



Grensen for lovlige endringer i offentlige kontrakter

Advokat Oda H. Ekre

Bergen, 17. oktober 2018

Wiersholm

Agenda

1. Innledning og problemstilling
2. Anskaffelsesforskriftens regulering av endringer
3. Typetilfeller

1. Innledning og problemstilling

Anskaffelsesregelverkets betydning

- › Anskaffelsesregelverket gjelder i utgangspunktet kun prosessen frem til kontraktsinngåelse
- › Endringer i eksisterende kontrakt vil noen ganger bli ansett som en ny kontraktsinngåelse
 - Vesentlig endring i inngått kontrakt krever kunngjøring av ny konkurranse
- › Manglende kunngjøring = ulovlig direkteanskaffelse
 - KOFA kan illegge overtredelsesgebyr
 - Kontrakten kan bli kjent uten virkning
 - Oppdragsgiver får rett til å si opp kontrakten ved vesentlige endringer
- › Anskaffelsesforskriften regulerer hvilke endringer som er tillatt – FOA § 28-1
- › Hvilke endringer som ikke er tillatt – FOA § 28-2
 - Er dette klargjørende for når en entreprisekontrakt må anses vesentlig endret?

Bakgrunnen for reglene om væsentlige ændringer:

"En ny udbudsprocedure er nødvendig, hvis der foretages væsentlige ændringer i den oprindelige kontrakt, især med hensyn til *anvendelsesområdet og indholdet i parternes gensidige rettigheder og pligter*, (...). Sådanne ændringer viser parternes hensigt om at *genforhandle vigtige betingelser eller vilkår* i den pågældende kontrakt. Dette er især tilfældet, når de ændrede vilkår ville have haft *indvirkning på resultatet af proceduren*, hvis de havde været del af den oprindelige procedure."

Direktivets forale præmiss 107

Entreprisekontraktens særpreg

- › Utviklingskontrakter hvor det kan være vanskelig å forutse og fastlegge alle forhold av betydning før kontraktsinngåelse, Marthinussen m.fl. s. 297
- › Nødvendig med korrigeringer og endringer underveis for optimalt resultat
- › Detaljert endringsregime i NS-ene til ensidig å pålegge annet arbeid eller å gjennomføre arbeidene på en annen måte enn opprinnelig avtalt
- › Entreprenøren kan påta seg å utføre endringer utover det vedkommende er forpliktet til
- › Når er en entreprisekontrakt vesentlig endret og hvordan utnytte anskaffelsesregelverkets handlingsrom for å unngå problemstillingen?

2. Anskaffelsesforskriftens regulering av endringer

Endringsklausuler i kontrakten

- Endringer som foretas etter endringsklausuler nevnt i FOA § 19-1 (2) er tillatt, jf. FOA § 28-1 (1) a
- FOA § 19-1 regulerer oppdragsgivers fastsettelse av kontraktsvilkår
 - Endringsklausulene må være fastsatt på forhånd
 - Skal fremgå klart hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår
 - Kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret
- EU-domstolens sak C-549/14: noen kontrakter er uforutsigbare av natur: gjør det mulig å forutse risikoen for vanskeligheter ved gjennomføringsstadiet
- Endringsklausuler som egentlig vil innebære vesentlige endringer kan derfor fastsettes
 - Markedet gjøres da kjent med endringspotensialet ved utlysningen av anskaffelsen
- Hvordan skal man klart beskrive hvilke endringer som kan foretas?
- Sentral bestemmelse – viktig å være klar over denne ved utformingen av kontrakten

Wiersholm

FOA § 28-1 (1)
bokstav a, jf. §
19-1

Tillatte endringer – begrenset prisøkning

- › Endringer som gir en prisøkning som er lavere enn:
 - 1. terskelverdiene i § 5-3 (under 51 millioner); og
 - 2. endringen gir en prisøkning lavere 15 % av opprinnelig kontraktsverdi (bygg/anlegg)
- › Det er den samlede prisøkningen som teller (ved flere endringer etter hverandre)
- › Forutsetning: Anskaffelsens overordnede karakter må ikke bli ikke endret

FOA § 28-1 (1)
bokstav b

Tillatte endringer – nødvendige tilleggsleveranser

- Endringer som gjelder nødvendige tilleggsleveranser som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten, når skifte av leverandør:
 1. Ikke kan skje av **tekniske** eller **økonomiske** grunner; og
 - F eks fordi tilleggsleveransene må kunne erstatte eller være kompatible med eksisterende utstyr, software, tjenester eller installasjoner opprinnelig anskaffet
 2. Vil føre til **betydelige vanskeligheter** eller **vesentlige ekstrakostnader** for oppdragsgiveren
 - Forholdsmessighetsvurdering
 3. Prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.
 - Ved flere endringer etter hverandre, gjelder begrensningen for hver enkelt endring
 - Slike endringer må ikke foretas for å omgå forskriften
- Kunngjøringsplikt ved bruk av denne bestemmelsen, jf. FOA 28-1 (3)
 - Hva er konsekvensen av at kunngjøring unnlates?

Tillatte endringer – uforutsette omstendigheter

1. Endringer som er **nødvendige** som følge av omstendigheter som en **aktsom** oppdragsgiver ikke kunne forutse
 - Momenter ved aktsomhetsvurderingen:
 - Oppdragsgivers tilgjengelige midler
 - Organisasjon og faglige ressurser
 - Den spesifikke anskaffelsens karakter
 - Bransjepraksis
 - Behovet for å sikre et passende forhold mellom ressursene medgått til gjennomføringen av anskaffelsen opp mot anskaffelsens verdi
2. Prisøkningen kan ikke overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.
 - Ved flere endringer etter hverandre, gjelder begrensningen for hver enkelt endring.
 - Slike endringer må ikke foretas for å omgå forskriften

FOA § 28-1 (1)
bokstav d

Tillatte endringer – skifte av leverandør

- Skifte av leverandøren som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller konkurs, så lenge
 1. den nye leverandøren oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene
 2. det ikke foretas andre vesentlige endringer i kontrakten og
 3. skiftet av leverandøren ikke skjer for å omgå forskriften
- › Overdragelsen må være en følge av en omstrukturering
- Listen er ikke uttømmende
 - Fisjon?

FOA § 24-1 (1)
bokstav e

Tillatte endringer

- Alle øvrige endringer som ikke er vesentlige – uavhengig av verdi jf. FOA § 28-2
- FOA § 28-1 er ikke uttømmende
- Faller endringen inn under et av alternativene i denne bestemmelsen er ikke endringen vesentlig
- Dersom en endring ikke faller inn under § 28-1 (1) bokstav a-e må det foretas en helhetsvurdering av om endringen er vesentlig etter § 28-2

FOA § 28-1 (1)
bokstav f

Vesentlige endringer – FOA § 28-2

- Grunnvilkår: Vesentlig forskjellig innhold sammenlignet med opprinnelig kontrakt
 - Stammer fra Pressetext-dommen (C-454/06)
- Endringer som anses vesentlige (med mindre de er tillatt etter § 28-1):
 - Andre leverandører kunne potensielt ha deltatt i konkurransen
 - Kontrakten kunne vært tildelt en annen leverandør
 - Endrer økonomisk balanse til fordel for leverandøren
 - Betydelig utvidelse av omfang
 - Skifte av leverandør
- Hvilke andre endringer som er vesentlige beror på en konkret vurdering

Vesentlige endringer – FOA § 28-2

- Må foretas en helhetsvurdering
- I utgangspunktet vanskelig å vurdere innvirkningsspørsmålet lang tid etter kontraktstildeling
- Momenter:
 - Behovet/bakgrunnen for endringen
 - Tidspunktet for endring
 - Kontraktens kompleksitet

3. Typetilfeller

Eksempler på endringer som er vesentlige

- KOFA-2014/14
 - › Ombyggings- og rehabiliteringsarbeider til et distriktsmedisinsk senter
 - › Opprinnelig kontraktssum 14 636 860,- inkl. mva. - total betaling kr 23 929 107
 - › Betaling i perioden 6. februar – 1. juli 2012: 10 381 146,- hvorav endringsarbeider utgjorde kr 3 976 581
 - › *"I vurderingen er det sentralt hvorvidt endringen har rimelig kommersiell og funksjonell sammenheng med den opprinnelige avtalen, og om den [kontrakten] med endringen får et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort"*
 - Sml. NS 8405 pkt. 22.1 og NS 8407 pkt. 31.1 om at endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter og ikke være av vesentlig annet art
 - › Økningen ble ansett som betydelig mer *"enn endringer og tillegg på inntil 15 % av kontraktssummen som NS 8405 åpner for."*
 - › Arbeidene fortsatte helt til sommeren 2013, i stedet for ferdigstillelse som avtalt 24. august 2012
 - › Ble ansett som en vesentlig endring
 - › KOFA-2008/5 – tilbygg ble til nybygg på et annet geografisk område – vesentlig endring

Er kontrakten vesentlig endret når 15 %-grensen overstiges?

- › NS 8405 pkt. 22.1 og NS 8407 pkt. 31.1:
- › *"Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer utover 15 % netto tillegg til kontraktssummen"*
- › Gir byggherren ensidig endringskompetanse innenfor en bestemt grense
- › Kan avtale en høyere grense enn 15 %
 - Hvor høyt kan grensen fastsettes i relasjon til anskaffelsesreglene?
- › Fastsetter ikke at endringer utover dette ikke kan gjennomføres → dvs. avtales
 - Utgjør 15 % grensen derfor en alminnelig skranke, eller må det foretas en konkret vurdering dersom grensen overstiges?

Bør endringer reguleres ytterligere i kontrakten?

- › Endringer som gjennomføres i medhold av endringsklausuler vil i utgangspunktet ikke være vesentlige (FOA § 28-1 (1) a)
- › Endringsklausuler fastsatt på forhånd er derfor viktig.
 - Skal fremgå klart hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår
 - Kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret
- Endringer som overstiger 15 % grensen vil være lovlige dersom det er tilstrekkelig forutsatt i kontrakten
- Opsjoner på tilknyttede arbeidere
- Utforming av kravspesifikasjonen
- NB: kan ikke gi byggherren ubegrenset mulighet til å endre kontrakten

Typetilfeller - mislighold

- Manglende sanksjonering av misligholdsbeføyelser vil kunne bli ansett som en vesentlig endring (KOFA-2015/27)
- Aksept av andre (mindreverdige) løsninger enn de tilbudte kan endre den økonomiske balansen til fordel for leverandøren (KOFA-2014/139)
- Endring av leveransedato / milepæler – kan utgjøre vesentlige endringer, LB-2016-35199
 - Kommer dette på spissen i entreprisekontrakter der endringer gir rett på fristforlengelse?
 - Kan være aktuelt ved forsinkelse som skyldes leverandørens forhold, og oppdragsgiver "frivillig" går med på fristforskyvning

Typetilfeller - mislighold

- Manglende oppfølging av lærlingeklausuler
- Manglende oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår
- Kan dette anses som vesentlige endringer av kontrakten?

Skifte av underleverandør

- Anskaffelsesregelverket forutsetter klart at det kan benyttes underleverandører
 - FOA § 19-2 oppdragsgiver kan stille krav om å bli informert om nye underleverandører
- Standardene åpner for utskiftning av underleverandører
 - NS 8407 pkt. 10.3 og NS 8405 pkt. 15.3 skal godkjennes av byggherren, kan ikke nektes uten saklig grunn
- FOA § 24-4 gjelder utskiftning av underleverandører
 - Innebærer at oppdragsgiveren kan kreve at leverandøren skifter ut underleverandører dersom det oppdages at underleverandøren er i en avvisningssituasjon
 - Gjelder før og etter kontraktsignering
 - Gjelder ikke der leverandøren har støttet seg på underleverandøren for å bli kvalifisert for konkurransen

Skifte av underleverandør

- Da gjelder FOA § 16-10 (3)
- Dersom entreprenøren støtter seg på en annen virksomhet skal det kontrolleres at selskapet oppfyller det relevante kvalifikasjonskravet, og at det ikke foreligger andre grunner for avvisning
- Manglende oppfyllelse av de relevante kvalifikasjonskravene skal føre til avvisning av leverandøren, samt dersom underleverandøren oppfyller enkelte andre avvisningsbestemmelser i anskaffelsesforskriften
- Også en ny bestemmelse om at underleverandøren må utføre de relevante arbeidene dersom vedkommende benyttes for å oppfylle kravene til utdanning og faglige kvalifikasjoner, eller kravene relevant faglig erfaring (§ 16-10 (5))
- Innebærer et skifte av en underleverandør som entreprenøren har støttet seg på for å bli kvalifisert for konkurransen en vesentlig endring?
- C-91/08 Wall

Utskiftning av nøkkelpersonell

- I en del anskaffelser er nøkkelpersonellets kompetanse gjort til en del av tildelingskriteriene
- Hvem som tilbys som nøkkelpersonell kan dermed være avgjørende for om leverandøren vinner konkurransen
- Vanlig med særlige bestemmelser om utskiftning av nøkkelpersonell i offentlige entreprisekontrakter
- Krever i visse tilfeller samtykke og som regel at den nye nøkkelpersonen skal inneha tilsvarende kvalifikasjoner
- Kan man bytte ut nøkkelpersoner som har vært avgjørende for utfallet av konkurransen uten at dette anses som en vesentlig endring?
 - Kommer antagelig mest på spissen der byggherre godtar nøkkelpersonell med "dårligere" kompetanse enn opprinnelig nøkkelpersonell
- KOFA-2017/69

Oppsummering

- De nye reglene i anskaffelsesforskriften kan være egnet til å klargjøre hva som alltid vil anses som lovlige endringer
- Særlig viktig å vurdere behovet for å beskrive "ytterligere" endringer utover standardenes alminnelige endringsregime dersom det forventes omfattende endringer, eksempelvis pga. arbeidernes kompleksitet
- Der en endring ikke er regulert i kontrakten, eller faller utenfor FOA § 28-1, vil det bero på en helhetsvurdering om kontrakten er vesentlig endret
- Det ligger i entreprisekontraktens natur at endringer vil skje
- Skal mer til for at kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med andre kontraktstyper

Takk for oppmerksomheten!

odek@wiersholm.no

Wiersholm