende prosess.⁶⁰ Avgjørelsen illustrerer dermed delvis på samme måte som *Vestfold Taxisentral* at vurderingen av om en avlyst konkurranse kan anses som et uforutsett forhold, beror på om oppdragsgiveren kunne forutsett eller har skyld i forholdene som ledet til avlysningen.

Sakene over handler i hovedsak om hindringer som har oppstått i pågående anskaffelsesprosesser. Momentet knyttet til forholdets art er imidlertid også relevant i tilfeller hvor forholdet har forårsaket et uavhengig og nytt anskaffelsesbehov. Et illustrerende eksempel er KOFA-2020-388 (*nødfôring*), hvor Forsvarets logistikkorganisasjon "FLO" bisto med nødfôring av reinsdyr på Finnmarksvidda. Behovet for nødfôringen oppstod som et resultat av store snømengder kombinert med sen smelting i 2020, og situasjonen var kritisk for reinsdyrene. Fôringsassistansen ble anskaffet ved bruk av en eksisterende rammeavtale knyttet til helikoptertjenester, men KOFA la til grunn at rammeavtalen ikke omfattet fôring av reinsdyr.⁶¹ Spørsmålet ble dermed om anskaffelsen likevel ikke var kunngjøringspliktig etter FOA § 13-3 bokstav e). Spørsmålet for klagenemnda var om de spesielle værforholdene var uforutsette. Nemnda tok utgangspunkt i den store og unormale snømengden, kombinert med sen snøsmelting, og la til grunn at forholdet klart var noe som oppdragsgiveren ikke kunne forutse.⁶² Avgjørelsen illustrerer at dårlige værforhold, og behov som oppstår som et resultat av dette, etter en konkret vurdering kan utgjøre forhold som etter sin art kan være uforutsette.

2.5.3 Informasjonen som har vært tilgjengelig for oppdragsgiveren

Fordi vurderingstemaet blant annet beror på oppdragsgiverens rutiner, og hvorvidt disse er forsvarlige, vil informasjonen som har vært tilgjengelig forut for forholdets inntreden naturligvis kunne være bestemmende for om det kunne vært forutsett eller ikke.

En sak for EU-domstolen hvor dette var bestemmende er 194/88 R (*forbrenningsovn*). Saken gjaldt en avfallsforbrenningsovn i Italia som i 1986 ble forbudt fordi den ikke overholdt

⁶⁰ KOFA-2021-1342 (*Sykehuset Telemark*) avsnitt 44.

⁶¹ KOFA-2020-388 (*nødfôring*) avsnitt 19.

⁶² Ibid. avsnitt 27.

relevante tekniske krav. Som et resultat av forbudet inviterte oppdragsgiveren flere tilbydere til å levere tilbud om renoveringstjenester, uten å kunngjøre konkurransen. Domstolen kom til at dette var i strid med regelverket siden oppdragsgiveren allerede i 1982 var klar over at ovnen behøvde ombygging. Dommen illustrerer at i tilfeller hvor oppdragsgiveren ikke har handlet for å dekke behovet, til tross for at den har hatt konkret informasjon, kan ikke forholdet som resulterer i behovet regnes som uforutsett.

Tilgjengelig informasjon var også relevant i C-24/91 (*Kapasitetstrøbbel*). Saken gjaldt et problem knyttet til en stor økning av antallet studenter på universitetet i Madrid i 1989, og trengselen dette medførte. Universitetet løste problemet ved å anskaffe en ny fakultetsbygning ved bruk av konkurranse uten forutgående kunngjøring, fordi de hevdet at bygningen ellers ikke ville stått klart til semesterstart. Et av spørsmålene som oppstod var om plassmangelen som følge av den store økningen av antallet studenter var et uforutsett forhold, slik at bruken av unntaket var lovlig etter regelverket.

Domstolen tok ikke stilling til spørsmålet fordi det forelå prosessuelle mangler ved søksmålet. Generaladvokaten hadde imidlertid i forkant av avgjørelsen tatt stilling til problemstillingen, og lagt fram et forslag til avgjørelse. Generaladvokaten uttalte at "[d]et er muligt, at stigningen i antallet af studerende og de trange pladsforhold i begyndelsen af 1989 virkelig udgjorde en tvingende grund", men om det aktuelle vilkåret ble det uttalt at "det store antal nytilmeldinger var dog ikke en pludselig og uforudsigelig begivenhed, som uventet havde ramt universitetet og noedvendiggjort oejeblikkelige foranstaltninger".⁶³ Generaladvokaten la dermed til grunn at økningen av antall studenter var et forhold som universitetet burde ha forutsett, fordi økningen av studenter hadde skjedd over en lengre periode. I tillegg kunne oppdragsgiveren ved å estimere antallet studenter for det aktuelle akademiske året forutsett behovet for nye bygninger på campus tidligere.⁶⁴ Uttalelsene fra generaladvokaten kan tas til inntekt for at anskaffelsesbehovet som oppdragsgiveren begrunner bruken av unntaksbestemmelsen med, ikke kan ha bygget seg opp over tid. I tillegg kan uttalelsene tas til inntekt for at informasjonen, herunder empiriske data, som tilsier at et forhold sannsynligvis inntreffer, er av betydning ved bedømmelsen av om forholdet kan anses som uforutsett.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Kapasitetstrøbbel*, og poengene om langsomme oppbygninger og empirisk data, bør imidlertid ikke tillegges for mye vekt isolert sett. Forslaget

⁶³ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-24/91 (*kapasitetstrøbbel*) avsnitt 29.

⁶⁴ *Ibidem*.

er bare veiledende for EU-domstolen. Det første poenget fra Generaladvokaten om at forholdene ikke kan være resultatet av en langsom oppbygning kan imidlertid også utledes av øvrig praksis. For eksempel uttalte KOFA i *Sykehuset Telemark* at det faktum at det over tid hadde bygget seg opp et etterslep for kjøp av ambulanserbiler, var et forhold som sykehuset måtte forventes å ta i betraktning.⁶⁵

Det andre generelle poenget som kan utledes fra argumentasjonen til Generaladvokaten i *Kapasitetstrøbbel* om at tilgjengelige empiriske data skal vektlegges, er også fulgt opp i praksis. Avgjørelsen KOFA-2013-16 (*Eimskip*) er illustrerende. Saken gjaldt en oljelekkasje fra et containerskip som hadde grunnstøtt på Kvernskjær i Hvaler. I forbindelse med oljevernaksjonen anskaffet Kystverket avfallshåndteringstjenester, leie av slepebåter og lektere, beredskap av en vaskestasjon og rådgivningstjenester. Ingen av anskaffelsene ble kunngjort fordi Kystverket mente at havariet var en "uforutsett omstendighet". Klager mente at lekkasjen var et forhold som oppdragsgiveren kunne forutsett, blant annet fordi Kystverket "statistisk sett utfører [...] oljevernaksjoner i 3 av 4 år", og derfor at havariet som oppstod vanskelig kunne være et uforutsett forhold.⁶⁶

Klagenemnda vurderte hvor sannsynlig det var med et tilsvarende havari medførende oljeutslipp. Basert på klagers og innklagdes belysning av sannsynligheten, konkluderte KOFA med at havariet var et uforutsett forhold. Det var på det rene at havarier forekommer relativt hyppig, men klagenemnda mente at omfanget og konsekvensene av det aktuelle havariet gjorde forholdet uforutsett, og ga Kystverket medhold. Argumentasjonen støtter poenget til Generaladvokaten i *Kapasitetstrøbbel*, og viser viktigheten av å vurdere sannsynligheten for at et forhold inntreffer, og dermed at informasjonen som har vært tilgjengelig for oppdragsgiveren forut for forholdets inntreden er relevant.

Eimskip-avgjørelsen illustrerer også på en god måte at i tilfeller hvor vurderingen av om et forhold er uforutsett beror på tilgjengelig informasjon, vil den ofte overlapse med en vurdering av om hvorvidt oppdragsgiveren burde hatt på plass en rammeavtale. Klagenemndas vurdering var nemlig foranlediget av en anførsel fra klageren om at "sannsynligheten for et havari med oljeutslipp var så høy at innklagede skulle ha inngått rammeavtaler om de aktuelle varene og tjenestene".⁶⁷ Rammeavtaler er avtaler mellom oppdragsgivere og leverandører som har til

⁶⁵ KOFA-2021-1342 (*Sykehuset Telemark*) avsnitt 41 og 42.

⁶⁶ KOFA-2013-16 (*Eimskip*) avsnitt 26.

⁶⁷ *Ibid.* avsnitt 80.

formål å fastsette kontraktsvilkår for avtaler som inngås i perioden rammeavtalen varer. Når det er inngått rammeavtaler i samsvar med anskaffelsesregelverket, kan oppdragsgiveren tildele kontrakter i samsvar med rammeavtalen uten å kunngjøre en ny konkurranse.⁶⁸

2.5.4 Oppdragsgiverens profesjonalitet

Vurderingsmomentene knyttet til forholdets art og informasjonen som har vært tilgjengelig for oppdragsgiveren, knytter seg i hovedsak til det som har skjedd. Det er imidlertid også viktig å undersøke hvem oppdragsgiver er, og hvilke forhold og problemstillinger vedkommende til vanlig møter i sin virksomhet.

I saken for EU-domstolen C-525/03 (*Skogbrann i Italia*) var dette relevant. Saken gjaldt problemene med skogbranner i Italia i 2002. Disse ble så voldsomme at myndighetene foretok en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for å anskaffe to helikoptre som var egnet til å slukke brannene. I likhet med *Kapasitetstrøbbel* tok ikke domstolen stilling til spørsmålet på grunn av formelle feil ved søksmålet, men Generaladvokaten skrev blant annet i sitt forslag til avgjørelse at «Jeg er enig i, at regelmessige, sæsonprægede hendelser ikke kan anses for uforudseelige begivenheder»⁶⁹. Generaladvokaten la dermed til grunn at faste og gjentagende hendelser, slik skogbranner i Italia er, ikke kan anses som uforutsette. Fra dette kan det utledes at oppdragsgiverens profesjonalitet, herunder erfaringer med tilsvarende forhold, er relevant i vurderingen av om noe er uforutsett. Dersom et forhold forekommer hyppig, vil det sjeldent være uforutsett for oppdragsgiveren. Uttalelsen kan derfor også tas til inntekt for momentet knyttet til tilgjengelig informasjon i punkt 2.5.3.

Generaladvokaten fortsatte derimot i avsnitt 64 med uttalelsen «Det kan imidlertid ikke nægtes, at selv sådanne hendelser i nogle år kan være af en sådan usædvanlig styrke eller omfang, at det er berettiget at anse disse for uforudseelige». Det foregående poenget må dermed nyanseres, fordi det bare er forhold av samme omfang som ikke kan være uforutsette. Hvorvidt oppdragsgiverens erfaringer med tilsvarende forhold fører til at forholdet kunne forutses, må derfor vurderes konkret med utgangspunkt i omfanget av forholdet som har inntrådt.

I likhet med Generaladvokatens uttalelser i *Kapasitetstrøbbel*, kan ikke uttalelsene fra Generaladvokaten i *Skogbrann i Italia* tillegges for mye vekt isolert sett. Resonnementet har

⁶⁸ Dragsten (2013) s. 129 flg.

⁶⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-525/03 (*Skogbrann i Italia*) avsnitt 63.

imidlertid støtte i effektivitetshensyn. Som lagt til grunn i punkt 2.3 kan ikke oppdragsgivere foranstalte seg på alle forhold.

For å avklare hvilke krav som stilles til oppdragsgiveren, vil det være relevant å se på betydningen av oppdragsgivers profesjonalitet som et moment i vurderingen knyttet til endringer i en kontrakt som følge av uforutsette omstendigheter. Hjemmelen for slike endringer er inntatt i FOA § 28-1 (1) bokstav d), og ordlyden i denne lyder:

«oppdragsgiveren kan foreta følgende endringer i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften:

[...] endringer som er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse».

Fordi ordlyden "ikke kunne forutse" tilsvarer den i § 13-3 bokstav e), forstås den også likt, slik at omstendigheter som oppdragsgiveren ikke kunne sett for seg, omfattes.⁷⁰ Vilkåret er imidlertid inntatt i en annen sammenheng, og i avsnitt 109 i direktivets fortale skrives det følgende om hvordan vilkåret skal forstås:

«Begrepet uforutsigbare omstendigheter viser til omstendigheter som ikke kunne forutses til tross for at den offentlige oppdragsgiveren har gjort rimelig grundige forberedelser til den opprinnelige tildelingen, idet det tas hensyn til de midler den har hatt til rådighet, arten av og egenskapene til det bestemte prosjektet, god praksis på det aktuelle området og behovet for å sikre et hensiktsmessig forhold mellom de ressursene som er brukt på å forberede tildelingen, og den forutsigbare verdien.»⁷¹

Det er antatt i juridisk teori at passasjen kan si noe om kravene til oppdragsgiverens aktsomhet også i situasjonene hvor oppdragsgiver benytter unntaket i § 13-3 bokstav e).⁷² Det er klart at ikke alle poengene er relevante, fordi momenter som "den opprinnelige tildelingen" og "det bestemte prosjektet" ikke passer med sammenhengen. Av relevans for oppdragsgivers profesjonalitet er likevel poenget fra fortalen om at midlene oppdragsgiveren har hatt til rådighet skal vektlegges. Midlene Europaparlamentet og Europarådet legger til grunn her, forstås som både midler i form av økonomi og arbeidskraft.

⁷⁰ Jamfør ordlydstolkningen i punkt 2.3.

⁷¹ Direktiv 2014/24/EU, fortalen avsnitt 109.

⁷² Thue (2018) s. 596.

Det ovennevnte poenget kan overføres til vurderingen i § 13-3 bokstav e). Det bør nemlig stilles høyere krav til planlegging hos oppdragsgivere som er godt bemidlet, også i forbindelse med forberedningen på anskaffelsesbehov. En slutning blir dermed at jo mer midler en oppdragsgiver har, jo strengere krav kan stilles til vedkommende oppdragsgivers evne til å forutse anskaffelsesbehov.

Et tenkt eksempel kan være en stor kommune med ekstra midler for å håndtere situasjoner som forekommer særlig hyppig i et område. Dette kan for eksempel være en flom eller et ras. I slike tilfeller vil det være naturlig, basert på slutningen trukket ovenfor, å stille strengere krav til vedkommende kommunes ras- eller flomhåndteringsrutiner, sammenlignet med en annen tilfeldig kommune.

Et annet poeng som kan utledes fra passasjen i fortalen er hva som er "god praksis på området". Momentet vil være aktuelt for oppdragsgivere som har beslektede oppdragsgivere, som for eksempel de mange helseforetakene i Norge. Praksisen fra disse beslektede oppdragsgiverne kan dermed være relevant å se hen til, for å finne ut hvordan disse foranstalter seg overfor eventuelle anskaffelsesbehov. Også dette poenget utgjør en ny dimensjon til momentet om oppdragsgiverens profesjonalitet.

2.6 Konklusjon på underordnet problemstilling

Spørsmålet som har blitt behandlet i kapittel 2 er hvilke forhold oppdragsgiveren "ikke kunne forutse". Behandlingen har vist at vurderingen av om forholdet er uforutsett beror på en konkret og objektiv vurdering av hva en normal oppdragsgiver med forsvarlige rutiner ville forutsett, hvor forholdets art, informasjonen som har vært tilgjengelig for oppdragsgiveren og oppdragsgiverens profesjonalitet er sentrale momenter i vurderingen.

3 Hvilke oppståtte forhold "skyldes oppdragsgiveren"?

3.1 Vilkårets praktiske betydning

Selv om forholdet som har resultert i behovet oppdragsgiveren anser som nødvendig å dekke med unntaket, ikke kunne forutses, kan adgangen til å benytte unntaket falle bort om forholdet "skyldes oppdragsgiveren". Vilkåret stiller dermed et ytterligere krav om at oppdragsgiveren må godtgjøre at forholdet ikke har vært et resultat av egne handlinger eller forglemmelser.

Vilkårene "ikke kunne forutse" og "ikke skyldes oppdragsgiveren" henger tett sammen, og det kan stilles spørsmål ved om sistnevnte er av praktisk betydning ved siden av det første. Forhold som oppdragsgiveren selv er skyld i å skape, kan nemlig vanskelig være uforutsette.⁷³ Det ville heller ikke vært i tråd med den restriktive tilnærmingen lagt til grunn over, om oppdragsgiveren kunne omgått regelverket ved å benytte unntaket i selvforskyldte situasjoner. Inkluderingen av vilkåret er derfor i hovedsak en synliggjøring av at oppdragsgivere bare kan påberope ytre forhold, og ikke forhold som de selv er skyld i å skape.

Et poeng fra EU-domstolen som illustrerer sammenhengen mellom vilkårene er at dårlig eller mangelfull planlegging aldri kan begrunne bruken av unntaksbestemmelsen. Dette kommer blant annet fram av C-385/02 (*Vannflomssystemer*). Saken gjaldt utbyggingen av vannflomssystemer i den italienske regionen Parma, hvor det ansvarlige departementet utlyste en byggekontrakt med unntaket konkurranse uten forutgående kunngjøring, og begrunnet dette med risikoen for oversvømmelser. Domstolen vektla at det opprinnelige arbeidet startet på 1980-tallet, og at den omtvistede kontrakten ble tildelt i 1997. I tillegg var det hele veien planlagt at arbeidet skulle skje etappevis over en lengre periode. Domstolen la dermed til grunn at "[D]isse forhold gjør ikke den valgte fremgangsmåte strengt nødvendig. Det bemærkes tværtimod, at de skyldes den ordregivende myndigheds planlægning".⁷⁴ Oppdragsgiveren var dermed både skyldig i at det nå hastet med kontrakten og kunne også forutsett hastverket ut ifra en objektiv vurdering.

⁷³ Steinicke (2008) s. 857.

⁷⁴ C-385/02 (*Vannflomssystemer*) avsnitt 27.

Et behov som har oppstått som en følge av dårlig planlegging vil dermed klart "skyldes oppdragsgiveren", men det kan også legges til grunn at oppdragsgiveren burde forutsett forholdet ut ifra en objektiv vurdering.

3.2 Skal oppdragsgiveren identifiseres med andre offentlige oppdragsgivere?

Vilkåret "ikke skyldes oppdragsgiveren" reiser derimot et tolknings spørsmål. Det er uklart om "oppdragsgiveren" skal tolkes slik at også forhold som skyldes andre offentlige etater innad i staten skal omfattes, og på denne måten at disse skal identifiseres med hverandre i denne vurderingen.

Umiddelbart synes en naturlig språklig forståelse av "ikke skyldes oppdragsgiveren" å stenge for en slik identifisering, fordi begrepet "oppdragsgiveren" er formulert i entall. I samme retning trekker ordlyden i EU-direktivet, hvor vilkåret er formulert som "[D]e omstændigheder, der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives den ordregivende myndighed".⁷⁵

Spørsmålet ble likevel reist av Generaladvokaten i sitt forslag til avgjørelse i *Det forsinkede elvprosjektet*.⁷⁶ Saken gjaldt, som i punkt 2.5.2, et planlagt mudringsarbeid i elven Ems i Tyskland, som ble forsinket på grunn av manglende godkjenning fra en annet offentlig etat. Om spørsmålet knyttet til identifisering uttalte Generaladvokaten "[H]ertil kommer, at der efter min opfattelse ikke inden for en medlemsstat kan drages nogen skillelinje mellem den myndighed, der i et konkret tilfælde er den ordregivende myndighed og andre af medlemsstatens myndigheder".⁷⁷ Generaladvokaten argumenterte dermed for at samtlige oppdragsgivere innad i en stat skal identifiseres med hverandre, og at det ikke kan trekkes en skillelinje mellom dem. Dette begrunnet han videre med at "[E]n medlemsstat må —hvad enten den er føderalt opbygget, eller dette ikke er tilfældet — identificeres med samtlige myndigheder i medlemsstaten. En medlemsstat må således efter min opfattelse hæfte for alle de handlinger, der foretages af de forskellige myndigheder inden for denne stat. Den ene myndighed skal ikke kunne undskylde sig med, at den ikke ved, hvad en anden myndighed gør eller vil gøre".⁷⁸

⁷⁵ 2014/24/EU artikkel 32 (2) bokstav c).

⁷⁶ Domstolen tok ikke stilling til denne problemstillingen i den endelige avgjørelsen.

⁷⁷ Generaladvokaten sitt forslag til avgjørelse i C-318/94 (*Det forsinkede elvprosjektet*) avsnitt 26.

⁷⁸ *Ibidem*.

Kjernen i argumentasjonen til Generaladvokaten i *Det forsinkede elvprosjektet* er omgåelseshensyn, som også var relevant i vurderingen av om et forhold kan anses som uforutsett. Oppdragsgivere skal ifølge Generaladvokaten ikke kunne unnskyldes seg med at de ikke vet hva andre oppdragsgivere gjør. Dette kan ha gode grunner for seg, fordi oppdragsgivende myndigheter ofte kan ha et tett samspill, og dersom en foretar seg noe som forårsaker et anskaffelsesbehov, skal ikke en annen oppdragsgiver kunne unnskyldes seg med dette. En slik tankegang er også i tråd med den restriktive tilnærmingen som skal legges til grunn ved tolkningen av vilkåret, fordi adgangen til å benytte unntaket blir enda snevrere.

Spørsmålet om identifisering ble også reist av Generaladvokaten i sitt forslag til avgjørelse i *Fristproblemer*.⁷⁹ Saken gjaldt, som nevnt i punkt 2.5.2, det offentlige kraftselskapet i Hellas (DEI) som ønsket å utlyse et byggeprosjekt knyttet til en installasjon, men miljødepartementet i Hellas satte en betingelse om at prosjektet skulle stå klart innen 12 måneder. DEI benyttet dermed unntaket for å overholde fristen. Generaladvokaten i *Fristproblemer* hadde imidlertid et annet argument for identifisering, han mente at "[D]e forpliktelses, der opstår i medfør af direktiverne om offentligt udbud, påhviler medlemsstaterne, og det er derfor deres pligt at sikre, at en af deres grundlæggende bestanddeles handling eller unndladelse ikke forårsager eller tvinger en anden statsmyndighed eller et andet statsorgan til at misligholde forpliktelsesne efter fællesskabsretten".⁸⁰

Kjernen i argumentasjonen til Generaladvokaten i *Fristproblemer* synes å være at ansvaret for å overholde anskaffelsesregelverket påhviler staten, og at det er statens ansvar å ikke forårsake forhold som kan resultere i umiddelbare anskaffelsesbehov. Dette argumentet kan synes å ha mindre gode grunner for seg. Anskaffelsesregelverket er nemlig bygget opp på en slik måte at det er oppdragsgiverne som fungerer som rettslige subjekter, og ikke staten som sådan. I tilfeller hvor klagenemnda eller retten finner det bevist at det foreligger ulovlige direkte anskaffelser, er det også den enkelte oppdragsgiveren som blir sanksjonert.⁸¹

En slik identifikasjon reflekterer heller ikke det praktiske liv, slik Steinicke argumenterer for.⁸² En oppdragsgiver kan nemlig ikke være klar over alle forhold andre oppdragsgivere foretar seg. Skulle dette vært tilfelle, ville det medført en stor samfunnsøkonomisk kostnad som ikke kan

⁷⁹ Heller ikke her tok domstolen stilling til problemstillingen i den endelige avgjørelsen.

⁸⁰ Generaladvokaten sitt forslag til avgjørelse i C-394/02 (*Fristproblemer*) avsnitt 52.

⁸¹ Se for eksempel KOFA-2021-1342 avsnitt 54-59.

⁸² Steinicke (2008) s. 856.

sies å stå i forhold til konsekvensene av at en oppdragsgiver i noen tilfeller benytter unntaket hvor andre offentlige etater har skyld i forholdet som har oppstått.

I noen tilfeller vil spørsmålet om identifisering være naturlig. Som et eksempel kan det tenkes et tilfelle hvor Statens Vegvesen oppgir feil informasjon om veiforholdene langs en strekning til en kollektivtransportforvalter, som legger dette til grunn i en offentlig anbudskonkurranse. Deretter oppdages det at informasjonen som ble gitt var feil, og forvalteren må som et resultat av dette avlyse konkurransen. For å sikre et lovpålagt kollektivtransporttilbud må forvalteren benytte unntaket i § 13-3 bokstav e) for å dekke velferdsbehovet innen en tidsfrist. Forholdet som gjør det umulig å kunngjøre er da ikke forårsaket av kollektivtransportforvalteren, men av Statens Vegvesen. Disse hadde imidlertid et tett samarbeid i den opprinnelige anskaffelsesprosessen, og det kan dermed stilles spørsmål ved om disse burde indentifiseres med hverandre.

På den andre siden kan det tenkes et tilfelle hvor en ferge på et fergesamband som Statens Vegvesen har ansvar for, havarer på grunn av manglende overholdelse av enten tekniske krav eller rutiner. Som et resultat av havariet må Kystverket, som har det overordnede ansvaret for nasjonal beredskap mot akutt forurensing, benytte unntaket for å anskaffe oljeverntjenester. I dette tenkte eksempelet har ikke de offentlige aktørene presumptivt hatt et samarbeid i forkant av forholdets inntreden, og det ville dermed vært unaturlig å identifisere dem med hverandre.

Oppsummert synes det ikke å være et godt nok grunnlag for å oppstille en generell regel om identifisering av alle oppdragsgivere innad i en stat. En bedre løsning på problemet Generaladvokatene tok opp i *Fristproblemer* og *Det forsinkede elvprosjektet* kan være å heller konkret vurdere oppdragsgiverens tilknytning til den andre oppdragsgiveren, og omgåelseshensyn for øvrig, som et moment i den objektive vurderingen av hva en normal oppdragsgiver med forsvarlige rutiner ville forutsett. På denne måten kan ikke oppdragsgivere komme seg unna kunngjøringsfristen ved at andre offentlige etater gjør det umulig å overholde fristene. Samtidig vil det også anerkjennes at oppdragsgivere ikke kan være orientert om alle aspekter ved de andre offentlige etatenes virksomhet.

4 Hvilke forhold gjør det "umulig å overholde fristene" for kunngjøring?

4.1 Innledning

Dersom det oppståtte forholdet ikke kunne vært forutsett og derfor heller ikke skyldes oppdragsgiveren, blir den neste vurderingen hvorvidt oppdragsgiveren i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at forholdet gjør det "umulig å overholde fristene" for kunngjøring. Dette blir tema i dette kapitlet, og den underordnede problemstillingen er hvordan et forhold kan gjøre det "umulig å overholde fristene" for kunngjøring.

Vilkåret er en henvisning til kapittel 20 om frister i anskaffelsesforskriften. Hovedregelen er at fristen for mottak av tilbud skal være minst 30 dager.⁸³ Kapitlets utgangspunkt er imidlertid at oppdragsgiveren skal sette frister for gjennomførelsen av kontrakten, hvor kontraktens kompleksitet og tiden det tar å utarbeide et tilbud og en forespørsel om å delta i en konkurranse skal hensyntas.⁸⁴ Begrunnelsen for dette er at leverandørene skal få tilstrekkelig tid til å sette seg inn i anskaffelsesdokumentene, gjøre nødvendige forarbeid, fremskaffe dokumentasjon og utarbeide et tilbud.⁸⁵

I tilfeller som haster kan likevel oppdragsgiveren benytte seg av spesielle frister.⁸⁶ Disse hensyntar at oppdragsgiveren i noen tilfeller har et behov som må dekkes relativt raskt. Vilkåret for å benytte disse hastefristene er at det er "umulig å overholde" de alminnelige fristene.⁸⁷ Praksis fra KOFA viser at det også må innfortolkes et krav om at umuligheten ikke må skyldes oppdragsgiveren, og at oppdragsgiveren ikke kunne forutsett situasjonen.⁸⁸ Vilkårene for å bruke hastefristene tilsvarer derfor langt på vei de positivrettslige vilkårene for å benytte unntaket i § 13-3 bokstav e). Bruken av hastefristene ivaretar imidlertid hensynene til konkurranse og likebehandling i større grad enn unntaket, fordi konkurransen blir kunngjort. Kravene til å benytte disse vil derfor naturligvis være lavere enn de som stilles til bruken av

⁸³ FOA § 20-2 (1) og § 20-3 (1).

⁸⁴ FOA § 20-1 (1) første punktum og § 20-1 (2) første punktum.

⁸⁵ Dragsten (2013) s. 438.

⁸⁶ FOA § 20-2 (3), § 20-3 (5) og § 20-4 (3).

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Se for eksempel KOFA-2007-77 avsnitt 37.

unntaket. Oppdragsgiveren skal derfor alltid forsøke å benytte hastefristene i FOA kapittel 20, før unntaket i § 13-3 bokstav e) vurderes.

Hastefristene gir oppdragsgiveren mulighet til å forkorte tilbudsfristene i en åpen anbudskonkurranse til minst 15 dager, og ved bruken av begrensede anbudskonkurranser kan oppdragsgiveren forkorte fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen til minst 15 dager, og fristen for mottak av tilbud til minst 10 dager.⁸⁹ I tillegg til disse hastefristene gjelder det en karenperiode på 10 dager, som er tiden mellom meddelelsen av kontraktstildelingen og tidspunktet partene kan inngå kontrakten.⁹⁰ Samlet sett vil det derfor ta minst 25 dager å gjennomføre en åpen anbudskonkurranse, og 35 dager å gjennomføre en begrenset anbudskonkurranse. Det må også tas høyde for tiden det vil ta å forberede anskaffelsen i vurderingen av om det er umulig å overholde fristene.⁹¹ Det er først når disse hastefristene samlet sett ikke er tilstrekkelig, at unntaket i § 13-3 bokstav e) er aktuelt.

Et eksempel fra rettspraksis som illustrerer poenget, er dommen fra EU-domstolen C-126/03 (*søppelhåndtering*). Saken gjaldt byen München i Tyskland sin deltakelse i en anbudskonkurranse om søppelhåndteringstjenester. Byen inngikk i forbindelse med konkurransen en kontrakt med en underleverandør uten å kunngjøre konkurransen om denne, og det var hvorvidt dette kunne rettferdiggjøres som var spørsmålet for domstolen. Tyske myndigheter anførte overfor domstolen at det ikke var mulig å kunngjøre en konkurranse om disse tjenestene, fordi byen i sitt tilbud måtte vise til en underleverandør med tilstrekkelig faglig kompetanse.⁹² Dette fikk ikke medhold i retten, og domstolen uttalte at "Det ville i den foreliggende sag, som det er blevet fastslået i denne doms præmis 22, have været muligt for byen München at gennemføre et begrænset udbud efter hasteproceduren".⁹³ Det var dermed ikke grunnlag for å benytte unntaket, fordi oppdragsgiveren hadde tilstrekkelig med tid til å kunngjøre konkurransen i tråd med de daværende hasteprosedyrene.

⁸⁹ FOA § 20-2 (2) og § 20-3 (5) bokstav a og b).

⁹⁰ FOA § 25-2 (2).

⁹¹ Steinicke (2008) s. 859.

⁹² C-126/03 (*søppelhåndtering*) avsnitt 22.

⁹³ Ibid. avsnitt 23.

4.2 Umulighetsvurderingen – hvordan går man fram?

4.2.1 Generelt

Ettersom det bare er i tilfellene hvor hastefristene ikke kan overholdes at unntaket er aktuelt, vil "umulig å overholde fristene" fungere som et viktig vilkår, som i mange tilfeller kan avskjære oppdragsgiverens adgang til å benytte unntaket. Det er derfor nødvendig å se nærmere på hva som skal til for at det ikke er mulig å benytte hastefristene.

En naturlig språklig forståelse av "umulig å overholde fristene" i denne sammenhengen, tilsier at deknningen av anskaffelsesbehovet ikke kan utsettes i tiden det vil ta å kunngjøre konkurransen. Begrepets tydelige karakter gjør at det ikke er rom for å benytte unntaket hvor kunngjøring bare vil medføre store ulemper for oppdragsgiveren eller en tredjeperson. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori og NFD sin veileder.⁹⁴

Den konkrete vurderingen av om det er umulig å overholde fristene for kunngjøring, må videre foretas på bakgrunn av en objektiv vurdering.⁹⁵ Dette kan utledes av argumentasjonen i Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Fristproblemer*. Som nevnt i punkt 2.6.2 konkluderte EU-domstolen i denne saken med at fastsettingen av frister for ferdigstillelse av et byggeprosjekt ikke kunne utgjøre et uforutsett forhold. Generaladvokaten gikk imidlertid enda lengre, og hevdet at behovet for å forhindre miljøkonsekvensene av prosjektet heller ikke gjorde det umulig å overholde fristene i det hele tatt.⁹⁶ Oppdragsgiverens subjektive vurderinger knyttet til hva som er umulig er dermed ikke avgjørende. Hadde dette ikke vært tilfelle, ville oppdragsgiveren fått et større spillerom enn det hensynene bak bestemmelsen tillater, fordi vedkommende bare kunne vist til egne vurderinger i møte med innsigelser.

Hva som konkret kan gjøre det umulig for oppdragsgiveren å overholde fristen kommer ikke fram av ordlyden i forskriften direkte. Det er imidlertid naturlig å knytte "umulig" opp mot oppdragsgiverens formål med å dekke det aktuelle anskaffelsesbehovet. Dersom formålet med anskaffelsen for eksempel er å forhindre ytterligere spredning av en skogbrann, vil det ikke være mulig å vente i perioden det vil ta å kunngjøre, fordi skogbrannen da allerede vil ha spredd seg. Det er likevel ikke slik at alle behov som ikke kan dekkes tidsnok kan foranledige bestemmelsen. Av sammenhengen må det innfortolkes et krav om at oppdragsgiveren må

⁹⁴ Dragsten (2020) s. 517 og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) pkt. 18.2.6.3.

⁹⁵ Arrowsmith (2014) s. 1074.

⁹⁶ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-24/91 (*Fristproblemer*) avsnitt 53.

påvise at det kan oppstå en alvorlig konsekvens i perioden det vil ta å kunngjøre. En slik forståelse kan også utledes av at det i EU-direktivet heter at bruken av unntaket må skyldes "tvingende grunde"⁹⁷, hvor "tvingende" stiller et krav til alvorlighet.

I juridisk teori er bedømmelsen av om det foreligger en slik tvingende grunn systematisert av Arrowsmith, slik at vurderingen blir todelt.⁹⁸ Den første vurderingen tar utgangspunkt i den aktuelle interessen som anskaffelsesbehovet knytter seg til, og om farene for skade på denne er såpass påtrengende at det vil være umulig å kunngjøre. I situasjoner hvor dette er tilfelle, består den andre vurderingen av om sannsynligheten for en slik skade, også taler for en slik umulighet i den konkrete situasjonen. Denne måten å vurdere umulighet på er hensiktsmessig, da den på en pedagogisk måte får fram at umulighetsvurderingen må knytte seg til en beskyttelsesverdig interesse, men at ikke alle grader av sannsynlighet for skade kan foranledige unntaket. Systematiseringen vil derfor legges til grunn i det følgende. Punkt 4.2.2 vil undersøke hvilke interesser som kan utgjøre en tvingende grunn, og punkt 4.2.3 vil ta for seg hva som ligger i sannsynlighetsvurderingen.

4.2.2 Hvilke interesser kan utgjøre en tvingende grunn?

Det kan ut ifra ordlyden, sammenhengen og den restriktive tilnærmingen antas at farer for skade på interessene liv, helse og eiendom er kjerneområdet til bestemmelsen. Dette ble også tatt til orde for av Generaladvokaten i EU i sitt forslag til avgjørelse i C-107/92 (*Snøskredfare*), hvor det ble uttalt at unntaket "is specifically intended to obviate such a situation".⁹⁹ Interessene er også brukt som eksempler i NFD sin veileder.¹⁰⁰

For farer knyttet til liv og helse er KOFA-2018-556 (*trafikkfare*) illustrerende. Saken gjaldt en leverandør med ansvar for driftsentreprenørtjenester knyttet til riks- og fylkesveiene i Follo kommune som hadde misligholdt sine kontraktsforpliktelser. Misligholdet hadde medført at Statens Vegvesen måtte heve kontrakten, som igjen resulterte i en situasjon uten en driftsentreprenør. Faren for liv og helse som kunne oppstå uten vedlikehold på veiene vurderte klagenemnda som såpass alvorlige at det var umulig å kunngjøre.¹⁰¹

⁹⁷ 2014/24/EU artikkel 32 (2) bokstav c).

⁹⁸ Arrowsmith (2014) s. 1073.

⁹⁹ Generaladvokaten i EU i sitt forslag til avgjørelse i C-107/92 (*Snøskredfare*) avsnitt 7.

¹⁰⁰ Veilederen pkt. 18.2.6.3.

¹⁰¹ KOFA-2018-556 (*trafikkfare*) avsnitt 31 og 32.

Det gjenstår imidlertid et spørsmål om hvorvidt andre interesser enn liv, helse og skade på eiendom kan begrunne bruken av unntaket. Foran EU-domstolen har flere interesser blitt anført som tvingende. Hensynet til en plassmangel på en utdanningsinstitusjon ble anført i *Kapasitetstrøbbel*, og hensynet til miljøet ble anført i *Fristproblemer*. Domstolen har imidlertid aldri avsagt dom hvor bruken av unntaket har blitt akseptert, og det er dermed vanskelig å trekke noen klare linjer fra denne praksisen. Spørsmålet om andre interesser kan begrunne bruken må derfor avgjøres på bakgrunn av andre rettskilder.

Om spørsmålet skriver Steinicke at "Det må antages, at ikke alle hensyn kan være tilstrækkeligt tvingende til, at undtagelsen er relevant", og at "[a]fgørende må det være, om arten og omfanget af den skade, som ellers kan indtræde, er så generelt væsentlig, at det kan berettigge en tilsidesættelse af hensynet [...] som ligger bag udbuddirektivernes ofentliggørelseskrav".¹⁰² Denne forståelsen har gode grunner for seg, ettersom umulighets-vilkåret ses opp imot hensynene som ligger bak bestemmelsen. Hvorvidt en fare gjør det aktuelt å benytte unntaket, blir dermed en konkret avveining av hensynene til konkurranse og likebehandling opp mot den aktuelle interessen og faren for skade på denne. Dette gjør at alle former for interesser kan foranledige bruken av unntaket, såfremt faren for skade veier tyngre enn hensynet til likebehandling og konkurranse.

Steinicke sin forståelse støttes av KOFA-praksis, hvor andre interesser enn fare for liv, helse og eiendom har blitt vurdert. I *nødføring* vurderte klagenemnda de mulige negative konsekvensene for reinsdyrene som kunne oppstått i matmangelsituasjonen slik at det var umulig å kunngjøre. Faren for reinsdyrenes liv og helse i dagene det ville tatt å kunngjøre, var dermed såpass vesentlig at hensynene bak kunngjøringsplikten ble tilsidesatt. Avgjørelsen illustrerer at dyrevelferd er en interesse som kan begrunne bruken av bestemmelsen.

I KOFA-2008-85 (*Norsk Hydro*) vurderte klagenemnda om Nærings- og handelsdepartementet sin beslutning om å engasjere en rekke advokatselskaper, uten kunngjøring, for å foreta en selvstendig juridisk vurdering av et styrevedtak i Norsk Hydro, utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.¹⁰³ Faren for en negativ konsekvens som følge av styrevedtaket var hverken knyttet til liv og helse eller oppdragsgivers eiendom, men heller at store aksjonærverdier ble satt på spill. Usikkerheten knyttet til lovligheten av vedtaket rammet også selskapets integritet,

¹⁰² Steinicke (2008) s. 857.

¹⁰³ Anskaffelsesverdien var under de europeiske terskelverdiene, og ble derfor vurdert etter § 2-1 (2) i den foregående utgaven av anskaffelsesforskriften. Dette er imidlertid av mindre betydning da de samme hensynene gjør seg gjeldende.

handlekraft og beslutningsdyktighet, ifølge KOFA.¹⁰⁴ Samlet sett anså derfor KOFA det som umulig å overholde fristene for kunngjøring, og dermed veide hensynet til likebehandling og konkurranse mindre enn faren for skaden på aksjonærverdiene og selskapets integritet.

Også *Vestfold Taxisentral* angikk et forhold som ikke var knyttet til liv, helse eller eiendom. Saken gjaldt, som nevnt i punkt 2.5.2, behovet for et tilbud om spesialskyss for skoleelever. Klagenemnda fant, i tillegg til at den avlyste konkurransen kunne utgjøre et uforutsett forhold, at det var umulig å overholde fristene fordi oppdragsgiveren risikerte å stå uten et slikt lovpålagt elevtilbud i perioden det ville tatt å kunngjøre. Avgjørelsen illustrerer dermed at velferdshensyn kan begrunne bruken av bestemmelsen.

Med utgangspunkt i rettskildene synes fare for liv og helse i utgangspunktet å veie tyngst. Samlet viser avgjørelsene fra KOFA imidlertid at andre interesser kan være aktuelle. For eksempel kan hensynet til velferd, økonomi eller dyr, etter en konkret vurdering, veie tyngre enn hensynene bak bestemmelsen.

4.2.3 Sannsynligheten for negative konsekvenser for interessen

Dersom den faren som kan oppstå i perioden det vil ta å kunngjøre, på grunn av sin vekt, taler for en tilsidesettelse av hensynene til konkurranse og likebehandling, vil den neste vurderingen bli om sannsynligheten for konsekvensens inntreden også taler for en slik tilsidesettelse.¹⁰⁵ Den restriktive tilnærmingen tillater nemlig ikke at enhver grad av sannsynlighet for negative konsekvenser på en interesse gjør det umulig å kunngjøre.

Med utgangspunkt i ordlyden "umulig" i forskriften og "tvingende" i EU-direktivet vil det være naturlig å forstå ordlyden slik at henholdsvis sannsynlighetsgraden og alvorlighetsgraden er parallelle glideskalaer. Dersom konsekvensen som kan oppstå vil ha alvorlige følger, vil kravet til sannsynlighet være lavere, og på samme vil kravet til sannsynlighet være høyere hvor konsekvensen ikke vil ha like alvorlige følger. Steinicke deler dette synspunktet og skriver at "[H]ensyn til menneskers sikkerhet og sundhed" er klare eksempler på relevante interesser og "kravet til risikoen for en skades intræden [på disse] ikke er strengt".¹⁰⁶

¹⁰⁴ KOFA-2008-85 (*Norsk Hydro*) avsnitt 42.

¹⁰⁵ Arrowsmith (2014) s. 1073.

¹⁰⁶ Steinicke (2008) s. 857.

Et tenkt tilfelle er faren for liv og helse på grunn av et mulig snøskred nært et boligstrøk i et område hvor det aldri har forekommet et skred, men hvor nye analyser viser at det er en reell dokumentert fare for en framtidig alvorlig skredhendelse. Utgangspunktet vil være at faren for skade på liv og helse veier tungt, og at sannsynlighetsmomentet vil veie mindre. Om skredfaren imidlertid hadde vært nært et hyttefelt, og oppdragsgiveren har mulighet til å evakuere alle mennesker fra hyttefeltet i perioden det vil ta å kunngjøre, knytter faren for skade seg heller til skade på eiendom, som igjen vil øke kravet til sannsynlighet.

En virkning av å hensynta sannsynlighet i vurderingen av om et forhold gjør det umulig å overholde fristene for kunngjøring, er også at unntaket ikke kan brukes for å forhindre fremtidige farer. Avgjørelsen C-328/92 (*Medisinmangel*) kan tas til inntekt for dette. Saken gjaldt spanske myndigheters bruk av konkurranse uten forutgående kunngjøring for å anskaffe medisiner, slik at det ikke skulle oppstå en mangel på medisiner i framtiden. EU-domstolen uttalte at en mangel på medisiner rettmessig kan foranledige bruken av unntaket, men at dette bare er forbeholdt tilfellene hvor medisinmangelen faktisk har inntruffet.¹⁰⁷ EU-domstolen mente at det ikke var mulig å bruke unntaket for å forhindre en mulig medisinmangel i framtiden.

4.3 Konklusjon på underordnet problemstilling

Gjennomgangen i kapittel 4 har vist at forholdene som gjør det "umulig å overholde fristene" i kapittel 20 er de som resulterer i en fare for negative konsekvenser for en vernet interesse. Den konkrete faren må videre veie tyngre enn prinsippene om likebehandling og konkurranse, og sannsynligheten for at den negative konsekvensen inntreffer må være relativt betydelig.

¹⁰⁷ C-328/92 (*Medisinmangel*) avsnitt 18; Se også avsnitt 39 til 42 i forslaget til avgjørelse fra Generaladvokaten.

5 Vilkåret om årsakssammenheng

Kapittel 2, 3 og 4 har tatt for seg vilkårene "ikke kunne forutse", "ikke skyldes oppdragsgiveren" og "umulig å overholde fristene". Selv om alle disse vilkårene er innfridd, må oppdragsgiveren også påvise en årsakssammenheng. Vilkåret fremgår av ordlyden "som følge av" i § 13-3 bokstav e), og innebærer et krav om at det er forholdet som har oppstått som må ha forårsaket anskaffelsesbehovet.¹⁰⁸

I de fleste tilfellene som aktualiserer unntaket, er dette vilkåret innfridd. Dersom en konkurs i en leverandørkjede¹⁰⁹ for eksempel utløser et behov for en ny leverandør, og perioden uten en leverandør kan medføre fare for liv og helse, vil kravet til årsakssammenheng være innfridd. At vilkåret er innfridd i de fleste tilfeller som aktualiserer unntaket, ble også omtalt i EU-kommisjonens veiledning knyttet til offentlige anskaffelser under koronakrisen, hvor det stod at "[n]år hospitalernes og sundhedsinstitutionernes umiddelbare behov skal varetages inden for en meget kort tidsfrist, kan der ikke med rimelighed rejses tvivl om årsagssammenhængen med covid-19-pandemien".¹¹⁰

Det kan imidlertid tenkes noen tilfeller hvor det har oppstått et uforutsett forhold, og fristen for kunngjøring er umulig å overholde på grunn av faren for en negativ konsekvens, men det ikke er det uforutsette forholdet som har gjort det umulig. Et illustrerende eksempel er saken for EU-domstolen C-107/92 (*Snøskredfare*). Saken gjaldt behovet for en snøskredsperre i Italia, som ifølge italienske myndigheter hadde oppstått etter at en rapport som ga uttrykk for en betydelig økt snøskredfare ble lagt fram. Italienske myndigheter hevdet at rapporten utgjorde et uforutsett forhold og at snøskredsperran måtte anskaffes for å forhindre snøskred. EU-domstolen ga ikke myndighetene medhold, og sluttet seg til Generaladvokatens forslag til avgjørelse, hvor Generaladvokaten konkluderte med at vilkårene for å benytte unntaket ikke var innfridd. Et av spørsmålene som Generaladvokaten tok opp var om det var en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom rapporten og behovet for snøskredsperran.

Generaladvokaten startet med å legge til grunn vilkåret om årsakssammenheng ved å påpeke at:

¹⁰⁸ Dragsten (2020) s. 518.

¹⁰⁹ Dette er brukt som et eksempel i Nærings- og fiskeridepartementet (2017) pkt. 18.2.6.1.

¹¹⁰ EU-kommisjonen (2020) pkt. 2.3.3.

"[D]et er i denne forbindelse vigtigt at holde sig for øje, at artikel 9, litra d), kræver, at der foreligger "tvingende grunde af uopsættelig karakter *i forbindelse med* begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse" (min fremhævelse). Der stilles med andre ord krav om årsagsforbindelse mellem den af den italienske regering påberåbte uforudseelige begivenhed og de tilstedeværende tvingende grunde af uopsættelig karakter".¹¹¹

I den konkrete vurderingen skrev Generaladvokaten videre:

"[E]fter min opfattelse må det på grundlag af de faktiske oplysninger i sagen kunne lægges til grund, at den italienske regering ikke har godtgjort, at rapporten var udslagsgivende for myndighedernes vurdering af, at det var nødvendigt at påbegynde arbejdet i 1988. De faktiske oplysninger tyder tværtimod på, at nødvendigheden af at påbegynde arbejdet i 1988 var indset inden fremkomsten af rapporten af 9. juni 1988, at de relevante myndigheder allerede inden da havde påbegyndt udarbejdelsen af projektet, og at de derfor har haft tilstrækkelig tid til at gennemføre en offentliggørelsesprocedure i overensstemmelse med direktivets regler".¹¹²

Generaladvokaten argumenterte dermed for at det ikke var rapporten som forårsaket behovet for en snøskredspærre, men heller at myndighetene var klar over dette behovet tidligere, og benyttet rapporten som et grunnlag til å legitimere bruken av unntaket. Det er vanskelig å trekke noe generelt ut av vurderingen, da den i hovedsak var faktumbasert. Likevel illustrerer dommen at i tilfeller hvor oppdragsgivere forsøker å bruke et forhold til å legitimere bruken av unntaket for å anskaffe en vare eller en tjeneste, som oppdragsgiveren fra før hadde behov for å anskaffe, kan det stilles spørsmål ved om det foreligger en tilstrekkelig årsakssammenheng.

¹¹¹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-107/92 (*Snøskredfare*) avsnitt 13.

¹¹² *Ibidem*.

6 Omfanget av kontrakten

6.1 Innledning

I tilfeller hvor betingelsene for å benytte unntaket er innfridd, gjenstår det en vurdering av vilkåret "kontraktens omfang [...] ikke skal være større enn strengt nødvendig" i FOA § 13-3 bokstav e). Dette vilkåret skiller seg fra de øvrige, ved at fokuset flyttes fra anskaffelsens foranledning til oppdragsgiverens handlingsrom knyttet til den aktuelle kontrakten.

Vilkårets ordlyd tilsier at kontraktens omfang skal begrenses til det helt nødvendige.¹¹³ Anskaffelsesprinsippet om forholdsmessighet i LOA § 4, som innebærer en avveining mellom mål og virkemiddel, vil derfor være av betydning ved tolkningen.¹¹⁴ Hva som er nødvendig, må videre sees i lys av behovet og forholdet som har gjort det "umulig å kunngjøre". Disse vilkårene henger derfor tett sammen.

Generelt kan anskaffelser som aktualiserer unntaket deles inn i tre kategorier: Anskaffelser knyttet til løpende behov, anskaffelser bestående av flere elementer og enkeltanskaffelser.¹¹⁵ Kapittelet vil i det følgende forsøke å besvare hvordan vilkåret, herunder prinsippet om forholdsmessighet, påvirker oppdragsgiverens handlingsrom i de forskjellige typetilfellene.

6.2 Anskaffelser knyttet til løpende behov

Noen anskaffelsesbehov vedvarer, slik at oppdragsgiveren trenger varer og tjenester løpende.¹¹⁶ Et tenkt eksempel kan være drifts- og vedlikeholdstjenester av et veinett. Dersom anskaffelsen av slike tjenester oppfyller vilkårene for å benytte unntaket, oppstår det et spørsmål om hvorvidt oppdragsgiveren skal kunngjøre en ny konkurranse når forholdet ikke lenger gjør det umulig å kunngjøre. Alternativet er at leverandøren som har blitt tildelt kontrakten fortsetter leveringen av tjenesten.

Ordlyden "strengt nødvendig" og konteksten vilkåret er inntatt i, synes klart å tale for en ny konkurranse. Når faren ikke lenger er tilstedeværende, vil det ikke lengre være strengt nødvendig å benytte den aktuelle leverandøren. Argumentasjonen til KOFA i *Vestfold*

¹¹³ Steinicke (2008) s. 860.

¹¹⁴ Thue (2018) s. 598; om prinsippet om forholdsmessighet, se Dragsten (2020) s. 23.

¹¹⁵ Systematiseringen er inspirert av Steinicke sin fremstilling i Steinicke (2008) s. 860 til 862.

¹¹⁶ Dragsten (2020) s. 515.

taxisentral taler i samme retning. Behovet for spesialskyss for skoleelever i saken var et løpende behov for kollektivtransportforvalteren. Klagenemnda uttalte i denne sammenheng at "bestemmelsen bare kan benyttes til å inngå midlertidige eller helt kortvarige kontrakter" før innklagde "innen rimelig tid kan få på plass kontrakter inngått etter ordinær kunngjøring".¹¹⁷ Denne løsningen vil ivareta prinsippene om likebehandling og konkurranse på en god måte. Leverandørene som ikke blir invitert til å levere tilbud i konkurransen uten kunngjøring, vil innen rimelig tid få mulighet til å levere tilbud i den nye konkurransen.

Gjennomføringen av en konkurranse og et potensielt leverandørskifte vil naturligvis medføre kostnader for oppdragsgiveren. Disse kostnadene veier imidlertid ikke tyngre enn prinsippene om likebehandling og konkurranse i disse tilfellene. En ny konkurranse bør derfor være den klare hovedregelen ved anskaffelser knyttet til løpende behov. Løsningen blir dermed at oppdragsgiveren inngår provisoriske kontrakter med unntaket, og innen rimelig tid erstatter disse med permanente kontrakter i henhold til en alminnelig anskaffelsesprosess.

6.3 Anskaffelser bestående av flere elementer

I anskaffelser av kontrakter som består av flere elementer, stiller vurderingen om kontraktens omfang seg annerledes enn tilfellene nevnt over. Her kan det oppstå spørsmål om hvorvidt kontrakten skal deles opp, slik at unntaket kun benyttes for den eller de delene av kontrakten som er umulig å kunngjøre.¹¹⁸

En sak hvor dette var aktuelt er *Eimskip*. Saken gjaldt, som nevnt over, anskaffelser av varer og tjenester i forbindelse med et havari. KOFA tok i saken stilling til en anførsel om at det bare var tjenestene i den umiddelbare akutsituasjonen som kunne fritas fra kunngjøringsplikten. De øvrige tjenestene skulle ifølge klager vært kunngjort.¹¹⁹ Nemnda la først til grunn at hvorvidt en slik oppdeling er aktuelt, beror på tiden det vil ta å gjennomføre en konkurranse med kunngjøring.¹²⁰ Oppdeling av en kontrakt vil derfor, ifølge KOFA, bare være aktuelt for de elementene som enten starter eller fortsetter utover tiden det vil ta å kunngjøre. Løsningen KOFA tok til orde for, har støtte i prinsippet om forholdsmessighet, fordi tjenestene som var planlagt utført i ukene det ville tatt å kunngjøre, ellers må blitt satt på vent fram til ny tildeling.

¹¹⁷ KOFA-2010-221 (*Vestfold taxisentral*) avsnitt 53.

¹¹⁸ Steinicke (2008) s. 861.

¹¹⁹ KOFA-2013-16 (*Eimskip*) avsnitt 90.

¹²⁰ *Ibid.* avsnitt 92.

Avfallshåndteringstjenestene i *Eimskip* fortsatte imidlertid i 10 måneder etter havariet. Nemnda vurderte dermed om denne delen av kontrakten kunne blitt skilt ut og kunngjort. Dette ble besvart benektende, blant annet fordi arten og behovet av tjenestene kunne forandre seg underveis, og dette ville medført vanskeligheter for utarbeidelsen av et presist konkurransegrunnlag.¹²¹ Behandlingen som gjenstod ble også ansett som en fase i avfallshåndteringstjenestene, heller enn en frittstående tjenesteutførelse.¹²² Avgjørelsen viser derfor at det avgjørende i spørsmålet om en kontrakt kan deles opp, er om det er mulig å tilstrekkelig skille kontraktelementene. Denne vurderingen må naturligvis foretas konkret.

6.4 Enkeltanskaffelser

Oppdragsgiveren kan også benytte seg av unntaket for å inngå kontrakter som bare består av ett element. Et tenkt eksempel kan være oppføringen av en snøskredsperre. Vilkåret setter naturligvis ingen begrensinger i disse tilfellene, om kontrakten ikke strekker seg utover ukene det vil ta å kunngjøre. Forholdsmessighetsprinsippet kan imidlertid sette begrensinger dersom kontraktsarbeidet tar lenger tid enn dette. Spørsmålet som da oppstår, er om oppdragsgiveren skal kunngjøre en ny konkurranse, slik at en annen leverandør eventuelt kan ta over underveis.

Prinsippene om likebehandling og konkurranse taler for en ny konkurranse. På samme måte som ved de løpende behovene omtalt i punkt 6.2, vil leverandørene som ikke ble tilbudt å levere tilbud i konkurransen uten kunngjøring, innen rimelig tid få mulighet til å levere tilbud i den nye konkurransen.

Det kan imidlertid argumenteres for at kostnadene knyttet til en ny anskaffelse bør hensyntas, slik Steinicke og Thue tar til orde for.¹²³ Kostnadene ved å skifte en leverandør kan være store, både fordi oppdragsgiveren må foreta en ny konkurranse og fordi det presumptivt vil ta lengre tid å få dekket behovet.

Samlet taler de beste grunner for at disse tilfellene må vurderes konkret. Er omfanget av kontrakten stort, kan det argumenteres for at ny kunngjøring er rimelig. På den andre siden, om omfanget ikke er stort, men likevel strekker seg utover noen uker, kan det argumenteres for at dette etter en konkret vurdering ikke er rimelig, sett i lys av forholdsmessighetsprinsippet.

¹²¹ KOFA-2013-16 (*Eimskip*) avsnitt 96 og 97.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Steinicke (2008) s. 861 og Thue (2018) s. 293.

7 Avsluttende betraktninger

Oppgaven har vist at anskaffelsesregelverket bygger på en forutsetning om at oppdragsgivere planlegger og setter av midler til å dekke sine anskaffelsesbehov. Hensynene til konkurranse og likebehandling gjør at unntaket fra kunngjøringsplikten i FOA § 13-3 bokstav e) er snevert, og at det bare er i særlige tilfeller oppdragsgiveren kan benytte seg av ordningen.

Videre kan funnene i oppgaven knyttet til de fire første vilkårene, sammen tolkes slik at de setter opp tre overordnede krav som må være innfridd ved bruken av unntaket. Vilrårene "ikke skyldes oppdragsgiveren" og "ikke kunne forutse" krever sammen at oppdragsgiveren sannsynliggjør at det er gjort det som forventes av vedkommende i forkant av forholdets inntreden. Vilråret "umulig å overholde fristene" krever at bruken av unntaket er nødvendig, fordi kunngjøring ikke er mulig med hensyn til anskaffelsens formål og faren for inntredelsen av negative konsekvenser. Til slutt krever vilråret om årsakssammenheng at det er en tilstrekkelig nær tilknytning mellom den utlående årsaken og anskaffelsesbehovet.

Selv om disse kravene er innfridd, viser fremstillingen at det ikke fritt fram for oppdragsgiveren. Kravet til forholdsmessighet i vilråret "kontraktens omfang [...] ikke skal være større enn strengt nødvendig", begrenser også oppdragsgiverens handlingsrom til det absolutt nødvendige.

Oppgaven har også vist hvorfor vilrårene for å bruke unntaket ikke er regulert i større detalj, utover de generelle ordlydene i forskriften og i direktivet. En nærmere regulering ville vært en krevende retts teknisk oppgave, ettersom forholdene som setter vilrårene på spissen er av varierende art, og kravene til oppdragsgivere er ulike i forskjellige situasjoner.

De lege ferenda kan det likevel spørres om momentene som kommer fram i oppgaven burde vært inntatt i regelverket, da spesielt vurderingsmomentene knyttet til forholdets art, informasjonen som har vært tilgjengelig og oppdragsgivers profesjonalitet presentert i punkt 2.5. Momentene er generelle og kan anvendes på alle forhold. Inkluderingen kunne skapt mer forutberegnelighet rundt den generelle ordlyden. Dette med fordel for både oppdragsgiverne og leverandørene.

8 Kilderegister

Norske lover og forskrifter

2002	Forskrift 15.11.2992 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser
2016	Lov 17.06.2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesloven) [LOA]
2016	Forskrift 12.08.2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) [FOA]

Traktater og direktiver

EØS-avtalen	Avtale om Det europæiske økonomiske samarbejdsområde, Porto, 2. mai 1992.
TEU	Traktaten om den Europæiske Union. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01)
Dirketiv 2014/24/EU	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Rettspraksis fra norske domstoler

Rt. 2002 s. 391	Rt. 2008 s. 1705
Rt. 2006 s. 1473	LE-2022-19926
Rt. 2007 s. 983	

EU-domstolen

Sak 194/88 R (<i>forbrenningsovn</i>)	ECLI:EU:C:1988:462
Sak C-71/92	ECLI:EU:C:1993:890
Sak C-199/85	ECLI:EU:C:1987:115
Sak C-24/91 (<i>Kapasitetstrøbbel</i>)	ECLI:EU:C:1992:134
Sak C-107/92 (<i>Snøskredfare</i>)	ECLI:EU:C:1993:344
Sak C-328/92 (<i>Medisinmangel</i>)	ECLI:EU:C:1994:178
Sak C-318/94 (<i>Det forsinkede elvprosjektet</i>)	ECLI:EU:C:1996:149
Sak C-19/00 (SIAC Construction)	ECLI:EU:C:2001:553
Sak C-328/02 (<i>Magistrato</i>)	ECLI:EU:C:2004:608
C-385/02 (<i>Vannflomsystemer</i>)	ECLI:EU:C:2004:522
Sak C-394/02 (<i>Fristproblemer</i>)	ECLI:EU:C:2005:336
Sak C-126/03 (<i>Søppelhåndtering</i>)	ECLI:EU:C:2004:728
Sak C-525/03 (<i>Skogbrann i Italia</i>)	ECLI:EU:C:2005:648

Generaladvokaten i EU

Generaladvokaten sitt forslag til avgjørelse i C-24/91 (<i>kapasitetstrøbbel</i>)	ECLI:EU:C:1992:59
Generaladvokaten sitt forslag til avgjørelse i C-107/92 (<i>Snøskredfare</i>)	ECLI:EU:C:1993:180
Generaladvokaten sitt forslag til avgjørelse i C-328/92 (<i>Medisinmangel</i>)	ECLI:EU:C:1994:88
Generaladvokaten sitt forslag til avgjørelse i C-318/94 (<i>Det forsinkede elvprosjektet</i>)	ECLI:EU:C:1996:41
Generaladvokaten sitt forslag til avgjørelse i C-525/03 (<i>Skogbrann i Italia</i>)	ECLI:EU:C:2005:343

Klagenemnda for offentlige anskaffelser

KOFA-2003-163	KOFA-2020-313 (<i>Smittestopp</i>)
KOFA-2010-221 (<i>Vestfold Taxisentral</i>)	KOFA-2020-388
KOFA-2011-112	KOFA-2021-1342
KOFA-2011-119	KOFA-2021-1602
KOFA-2011-207	KOFA-2021-1485
KOFA-2012-20	KOFA-2021-385
KOFA-2013-16 (<i>Eimskip</i>)	KOFA-2021-2014

Juridisk litteratur

Arnesen (2022)	Arnesen, Finn, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, <i>Oversikt over EØS-retten</i> , Universitetsforlaget, 2022
Amdal (2004)	Amdal, Gro og Inger Roll-Matthiesen, <i>Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave</i> , 2. utg., Kommuneforlaget, 2004
Arrowsmith (2014)	Arrowsmith, Sue, <i>The law of public and utilities procurement: Regulation in the EU and UK</i> , Vol. 1. 3 rd ed., Sweet & Maxwell, 2014
Dragsten (2013)	Dragsten, Marianne, <i>Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger</i> , Universitetsforlaget, 2013
Dragsten (2020)	Dragsten, Marianne, <i>Anskaffelsesloven - med forskrift - Kommentaarutgave</i> , Universitetsforlaget, 2020
Steinicke (2008)	Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer, <i>EU's udbudsdirektiver med kommentarer</i> , 2. udg., Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008

- Thue (2018) Thue, Anders, Anne Buan og Sofia Lazaridis, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utg., Gyldendal, 2018
- Weltzien (2008) Weltzien, Kurt og Henrik Lande, *Når anskaffelsen haster – Nærmere om "umulighetsterskelen" over og under EØS-terskelverdiene*, Lov og Rett 2008 s. 361-379

Forarbeider, rundskriv og veiledere

- Nærings- og fiskeridepartementet (2017) Nærings- og fiskeridepartementet. Veileder til reglene om offentlige anskaffelser. [Veileder til reglene om offentlige anskaffelser \(anskaffelsesforskriften\) - regjeringen.no](https://www.regjeringen.no/no/veileder-til-reglene-om-offentlige-anskaffelser-anskaffelsesforskriften) (Lest 24.04.2023).
- Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
- Ot.prp. nr. 3 (2000/2001) Lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
- EU-kommisjonen (,2020) *Vejledning fra Europa-Kommissionen om anvendelse af rammen for offentlige udbud i forbindelse med covid-19-krisesituationen, 2020.*
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05))
 (lest 26.04.2023)

Leksikon og ordbok

- Hardeng, Johannes, "Skred" i Store norske leksikon, 9. januar 2023, <https://snl.no/skred>, (lest 26.04.2023).
- Det norske akademis ordbok, "forutse", [forutse - Det Norske Akademis ordbok \(naob.no\)](https://naob.no/forutse) (lest 26.04.2023)
- Det norske akademis ordbok, "forhold", [forhold - Det Norske Akademis ordbok \(naob.no\)](https://naob.no/forhold) (lest 26.04.2023)