

Kontraktoppfølging i et anskaffelsesrettslig perspektiv

Alf Amund Gulsvik og Anne Buan
UiO Forum for anskaffelsesrådgivere
16. Mars 23



#1

Kontraktoppfølging i et anskaffelsesrettslig perspektiv - intro

#2

Endringsadgang, jf. LOA/FOA og løsninger ved ekstraordinære hendelser

#3

Anskaffelsesrettslige krav til kontraktoppfølging og håndtering av mislighold

#4

Fleksibilitet som bør etableres gjennom konkurransen og nedfelles i kontrakt

Kontraktsoppfølging - introduksjon

- Målet med kontraktsoppfølgingen er å sikre at de ytelsene som er avtalt faktisk blir levert.
- Bidra til et godt samarbeid med leverandøren og å avverge mulige misforståelser og konflikter.
- Økt læring og forbedrede anskaffelsesprosesser
- Bidra til å unngå ulovlig direkte anskaffelser i form av å bruke avtalen feil/ gjøre endringer som er «vesentlige»

- Ansvar for oppfølging av kontrakten må plasseres/fordeles
- Viktig med en rød tråd fra anskaffelsesprosessen til kontraktsoppfølgingsfasen og tilbake til anskaffelsesprosessen igjen

Kontraktsoppfølging - introduksjon

- Der hvor avtalen er gunstig for kunden vil leverandøren ofte forsøke å sette avtalen ut av spill (legge den i skuffen). Særlig aktuelt ved offentlige anskaffelser med høyt konkurransetrykk.
- Dersom leverandøren ønsker å legge avtalen i skuffen er det viktig at UiO gjør det motsatte.
- Bruk avtalen som et verktøy for gjennomføring av leveransene og gjør deg kjent med bestemmelsene i kontrakten. Ordlyden er utgangspunktet.
- Følg endringsregime i avtalen ved avtale om endringer. Dersom ikke avtalte endringer nedfelles slik det er beskrevet i avtalen vil ofte kunden tape på dette. Særlig viktig med en formalisert prosess rundt endringer i et anskaffelsesrettslig perspektiv siden endringer også må vurderes opp mot læren om vesentlige endringer.

Endringsadgang, jf. LOA/FOA og
løsninger ved ekstraordinære
hendelser

Det enkle utgangspunktet

- Anskaffelsesregelverket gjelder i utgangspunktet kun prosessen frem til kontraktsinngåelse
- Endring av en inngått kontrakt kan, i anskaffelsesretten, være det samme som en ny kontrakt
 - Vesentlig endring i inngått kontrakt krever kunngjøring av ny konkurranse
- Manglende kunngjøring = ulovlig direkteanskaffelse
 - KOFA kan ilegge overtredelsesgebyr
 - Kontrakten kan bli kjent uten virkning
 - Oppdragsgiver har rett til oppsigelse ved vesentlige endringer
- Tidligere kun et domstolskapt forbud mot «*vesentlige endringer*», jf. C-454/06 (Pressetext)
- Fra 1. januar 2017: regler i anskaffelsesforskriftens kapittel 28

Systematikken i forskriften

- Anskaffelsesforskriften § 28-1 fastlegger hvilke endringer som er tillatt
 - Endringsklausul
 - De minimis
 - Tilleggsleveranser
 - Skifte av leverandør
- Anskaffelsesforskriften § 28-2 regulerer hvilke endringer som er vesentlige

Endringsklausul – FOA § 28-1(1) a)

"Oppdragsgiveren kan fastsette endringsklausuler, for eksempel prisindeksklausuler eller opsjoner. Endringsklausulene skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausulene kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret, jf. FOA § 19-1 (2)

– Krav til endringsklausulen:

- **Formalkrav:** Angitt i «anskaffelsesdokumentene»
- **Innholds krav:** Hvilke endringer, hvilket omfang og hvilke vilkår
- **Klarhetskravet:** Skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta
- **Absolutt begrensning:** Kan ikke endre anskaffelsens overordnede karakter



Endringsklausul – FOA § 28-1(1) a)

- Spenningsforhold mellom et ønske om vidtfavnende endringsklausuler og kravet til at klausulene skal være klare og presise
- Hva kjennetegner de «*vanlige*» endringsklausulene
- Eksempler
 - Prisjustering
 - Opsjoner
 - 15% grense i NS (prisøkning)
 - Mengdejustering
 - Reforhandlingsklausuler
- Endringsklausuler som ikke oppfyller forskriftens krav er fortsatt relevante i en helhetsvurdering etter FOA § 28-2

KOFA 2018/7 – endring av leveringsmåte

- Hele driftstjenesten leveres til Steigen kommune som skyløsning (PaaS)
- Formuleringer i konkurransegrunnlaget om innovasjon og i fremtiden kanskje skytjenester, men:
 - Pris på on premise drift
 - Kontraktsregulering for on premise
- Nemnda
 - Vesentlig endring
 - Gebyr 10 %

Små endringer (de-minimis) – FOA § 28-1(1) b)

- Tillatt med «*endringer som gir en prisøkning*» som er lavere enn:
 - 10 prosent av kontraktsverdien og NOK 1,4/2,2 mill for varer og tjenester
 - 15 prosent av kontraktsverdien og 56 millioner for bygge- og anleggsarbeider
- «Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal prisøkningen beregnes på grunnlag av den samlede prisøkningen som følge av alle endringene»
- Følger av direktivet at også gjelder reduksjoner i en kontrakt
- «gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret»

Tilleggsleveranser – FOA § 28-1(1) c)

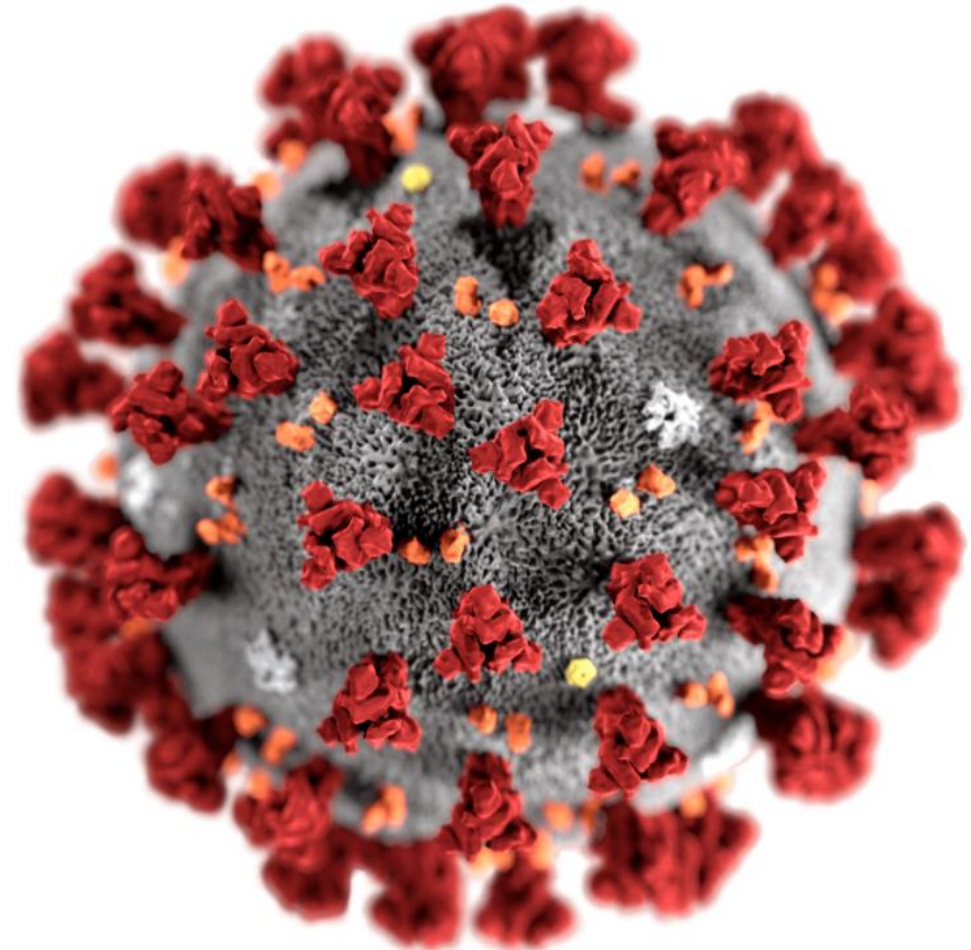
- Nødvendige tilleggsleveranser
 - i. i tilfeller hvor skifte av leverandøren ikke kan skje av tekniske *eller* økonomiske grunner;
 - ii. vil føre til betydelige vanskeligheter *eller* vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiveren; og
 - iii. prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien
 - Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, gjelder denne begrensningen for hver enkelt endring
- Hva med anskaffelsens overordnede karakter?
- Krav til kunngjøring, jf. FOA § 28-1 (3)

Tillegg
inntil
50 %

Kontrakt
100 %

Uforutsett endringsbehov – FOA § 28-1(1) d)

- Endringer nødvendiggjort av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, så lenge
 - i. anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret; og
 - ii. prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien
 - i. Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, gjelder denne begrensningen for hver enkelt endring
- Krav til kunngjøring, jf. FOA § 28-1 (3)
- Avtaleloven § 36 og 33



Av Centers for Disease Control and Prevention.

Endring fra on premise til drift hos leverandør – 2018/568

- Anskaffelsen gjaldt drift av on premise løsning (to datarom som fysisk lå hos kunden)
- Driften av to applikasjoner gått over til å bli levert som PaaS (i leverandørens datasenter)
- Applikasjonene kritisk for helsetjenesten med høye krav til oppetid
- Problemer også hos tidligere leverandør

Nemnda

- Bestemmelse om endringsadgang pga omstendigheter en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse ikke anvendelig da kjent med problemet før anskaffelsen
- Levering av ny tjeneste
- Forenkling av driften av datarommene da gjenstående lavere krav
- Vesentlig endring

Skifte av leverandør – FOA § 28-1(1) e)

– Vilkår:

- Det må foreligge en situasjon der en ny leverandør helt eller delvis trer inn i den eksisterende leverandørens rettigheter og plikter.
- Dette må skje som en følge av en omstrukturering
 - For eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller konkurs
- Den nye leverandøren oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og
- Det ikke foretas andre vesentlige endringer i kontrakten
 - Skiftet av leverandør skjer ikke for å omgå forskriften

– Hva med endring på oppdragsgiversiden?

Skifte av leverandør ved konkurs?

KOFA 2021/603

- To kontrakter om reisebyråtenester inngått vår 2020
- Leverandøren konkurs sommer 2020
- I forkant av konkurs rammeavtalene overdratt til ny leverandør
- Ulovlig vesentlig endring da ny leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravene til økonomiske og finansielle stilling (FOA § 28-1 (1) bokstav e)

- Se også C-461/20 (Advania)

Vesentlig endring etter en konkret vurdering – FOA § 28-2

En endring er ikke tillatt etter § 28-1 første ledd bokstav f dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. En endring er alltid vesentlig dersom den

- a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,*
- b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,*
- c) utvider kontraktens omfang betydelig (...)*

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

- Andre leverandører potensielt kunne ha deltatt
 - Flere leverandører som oppfyller formelle krav?
 - Tar ut en del av anskaffelsen som begrunnet et kvalifikasjonskrav om en bestemt type erfaring
 - Frafaller funksjonskrav
 - Anskaffelsen mer interessant for leverandører?
 - Volumendringer
 - Endret oppstarts- eller ferdigstillelsestidspunkt
- Kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør
 - Legger til eller frafaller krav hvor en annen leverandør svakere/sterkere

«endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren»

- Skal normalt svært lite til før endringen er vesentlig



«utvider kontraktens omfang betydelig»

- Kvantitativ vurdering
- Kvalitativ vurdering

- Forsiktig:
 - Geografisk utvidelse (KOFA 2009/208 – vintervedlikehold ny bydel C-160/08 ambulansetjeneste nye områder)
 - Nye prosjekter (KOFA 2009/232)(også vektlagt utenfor 15 % i NS 8406)
 - Nye type ytelser (KOFA 2016/196 togvedlikehold vs tog)

- Forlengelse av kontrakter/rammeavtaler?
 - Tidligere praksis fra KOFA: Nei!
 - KOFA 2018/479: asylmottakskontrakt på 7 år forlenget med 5 måneder; 6,3 % vederlagsøkning; begrenset overskridelse terskelverdi; vilkår, innhold eller overordnede karakter ikke endret (og ikke påvirket deltagerinteressen, utfallet av konkurransen eller økonomiske balansen).
 - KOFA 2020/337: Gebyr på 12 % til politiet der *«innklagede hadde en dokumentert bevisshet om at avtalen utløpt, men valgte ikke å prioritere å gjennomføre ny anskaffelse»*
 - *Tilsvarende KOFA 2021/1439*

Konsekvenser

- Når en endring blir ansett som vesentlig anses dette for å være en ny kontrakt som krever egen kunngjøring.
- Ved manglende kunngjøring, vil endringen representere en ulovlig direkte anskaffelse.
- Sanksjoner knyttet til ulovlige direkte anskaffelser
 - LOA § 13: Avtale kjennes uten virkning
 - FOA § 13a: Overtredelsesgebyr
 - LOA § 14a: avkortning + overtredelsesgebyr
 - FOA § 28-3: Oppsigelse
- Intensjonskunngjøring

Endring av vederlag for implementering

– 2018/568

- Tre krav knyttet til tilleggsarbeider som følge av:
 - Manglende dokumentasjon av eksisterende datarom
 - Manglende merking av utstyr
 - Stabiliseringstiltak datarom
- Tilleggsarbeider eller inkludert i kontrakten?
 - Rapport som anbefalte tiltak for utbedring datarom
 - Flere referat fra styringsgruppemøter hvor leverandør påpeker mangler ved datarom

Nemnda:

- Informasjon om datarom i konkurransegrunnlagt tynt og kunne ikke gi forventninger om tilstand
- Leverandør i PPT under forhandlingsmøte tilbudt å overta driften uten due diligence og fått uttelling for det.
- Leverandøren priset implementeringsprosjektet til 0 kr
- Om leverandøren hadde et erstatningskrav pga oppdragsgivers opplysningssvikt i konkurransegrunnlaget var eventuelt et annet spørsmål

Dermed: Ulovlig vesentlig endring

- Det signerte kontraktsdokumentet inneholdt ikke alle vedleggene som inngikk i de kunngjorte konkurransedokumentene og alle vedleggene i leverandørens tilbud

Nemnda:

- Foretar ikke selv noen kontraktsrevisjon, men forholder seg til hva partene peker på.
- Klager ikke pekt på konkrete forhold
- Ikke brudd

Endring av driftsvederlag frem til implementeringsprosjekt godkjent – 2018/568

- Kontrakten la opp til 2 måneders implementeringsperiode (leverandøren overtatt driften, men med redusert ansvar)
- Skulle få 75 % vederlag i implementeringsperioden
- Formell godkjenning av implementeringsprosjektet først gitt etter 14 måneder.
- Leverandøren fikk fullt vederlag i 12 av de 14 månedene

Nemnda:

- Vesentlig endring

Ulovlig nedskalering av kontrakt - 2020/658

- Anskaffelse boliger til unge med utviklingshemming
 - Angitt areal 1200 kvm fordelt på to etasjer og kjeller. Krav om bygging med massivtre
 - Planlagt byggeperiode okt 2019-okt 2020
 - Kjeller fjernet, areal i de to etasjene noe redusert, mindre massivtre
 - Byggeperiode aug 2020-sept 2021
- Ikke adgang til å gjøre endringer som dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, kunne ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at forholdet kunne endret konkurransens utfall
 - Også endringer som består i en reduksjon av kontraktens omfang eller kompleksitet kan være vesentlig
 - Endringene i sum vesentlig da andre kunne deltatt med ved den nye utformingen og med bygging nesten ett år forskjøvet.

Oppsummering - fleksibilitet som bør etableres gjennom konkurransen

- Alle typer leveranser oppdragsgiver planlegger å kjøpe på kunngjøringstidspunktet (ikke uforutsette behov) inkluderes i kunngjøringen, konkurransen/evalueringen (ev. representativt utvalg ved stort sortiment) og kontrakten.
- Ref. KOFA 2018/7 Steigen
- Bruk opsjoner for elementer oppdragsgiver er mer usikker på
 - Husk at opsjoner for å være lovlig som et utgangspunkt må beskrives, prises (ev. prismetanisme) og evalueres
 - Pris for ukjente leveranser i fremtiden må minimum kontraktsfestes med en prismetanisme
 - Eks. avtalt timepris for tilleggsarbeider, fast prosent av hovedleveransens verdi (vedlikeholdskostnad), rabattmodell e.l.

Fleksibilitet som bør etableres allerede i konkurransen forts.

- Ta (god) høyde for usikkerhetsmomenter og opsjoner i anslått maksimalverdi
- Tilstrekkelig kontraktslengde
- Kontrakten og konkurransen (prisskjema) bør ta høyde for de forskjellige leveransemodellene som finnes i markedet for aktuell anskaffelse.
 - Eksempel slik som i SSA-Sky og inngåelse av direkteavtaler med skyleverandør.
 - KOFA sak 2018/7 (Steigen)
- Velg riktig prisindeks for aktuell leveranse
- Vurder grundig om kontraktens sanksjonsregime er hensiktsmessig. Manglende håndheving av (for strenge) sanksjoner er også et anskaffelsesrettslig problem (gir mindre fleksibilitet)
- Krever god kunnskap om markedet. Bruk markedsdialog!

Anskaffelsesrettslige krav til
kontraktoppfølging og håndtering
av mislighold

Manglende håndhevelse kan utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse

KOFA 2015/27

- Innsamling av husholdningsavfall skulle skje med søppelbiler som minimum oppfylte euro 5. Leverandøren brukte euro 3 søppelbiler

(32) I relasjon til doktrinen om vesentlige endringer er det i prinsippet ikke forskjell mellom manglende håndhevelse av en kontrakt, og en tilsvarende avtalt endring.

(...)

«deliberate condoning» , altså bevisst tolerering, av brudd på kontrakten kan utgjøre en materiell endring.

(...)

(37) Nemnda er kommet til at valgte leverandørs utførelse av kontrakten representerer et kontraktsbrudd, og at den avvikende kontraktsutførelsen har vedvart gjennom store deler av kontraktsperioden. (...)

(39) Videre blir spørsmålet om valgte leverandørs mislighold, og innklagedes mangelfulle oppfølging og håndheving av kontrakten, må likestilles med at kontrakten er vesentlig endret.

Forts.

- Innklagede varslet første gang januar 2013
- Valgte leverandør bekreftet i oktober 2013 at bare ville bruke euro 5
- Innklagede igjen varslet januar 2015
- Klage til KOFA mars 2015
- Innklagede undersøkte nærmere juni 2015

«(43) Etter klagenemndas syn har innklagede hatt en klar oppfordring til å avdekke om valgte leverandør utfører tjenestene i tråd med kontrakten. Innklagede kunne uten store anstrengelser ha avdekket valgte leverandørs utstrakte bruk av kontraktstridig kjøretøy. Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at innklagedes manglende håndhevelse av kontrakten utgjør en vesentlig endring. Endringene utgjør følgelig en ulovlig direkte anskaffelse.»

- Kontraktsmislighold ikke i seg selv en ulovlig direkteanskaffelse
- Mangelfull oppfølging av kontraktsmislighold kan utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse

Nedre grense før anskaffelsesrettslig krav til håndheving av mislighold?

KOFA 2017/344 Skomværer fyr

- Leverandøren hverken ansatt lærling eller dokumentert reelle forsøk på å inngå lærlingekontrakt uten å lykkes
- Oppdragsgiver ved kontraktstildeling og ved befaring fått bekreftet at det ville bli benyttet lærlinger
- KOFA mente at oppdragsgivers kontraktsoppfølging ikke hadde vært mangelfull

«(37) Det gjenstår å ta stilling til betydningen av at klager etter at oppdraget var gjennomført har kommet med dokumentasjon som sannsynliggjør at det ikke ble brukt lærling i kontraktsarbeidet. Den eneste misligholdsbeføyelsen som fremstår aktuell i denne forbindelse er et prisavslag, som i og med at det ikke var stilt krav til omfanget av bruken av lærlinger, ville være av helt beskjedne størrelse. Nemnda kan ikke se at det ut fra anskaffelsesregelverkets forbud mot vesentlige endringer, kan utledes et krav om at en slik misligholdsbeføyelse skulle vært gjort gjeldende.»

Eksempel oppetid og feillogg – 2018/568

- Innklagede kunne dokumentere at hadde håndhevet kravene til oppetid med standardisert prisavslag ihht kontrakten
- Redegjort for at ført feillogg over alle tilfeller av nedetid
- Heller ikke på annen måte akseptert mislighold eller gjort en endring sammenlignet med det som var kunngjort

Eksempel betalingsbetingelser – 2018/568

- Kontrakten fastsatte 30 dagers betalingsfrist + fri leveringsmåned
- Fremlagt en rekke fakturaer som både hadde kortere og lengre betalingsfrist
- Innklagede erkjent at var blitt oppmerksom på at var et problem og hadde fulgt opp dette

Nemnda:

«(158) For at oppdragsgivers oppfølging av kontrakten skal kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse, må kontrakten være misligholdt, og oppfølgingen av misligholdet må ha vært mangelfull.»

- Ikke vesentlig endring

Eksempel håndhevelse av krav til arbeidssted og nøkkelpersoner – 2021/119

- Konsulentavtale IT-utvikling og vedlikehold
- Krav om fysisk tilstedeværelse hos kunden i Trondheim ikke oppfylt for hele teamet
- Ikke mislighold pga pandemien

- I anskaffelsen evaluert på nøkkelpersoner
- Klage på store utskiftninger
- Innklagede vist at utskiftning av nøkkelpersoner skjedd ihht kontrakt slik at ikke mislighold

Krav til kontraktsoppfølging - oppsummering

- Manglende sanksjonering av kontraktsmislighold kan utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse
 - Må følge opp kontrakten
 - Særlig følge opp varsler om mislighold
 - Særlig følge opp forhold som har vært avgjørende for utfallet av konkurransen (Obs: miljøkriterier)
- Iverksette egnet sanksjonering
 - Må først tolke kontrakten og komme til at det foreligger et mislighold
 - Ved force majeure bortfaller leveringsforpliktelsen midlertidig
 - Forholdsmessig sanksjonering i forhold misligholdet
 - Viktigere at man reagerer enn hvordan?
 - Mulighet til å finne gode løsninger med leverandøren
 - Oppdragsgiver kan måtte innrømme eget mislighold eller medvirkning til leverandørens mislighold dersom man ikke skal håndheve svikt i leveransen
 - Må ha egnede sanksjoner

Takk for oppmerksomheten!

Anne Buan
Partner

Mobil: 46 63 47 30
E-post: anne.buan@cms-kluge.com

Alf Amund Gulsvik
Partner

Mobil: 97 16 32 10
E-post: alf.amund.gulsvik@cms-kluge.com