

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser i forbindelse med kommunereformen



Bergen: Spelhaugen 22, 5147 Fyllingsdalen **Oslo:** Karl Johans gate 12J, 0154 Oslo

Stavanger: Breibakken 1, 4012 Stavanger

www.inventura.no

Org.nr. NO 983 351 417 MVA

Innhold

Innhold	2
Sammendrag og hovedpunkter	4
Mulighetsrommet som følger av kommunesammenslåingene.....	4
Behovsanalyser og innkjøpsstrategi	4
Adgang til å endre eller tilpasse eksisterende kontrakter.....	4
Håndtering av nye innkjøpsbehov som oppstår i overgangsfasen	5
1 Innledning	6
1.1 Hensikten med veilederen	6
1.2 Kommunereformen og behovet for oppmerksomhet om anskaffelser	6
1.3 Kort om regelverket og forestående endringer	7
2 Mulighetsrommet som følge av kommunesammenslåingene	8
2.1 Større kommuner har større markedsrett	8
2.2 Større kommuner vil gi reduserte transaksjonskostnader	8
2.3 Større kommuner gir mulighet for å realisere koordineringsgevinster.....	8
2.3.1 Større kommuner gir mulighet til å bygge opp bedre og flere kompetansemiljøer	9
2.3.2 Større kommuner har en bedre avtaleeffektivitet	9
2.4 Øvrige punkter som må hensynstas ved vurdering av mulighetsrommet	9
2.4.1 Redusert kontroll over leverandører.....	9
2.4.2 For høy grad av standardisering	9
2.4.3 Nærhet til brukerne	10
3 Behovsanalyser og innkjøpsstrategi.....	11
3.1 Behovet for kartlegging av innkjøp og utvikling av en innkjøpsstrategi.....	11
3.2 Analyse av historiske innkjøp og fremtidig behov	11
3.3 Kontraktsanalyse	12
3.3.1 Dobbel dekning.....	13
3.3.2 Særkontrakter i den enkelte kommune	13
3.3.3 Kontrakter som dekker samme behov, men på ulike måter	13
4 Adgang til å endre eller tilpasse eksisterende kontrakter.....	15
4.1 Innledning.....	15
4.2 Endringsadgangen.....	15
4.2.1 Innledende spørsmål	15
4.2.2 Vesentlighetsvurderingen – utgangspunkter	15
4.3 Adgangen til å gjøre endringer i kontrakt	16
4.3.1 Endringer med hjemmel i kontrakten	16
4.3.2 Endring av leveringsomfanget.....	16
4.3.3 Forlengelse av kontraktsperioden	18
4.3.4 Prisendringer	18
4.4 Oppsigelse av avtalen («terminering»).....	19
4.5 Rammeavtaler	19
5 Nye behov som oppstår i overgangsfasen	23
5.1 Rammene for offentlig-offentlig samarbeid.....	23
5.2 Prinsipper for angivelse av omfanget i kontrakter og rammeavtaler	24
5.3 Bruk av rammeavtaler og avrop	26
5.4 Regulering av kontraktsvarighet og oppsigelsesmuligheter i avtaler.....	28
5.5 Prinsipper for bruk av opsjoner	29
5.6 Valg av prosedyrer	30
5.6.1 Innledning.....	30
5.6.2 Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring	31
5.6.2.1 Innledning.....	31
5.6.2.2 Tilleggsleveranser i en varekontrakt – §14-4 bokstav f	32
5.6.2.3 Tilleggstjenester og tilleggsarbeider – §14-4 bokstav j.....	32
5.6.3 Bruk av hasteprosedyrene.....	33
5.7 Avlysning av konkurranser	34

5.7.1	Adgangen til å avlyse konkurranser	34
5.7.2	Erstatning ved avlysning	35
5.8	Gode konkurransegrunnlag og kontrakter reduserer risiko	36
5.8.1	Avlysning av konkurranse	36
5.8.2	Terminering av inngått avtale	37

Sammendrag og hovedpunkter

Denne veilederen gir innspill til hvordan kommunene kan håndtere innkjøp i forbindelse med kommunereformen. Veilederen gir råd om

- mulighetsrommet som følger av kommunesammenslåingene
- behovsanalyser og innkjøpsstrategi
- adgangen til å endre eller tilpasse eksisterende kontrakter
- håndtering av nye innkjøpsbehov som oppstår i overgangsfasen

Mulighetsrommet som følger av kommunesammenslåingene

Kommunereformen gir muligheter for forbedringer og innsparinger på innkjøpsområdet. Kommersielt vil en slik sammenslåing kunne gi økonomiske gevinster gjennom

- besparelser ved utøvelse av **markedsrett**
- besparelser ved reduserte **transaksjonskostnader**
- **koordineringsgevinster**

Samtidig må kommunene planlegge for å unngå at en sammenslåing får negative konsekvenser ved

- redusert kontroll over leverandører
- for høy grad av standardisering
- mindre nærhet til brukerne

Behovsanalyser og innkjøpsstrategi

Strategiske innkjøp i kommunal virksomhet handler om å få mest mulig verdi for hver anvendt krone. For å sikre effektive innkjøp bør kommunene

- gjøre en total innkjøpsanalyse for den nye kommunen, herunder
 - kostnadsanalyse
 - kontraktsanalyse
- utarbeide en anskaffelsesstrategi
- etablere en hensiktsmessig organisering av innkjøpene i den nye kommunen, f.eks. ved bruk av kategoristyring

En **kostnadsanalyse** av historiske innkjøp gir et overblikk over hvilke typer av varer og tjenester kommunene bruker penger på. Når to eller flere kommuner skal slås sammen, vil en kostnadsanalyse av alle partenes historiske innkjøp være et viktig grunnlag for å samordne deres fremtidige innkjøp.

Et godt utgangspunkt for vurdering av fremtidige behov er å legge til grunn **kategori-styring**. Fra et strategisk innkjøpsperspektiv bidrar kategoristyring til effektivisering og profesjonalisering av innkjøp.

Å ha god oversikt over egen kontraktportefølje vil alltid være en viktig forutsetning for å sikre god planlegging av anskaffelsesvirksomheten og sikre etterlevelse av anskaffelsesregelverket. For å skaffe en oversikt over kontraktporteføljen er en **kontraktsanalyse** eller **kontraktskartlegging** nødvendig.

Adgang til å endre eller tilpasse eksisterende kontrakter

En kommunereform vil få konsekvenser for kontrakter som de enkelte kommunene enten har inngått, eller planlegger å inngå. Anskaffelsesregelverket gir et forbud mot vesentlige endringer i inngåtte kontrakter. Dersom kommunen ønsker å endre f.eks.

- leveringsomfang
- kontraktslengde
- priser

må det vurderes om dette er vesentlige endringer. Rettspraksis gir veiledning om grensen for hvilke endringer som anses vesentlige.

Oppsigelse av avtaler vil kunne innebære et kontraktsbrudd dersom oppsigelsesadgangen ikke er regulert i avtalen.

Rammeavtaler vil gi større fleksibilitet til å endre omfang både opp og ned, men ikke fri adgang til å øke omfanget vesentlig i forhold til det omfanget som opprinnelig ble kunngjort.

Håndtering av nye innkjøpsbehov som oppstår i overgangsfasen

Som hovedregel er avtaler mellom to eller flere kommuner om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider omfattet av anskaffelsesregelverket. Unntak fra denne hovedregelen er **utvidet** eller **uegentlig egenregi**, og **horisontale samarbeid**. På visse bestemte vilkår kan kommunene tildele kontrakter til offentlige virksomheter uten å gjennomføre en konkurranse for kjøp av disse.

Anskaffelsesreglene setter regler for **angivelse av omfanget av kontrakter**. Kommunene må foreta nøye vurderinger av sine samlede behov for å sørge for riktig behovsangivelse i forbindelse med kommunesammenslåinger

Bruk av **rammeavtaler** gir større mulighet til å tilpasse avtalene til fremtidig behov, når det er vanskelig å fastsette dette bestemt. Bruk av **opsjoner**, f.eks. på avtalelengde eller avtaleomfang vil også gi større fleksibilitet når man ikke vet hvordan behovet vil utvikle seg pga. en kommunesammenslåing.

Anskaffelsesregelverket setter strenge krav til at innkjøp skal gjøres ved konkurranse, men i noen unntakstilfelle er det imidlertid adgang til å kjøpe **tilleggsleveranser, -tjenester og -arbeider fra eksisterende leverandør** uten konkurranse.

Anskaffelsesregelverket gir adgang til å **avlyse konkurranser** dersom det foreligger **saklig grunn**, men kan likevel bli erstatningspliktig

I forbindelse med konkurranser som utlyses før og under kommunereformen bør man huske på følgende:

- **God informasjon** sikrer forutberegnelighet for leverandørene og reduserer risiko for klager og erstatningssøksmål.
- Dersom det er en mulighet for at en konkurranse som kunngjøres må **avlyses** fordi behovet endres eller bortfaller som følge av en sammenslåing, må dette **forklares** i konkurransegrunnlaget.
- **Klart formulerte forbehold** bør beskrive hvilken risiko oppdragsgiver ser for seg og virkningen av denne, samt forklare de bakenforliggende årsaker (f.eks. usikkerhet knyttet til behovet pga. kapasitet i nabokommunen).
- Underveis i prosessen **bør leverandørene opplyses** dersom det skjer endringer som endrer risikobildet.

1 Innledning

1.1 Hensikten med veilederen

Denne veilederen peker på utfordringer kommunene vil kunne møte i tilknytning til innkjøp, og gir råd om hvilke tiltak som kan gjøres i løpet av kommunereformen. Formålet er å vise handlingsrommet som ligger i regelverket, og gi eksempler på hvordan dette kan benyttes.

Veilederen gir ikke svar på alle anskaffelsesrettslige problemer som vil kunne oppstå i forbindelse med kommunereformen, men behandler aktuelle problemstillinger som mange kommuner vil møte. Den er ment å fungere som et praktisk verktøy. Avgjørelser fra domstolene og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) vil gi eksempler på hvordan konkrete problemstillingene er håndtert i praksis.

Kapittel 2 gir råd om hvordan kommunene gjennom en sammenslåing kan utvikle og forbedre eget innkjøpsarbeid. Hensikten er å vise det potensialet som ligger i å samle ressurser og gjøre nytte av stordriftsfordeler.

Kapittel 3 viser eksempler på verktøy som kan benyttes ved kommunesammenslåinger for å sikre at kommunen får best mulige avtaler til dekning av sine behov.

Kapittel 4 beskriver aktuelle problemstillinger knyttet til kontrakter som allerede er inngått når kommunene går inn i en sammenslåingsprosess.

Kapittel 5 gir råd om hvordan nye kontrakter bør inngås i tiden frem til en sammenslåing er gjennomført, og kommunenes handlingsrom etter regelverket.

1.2 Kommunereformen og behovet for oppmerksomhet om anskaffelser

Innkjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider representerer en vesentlig del av utgiftene i kommunene. Enkelte store kommuner viser til av rundt en tredel av deres budsjett går til å anskaffe varer og tjenester.¹ En rapport utarbeidet for KS i 2014 viser at det fortsatt er behov for økt kunnskap og flere ressurser på kjøpersiden for å oppnå bedre og mer effektive offentlige innkjøp i Norge.² Kommunereformen vil skape både utfordringer og muligheter for kommunenes innkjøpsarbeid.

En sammenslåing gir de involverte kommunene muligheten til å

- organisere innkjøpsarbeidet på en mer effektiv måte
- utnytte innkjøpsressursene i de enkelte kommunene bedre
- gjennomgå egen avtaledekning og inngå bedre avtaler
- lære av hverandre

Samtidig er kommunenes innkjøp regulert i anskaffelsesregelverket. Hensikten med regelverket er å bidra til økt verdiskapning ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk, samt å bidra til at det offentlige opptre med stor integritet.³ Derfor setter anskaffelsesregelverket en rekke prosedyrekrav.

En kommunesammenslåing åpner for problemstillinger kommunene ikke nødvendigvis er vant til å håndtere. God kjennskap til regelverket og de rammene som ligger til grunn for

¹ Se f.eks. Bergen kommunes anskaffelsesstrategi for 2013-2016, s. 2. Tilgjengelig fra <https://www.bergen.kommune.no/omkommunen/avdelinger/innkjopsseksjonen/9443/article-105400>

² Rambøll og Inventura: «Kostnader, besparelser og effektivisering ved konkurranse» (februar 2014). Tilgjengelig fra <http://www.ks.no/fagomrader/utvikling/fou/fou-rapporter/fou-kostnader-besparelser-og-effektivisering-ved-anskaffelser-innen-velferd/>

³ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (LOA)

offentlige anskaffelser er nødvendig, både for å sørge for best mulig innkjøp i sammenslåingsperioden og for å redusere risikoen for brudd på regelverket.

I løpet av fusjonsprosessen vil kommuner blant annet måtte håndtere problemer knyttet til:

- helt eller delvis overlappende avtaler
- adgang til justering av uttak på rammeavtaler
- oppsigelse av inngåtte avtaler
- adgang til endring av kontraktsparter
- parallell deltakelse i flere innkjøpssamarbeid
- inngåelse av nye avtaler med variabelt eller ukjent omfang

1.3 Kort om regelverket og forestående endringer

På det tidspunktet denne veilederen skrives, står regelverket for offentlige anskaffelser overfor store endringer. Blant annet skal nye innkjøpsdirektiver fra EU⁴ implementeres i norsk rett, samtidig som Forenklingsutvalgets forslag til enklere regler for anskaffelser⁵ er til behandling. Vi forventer at nye regler vil tre i kraft i midten av 2016. Per november 2015 er regelendringene ikke vedtatt, og det er derfor ikke helt klart hvordan det nye regelverket vil bli. Denne veilederen tar utgangspunkt i reglene som gjelder på tidspunktet veilederen blir skrevet. Der vi forventer regelendringer som kan få betydning for de temaene denne veilederen omfatter, vil vi så langt det er mulig også gi informasjon om hva de aktuelle endringene går ut på.

⁴ Dir. 2014/24 (innkjøpsdirektivet), dir. 2014/25 (forsyningsdirektivet), dir. 2014/23 (konesjonskontraktdirektivet)

⁵ NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser

2 Mulighetsrommet som følge av kommunesammenslåingene

Det finnes flere muligheter for forbedringer og innsparinger på innkjøpsområdet som kan oppnås ved en kommunesammenslåing.

Kommersielt vil en slik sammenslåing kunne gi økonomiske gevinster. Slike økonomiske gevinster kan komme i form av besparelser ved utøvelse av markedsrett, besparelser ved reduserte transaksjonskostnader og mulige koordineringsgevinster.

2.1 Større kommuner har større markedsrett

Størrelsen på innkjøpene vil i de aller fleste tilfeller påvirke hvilken pris markedet vil kunne tilby. Større innkjøp gir nesten alltid bedre innkjøpsbetingelser, spesielt på pris.⁶ Spesielt for varer og tjenester som er mulig å standardisere finnes slike besparelsemuligheter, for eksempel matvarer, IT-drift, kontoradministrasjon og møbler. Det er vanlig å samle slike innkjøp i en felles rammeavtale.

Eksempel: Økt volum kan gi lavere priser

Storevik og Lillevik kommune skal slå seg sammen.

Frem til sammenslåingen har hver enkelt skole, institusjon og barnehage i Storevik kjøpt matvarer via ulike avtaler hos lokale forhandlere. Lillevik kommune har organisert seg slik at de kjøper matvarer gjennom en felles rammeavtale for alle brukerne i kommune. Behovene for type matvarer, leveransebetingelser m.m. er lik for de to kommunene. Volumet på avtalene til Storevik og Lillevik utgjør henholdsvis ca. fem og ti millioner kroner årlig.

Etter sammenslåingen har leverandøren av matvarer til Lillevik kommune opplyst at dersom det volumet som kjøpes inn økes med 20 prosent, vil prisene gå ned ti prosent. Kostnadene for det samlede volumet til Lillevik og Storevik vil altså kunne reduseres med 1 500 000 kr årlig, bare ved å koordinere behovet i en samlet rammeavtale.

2.2 Større kommuner vil gi reduserte transaksjonskostnader

Med transaksjonskostnader menes de ressursene som brukes for å finne frem til og gjøre det beste valget når vi skal kjøpe en produkt eller tjeneste. Flere typer kostnader påvirker transaksjonskostnadene: søkekostnadene ved å finne frem til mest aktuelle alternativer, informasjonskostnadene knyttet til informasjonsinnhenting og samt forhandlings-, beslutnings- og evalueringskostnader knyttet til selve kjøpet.

Ved en kommunesammenslåing får man som oftest flere ressurser å spille på. Én enkelt ansatt har ikke alltid den riktige informasjonen om det faktiske behovet, aktuelle tilbydere, og varens eller tjenestens kvalitet. Jo høyere og bredere den samlede erfaringen til de ansatte som skal utføre kjøpene er, desto mindre vil transaksjonskostnadene bli, blant annet ved at søke- og informasjonskostnadene går ned. Videre er det slik at en større kommune nødvendigvis vil ha et økt behov, og da vil hyppigheten og størrelsen på de aktuelle kjøpene også øke. Å gjennomføre en aktivitet flere ganger gjør at man lærer å gjøre aktiviteten bedre både rent kvalitativt og effektivitetsmessig.

2.3 Større kommuner gir mulighet for å realisere koordineringsgevinster

Ved en sammenslåing av kommuner kan man oppnå koordineringsgevinster, blant annet

⁶ Dette er kjent som stordriftsfordeler eller skalafordeler, og bygger på teorien om at jo større kjøpermakt (attractivitet) man innehar som kjøper, desto bedre betingelser kan man forvente seg å få fra markedet.

som følge av økt kompetanse og kapasitet og bedre avtaleeffektivitet.

2.3.1 Større kommuner gir mulighet til å bygge opp bedre og flere kompetansemiljøer

En effekt av økt størrelse er muligheten til å utvikle en innkjøpsorganisasjon med en sterkere spesialisering på ulike oppgaver. For eksempel kan større kommuner lettere bygge opp en innkjøpsavdeling med spesialiserte innkjøpere innen administrasjon og IT, teknisk drift, tjenesteproduksjon, bygg, anlegg og eiendom.

Mer spesialisert kompetanse gjør det også mulig å utvikle bedre innkjøpsprosesser på hvert tjenesteområde. Alt dette vil ytterligere kunne forbedre innkjøpene på alle områder. For eksempel vil bedre innkjøpsprosesser kunne redusere behovet for endringsordrer innen tekniske innkjøp som bygg og anlegg.

Endret kommunestørrelse gir også mulighet for å etablere et dynamisk fokus på «kjøpe/lage-analyser». Hva en organisasjon skal gjøre selv og hva de skal kjøpe er ikke gitt en gang for alle. Endret kommunestørrelse med en samlet bredere kompetanse vil kunne påvirke utfallet av en kjøpe/lage-analyse. Det en liten kommune tidligere måtte kjøpe inn av tjenester fra markedet på grunn av manglende kompetanse, kan bli mer hensiktsmessig å beholde og utvikle som intern kompetanse etter en sammenslåing. Et godt eksempel på dette er IT-tjenester og -kompetanse.

2.3.2 Større kommuner har en bedre avtaleeffektivitet

En annen effekt ved økt størrelse er at man kan inngå en rammeavtale for hvert produkt- og tjenesteområde. Arbeidet med å inngå en avtale blir i beskjeden grad påvirket av størrelse og det er derfor mer effektivt å inngå en stor avtale enn mange små. Samtidig kan store rammeavtaler gi manglende fleksibilitet både i forhold til pris og produkttilgang fordi rammeavtaleleverandørene ikke har et oppdatert utvalg eller markedstilpasset prisbilde.

2.4 Øvrige punkter som må hensynstas ved vurdering av mulighetsrommet

Selv om man kan oppnå betydelige gevinster ved en kommunesammenslåing, må man også være klar over de negative effektene som kan oppstå dersom man ikke planlegger for å unngå dette.

2.4.1 Redusert kontroll over leverandører⁷

Samordning kan bryte opp og hindre nære relasjoner mellom leverandør og kunde, og dermed gi økte kostnader. Hvis leverandøren vet at god kommunikasjon med oppdragsgiver og høy kvalitet på leveransene bedrer mulighetene for nye kontrakter, vil dette virke disiplinerende på leverandøren og gi leverandøren økte insentiver til å levere kvalitet. Relasjonskontrakter fordrer tett kontakt mellom bruker og leverandør, noe som kan vanskeligjøres ved samordning av innkjøpene.

Her kan det være mulig å etablere systemer hvor deler av prosessen foregår samordnet, men der den direkte relasjonen mellom leverandør og bruker i stor grad opprettholdes. For sammenslåingen er den innkjøpsrelaterte utfordringen å utforme innkjøpsordningene slik at de lokale fortrinnene kan ivaretas.

2.4.2 For høy grad av standardisering⁸

Det er en fare for at samordning av innkjøpene medfører at leveransene i større grad må

⁷ Se Oslo Economics, Oeconomica og Firstventura: «Samordning av statlige anskaffelser» (2011). Tilgjengelig fra <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/samordning-innkjop/id661313/>

⁸ Se «Samordning av statlige anskaffelser» (2011)

standardiseres. Dette er potensielt uheldig, særlig hvis det er stort behov for individuell tilpasning.

Problemet kan dempes ved at samordningen er selektiv, for eksempel ved at selve kontraktsutforming og håndhevelsen skjer sentralt, samtidig som tilpasningen og implementeringen skjer gjennom en direkte prosess mellom leverandør og bruker. Imidlertid risikerer en da at gevinstene i form av økt priskonkurranse svekkes, og at administrasjonskostnadene ved samordninger øker.

2.4.3 Nærhet til brukerne

En negativ effekt av økt størrelse kan være at avstanden til brukerne økes. Økt avstand til brukerne kan være uheldig for å få til en god kommunikasjon rundt behov og spesifikasjoner.

Økt størrelse trenger imidlertid ikke være negativt. Alt avhenger av hvordan vi organiserer arbeidet. Her er det viktig at brukere, de med teknisk kompetanse og de med kommersiell kompetanse snakker godt sammen. Gode innkjøpsprosesser og god kompetanse kan fjerne eller redusere en slik potensiell negativ effekt.

I tillegg finnes det gode måter å løse eksempelvis responstid på i større kommuner. Man kan for eksempel dele en kommune inn i mindre regioner for kjøp av håndverkstjenester med krav til responstid og inngå rammeavtaler for en eller flere regioner, men ikke for hele kommunen.

3 Behovsanalyser og innkjøpsstrategi

3.1 Behovet for kartlegging av innkjøp og utvikling av en innkjøpsstrategi

Strategiske innkjøp i kommunal virksomhet handler om å få mest mulig verdi for hver anvendt krone. Innenfor begrensede kommunale budsjetter vil effektive innkjøp bidra til at mer penger blir gjort tilgjengelig for produksjon av velferdstjenester for befolkningen.

For å sikre effektive innkjøp bør det gjøres en total innkjøpsanalyse for den nye kommunen. Basert på denne lages det en anskaffelsesstrategi⁹, videre må det etableres en hensiktsmessig organisering av innkjøpene i den nye kommunen, både i overgangsperioden og etter kommunesammenslåingen. I de aller fleste tilfeller vil den nye organisasjonen besitte en tyngre og bredere innkjøpsfaglig kompetanse enn i tidligere, og de kommersielle mulighetene ved sammenslåingen vil være mulig å realisere.

Kommunens innkjøpsstrategi bør være forankret i den rullerende, fireårige økonomiplanen. Overordnede planer bestemmer hva som bør kjøpes når, mens kunnskap om leverandørmarkeder, trender og utviklingsmuligheter bør påvirke hvilke overordnede planer som legges. Et godt eksempel er hvordan analysen av fremtidige driftskostnader ved bygg eller maskiner påvirker selve investeringsbeslutningen hva gjelder *hva, når og hvordan*.

En kostnadsanalyse av historiske innkjøp gir et overblikk over hvilke typer av varer og tjenester det brukes penger på, og hvordan dette fordeler seg på ulike navngitte leverandører. Et slikt overblikk gir grunnlag for å oppnå innkjøpsbesparelser på flere måter:

- Hvis man avdekker muligheten for konsentrasjon av likeartede innkjøp på færre antall leverandører, kan dette gi bedre priser og betingelser, samt lavere faktura-behandlings- og administrasjonskostnader.
- Presise statistikker over hva som kjøpes gir forhandlingsstyrke og bedre priser og betingelser.
- Detaljert oversikt over hva som kjøpes gir beslutningsgrunnlaget som trengs for å redusere forbruket.

Når to eller flere kommuner skal slås sammen, vil en kostnadsanalyse av alle partenes historiske innkjøp være et viktig grunnlag for å samordne deres fremtidige innkjøp, eksempelvis illustrere hvor behovene er sammenfallende (gir økt innkjøpsmakt), og hvor de er spesifikke (behov for spesialisering).

3.2 Analyse av historiske innkjøp og fremtidig behov

Et godt utgangspunkt for vurdering av fremtidige behov er å legge til grunn *kategoristyring*. Kategoristyring innebærer at varer eller tjenester som anskaffes fra samme leverandørmarkeder, har noenlunde like egenskaper og dekker beslektede behov blir gruppert i samme kategori.

Fra et strategisk innkjøpsperspektiv bidrar kategoristyring til effektivisering og profesjonalisering av innkjøp. Dette fordi man gir seg selv et utgangspunkt for dybdeinnsikt i spesifikke leverandørmarkeder, samt å utvikle leverandørmarkedsspesifikke innkjøpsstrategier og leverandørøppfølgingsprogrammer.

Eksempler på egnede kategorier kan for eksempel være:

- medisinsk forbruksmateriell
- kontorartikler

⁹ Se mer om strategier på [anskaffelser.no](http://www.anskaffelser.no), <http://www.anskaffelser.no/prosess/anskaffelsesstrategi>

- IKT og telefoni
- drivstoff
- bygningsdrift
- verktøy og teknisk forbruksmateriell
- biler og maskiner

En annen tilnærming er rett og slett å ta utgangspunkt i KOSTRA¹⁰. Dette gir en inndeling som vil være velkjent og derfor lett å forholde seg til, men den vil ikke være sortert etter spesifikke leverandørmarkeder. En analyse av fremtidige behov bør baseres på kommunens økonomiplaner.

En analyse av historiske kostnader bør trolig ta utgangspunkt i et leverandørreskontrolluttrekk, der leverandører skjønsmessig fordeles på kategori.

Eksempel: Innkjøpsanalyser danner grunnlaget for gevinstrealisering

Storevik kommune har en ambisjon om å anvende innkjøp som et strategisk verktøy for bedre kostnadsstyring internt. Ved økt fokus på innkjøp og de muligheter som ligger for gevinstrealisering gjennom forbedrede innkjøpsprosesser skal dette bidra til økt tjenesteproduksjon i kommunen.

Som et første steg på veien ønsker Storevik kommune å få på plass en ny anskaffelsesstrategi for den kommende perioden. Hovedmålet for strategien er at denne skal bidra til større ledelsesforankring av anskaffelser i organisasjonen. For å danne et riktig grunnlag for strategiarbeidet blir det nødvendig for Fjord kommune å gjennomføre en analyse av relevante tall og data, en såkalt innkjøpsanalyse.

3.3 Kontraktsanalyse

I forbindelse med en kommunesammenslåing vil hver enkelt av de deltagende kommuner ha sin egen kontraktsportefølje. I enkelte tilfeller kan de deltagende kommuner også ha felles kontrakter som følge av at de allerede har et innkjøpssamarbeid. Å ha god oversikt over egen kontraktsportefølje (inkludert rammeavtaler) vil alltid være en viktig forutsetning for å sikre god planlegging av anskaffelsesvirksomheten. I tillegg vil en god oversikt og planlegging bidra til enklere etterlevelse av anskaffelsesregelverket. Videre vil en god oversikt over kontraktsporteføljen være av stor verdi ved kontraktsoppfølgingen, og for å sikre at kontraktsporteføljen dekker de behov virksomheten til enhver tid har.

En ny enhet etter sammenslåing kan ikke videreføre alle kontrakter, så her vil det være behov for å samordne kontraktsporteføljene. Den sammenslåtte enheten kan da gå videre med en kontraktsportefølje som sikrer at kommunens sammenslåtte behov på best mulig måte er ivaretatt og at kontraktene er kommersielt gode. I de fleste tilfeller antas det at den nye kommunens kontrakter vil basere seg på de deltagende kommuners allerede inngåtte kontrakter. Det kan allikevel ikke utelukkes at den sammenslåtte kommunen ikke kan gjøre bruk av de deltagende kommuners kontrakter, eller at det vil være nye behov i en ny kommune som den eksisterende kontraktsportefølje ikke dekker.

For å skaffe en oversikt over kontraktsporteføljen er en kontraktsanalyse eller kontraktskartlegging nødvendig. For virksomheter som har elektronisk kontraktsarkiv vil dette arbeidet kunne være enklere enn for virksomheter uten elektronisk arkiv. Imidlertid finnes det verktøy som kan benyttes, f.eks. mal for kontraktsanalyse fra Difis prosjektveiviser.¹¹

¹⁰ KOSTRA (Kommune-stat-rapportering) er et nasjonalt informasjonssystem som gir styringsinformasjon om kommunal og fylkeskommunal virksomhet

¹¹ Se <http://www.prosjektveiviseren.no/e-handel/bibliotek/ressurs/kontraktsanalyse>

Malene her kan tjene som eksempel, men bør justeres etter behov.

Når kommunenes kontraktsportefølje skal samordnes er det flere forhold som må vurderes og kontraktsanalysen må innrettes i forhold til dette.

Det fremtidige behovet for den sammenslåtte enhet må vurderes. Det vil være lettere å anslå det fremtidige behovet dersom en innkjøpsanalyse er foretatt.¹² På bakgrunn av behovsvurderingen må det så foretas valg innenfor de rammer som er mulig. Disse valgene kan det være nødvendig å foreta både i perioden forut for en sammenslåing og etter sammenslåing. Det kan f.eks. være aktuelt å si opp kontrakter, utløse opsjon, la kontrakt løpe ut, overføre kontrakt til ny enhet og/eller arrangere ny konkurranse på det aktuelle området. Noen av disse forhold kan det være nødvendig å avklare tidlig. Kontraktsanalysen skal være et hjelpemiddel for å foreta disse vurderingene.

Vi skal i det følgende peke på noen sentrale forhold ved en kontraktsanalyse.

3.3.1 Dobbel dekning

Flere av kommunene involvert i en sammenslåing kan ha kontrakter på samme type ytelser (vare/tjeneste eller annet), f.eks. kontorrekvisita. Disse kontraktene kan være inngått med forskjellige leverandører og ulike betingelser. Det må vurderes om den sammenslåtte enhet fortsatt har behov denne type ytelse og hvilken struktur en ønsker.

Analysen må derfor gi god informasjon om:

- oppdragsgiver
- leverandør
- innhold i avtalen, herunder sentrale merkantile og kommersielle forhold
- verdi og mengde
- type kontrakt (f.eks. rammeavtale)

Videre kan kontraktene ha ulik løpetid. Det må derfor vurderes hvordan løpetidene er tilpasset den nye enhetens behov. Det kan være behov for både å avslutte, løse ut opsjoner og si opp avtaler for at den nye enhetens behov skal bli dekket på en god måte.

Analysen må derfor gi god informasjon om:

- løpetid (inngåelsesdato/sluttdato)
- eventuelle opsjoner
- oppsigelsesklausuler

3.3.2 Særkontrakter i den enkelte kommune

De deltagende kommunene kan hver for seg ha særkontrakter som de øvrige kommuner ikke har hatt. Særkontrakter må vurderes i forhold til den sammenslåtte enhetens behov. Dette kan medføre at enkelte av disse kontraktene må videreføres og andre kan avvikles.

3.3.3 Kontrakter som dekker samme behov, men på ulike måter

De deltagende kommuner kan ha valgt ulike løsninger for å dekke sine behov, f.eks. innenfor IKT-området. Dette kan medføre at de deltagende kommuner har inngått kontrakter på f.eks. ulike arkivsystemer. For den sammenslåtte enhet vil det være praktisk å gå videre med et felles system.

¹² Se punkt 3.2

Analysen bør derfor gi god informasjon om hvilke systemer og kontrakter som finnes innenfor de ulike virksomhetsområdene.

De overnevnte punktene er noen eksempler på forhold som kontraktsanalysen bør gi svar på, men ikke uttømmende. Hvilke forhold den endelige kontraktsanalysen skal gi informasjon om må besluttes i felleskap mellom de involverte kommuner basert på hvilke problemstillinger de ser for seg i forbindelse med sammenslåingen.

4 Adgang til å endre eller tilpasse eksisterende kontrakter

4.1 Innledning

En kommunereform vil få konsekvenser for kontrakter som de enkelte kommunene enten har inngått, eller planlegger å inngå. Der kommuner slår seg sammen vil enkelte avtaler kunne være overlappende, slik at det kan oppstå behov for å slå sammen noen avtaler, mens andre avtaler fases ut. I praksis vil endringene gå ut på å øke eller redusere kontraktens omfang, eller utvide avtalens virkeområde.

En annen situasjon vil være at kommunene holder på å gjennomføre like eller liknende anskaffelser, f.eks. kunngjorte anskaffelser, eller anskaffelser som er tildelte men ikke signerte. Også her oppstår det behov for å foreta endringer for å tilpasse seg den nye kommunestrukturen.

Det videre spørsmålet blir derfor hvilken adgang anskaffelsesregelverket gir kommunene til å foreta slike endringer.

4.2 Endringsadgangen

4.2.1 Innledende spørsmål

Kommunereformen gjennomføres ved vedtak fattet av Stortinget, Regjeringen og kommunestyrene. Dette reiser spørsmålet om vedtak om sammenslåing gir en særlig rett til å gjøre endringer i inngåtte kontrakter og pågående anskaffelsesprosesser. Svaret på dette er som klart utgangspunkt nei. Adgangen til endringer vil derfor måtte løses ut fra gjeldende anskaffelsesregelverk og alminnelig kontraktsrett.

4.2.2 Vesentlighetsvurderingen – utgangspunkter

Det er forbudt å gjøre vesentlige endringer i inngåtte kontrakter. Dette følger av de grunnleggende kravene om bl.a. likebehandling og forutberegnelighet.¹³ Bakgrunnen er at slike endringer bryter med de forutsetningene som lå til grunn for den kunngjorte anskaffelsen og som leverandørene baserte sine vurderinger på ved tidspunktet for deltakelse i konkurransen.

Disse kriteriene er viktige i vurderingen av hvilke endringer som er vesentlige:

- Endringene kan anses som vesentlige dersom andre leverandører kunne ha deltatt i konkurransen hvis endringene hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen.
- Endringene kan også være vesentlige dersom en annen leverandør kunne vunnet kontrakten hvis endringene var en del av konkurransen.
- En endring kan videre være vesentlig dersom endringen utvider avtalens omfang til å omfatte andre varer eller tjenester enn den opprinnelige avtalen.
- Dersom avtalens økonomiske balanse endres til fordel for leverandøren etter at kontrakt er inngått, kan også dette anses som en vesentlig endring.

Kriteriene er hentet fra EU-domstolens avgjørelse i Preetext-saken¹⁴. KOFA har også gitt veiledning om vesentlighetskravet i flere saker, hvor kriteriene er stadfestet og illustrert i lys av norske forhold.¹⁵

¹³ LOA § 5 og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (FOA) § 3-1

¹⁴ C-454/06, *Pretext Nachrichtenagentur mot Østerrike, APA-OTS og APA*, Sml. 2008 s. I-04401

¹⁵ Se blant annet KOFA-sak 2010/7 premiss 62 og 2008/217 premiss 69

Til sammenlikning kan det nevnes at endringer som ikke vil være tillatte å gjøre i konkurransegrunnlaget, heller ikke vil være tillatte å gjøre i kontrakten etter at den er signert.¹⁶

Som en del av vurderingen av om en endring er vesentlig eller ikke, vil kontraktstypen være relevant. Dersom kontrakten er kompleks og av langvarig karakter, er det større sannsynlighet for at endringer vil skje, sammenliknet med kortvarige kontrakter med mer standard leveranser. Endringer i slike kontrakter er derfor mer påregnelig for leverandørene og markedet for øvrig, slik at det skal noe mer til før endringer kan karakteriseres som vesentlige.

Vurderingen om en endring er vesentlig må ta utgangspunkt i forskjellen mellom kontrakten slik den ble kunngjort og kontrakten slik den vil lyde etter den aktuelle endringen.

4.3 Adgangen til å gjøre endringer i kontrakt

4.3.1 Endringer med hjemmel i kontrakten

I mange kontrakter er endringsadgangen regulert gjennom særlige endringsbestemmelser. Dette gjelder særlig i standardkontrakter. Slike endringsbestemmelser gir ofte oppdragsgiveren rett til å utvide eller endre leveringsomfanget innenfor visse grenser.

Et eksempel er NS 8405 Norsk standard bygge- og anleggskontrakt punkt 20:

«En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. [...] En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, at ytelsens karakter, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.»

Et annet og tilsvarende eksempel er SSA-D¹⁷ pkt. 3.1:

«Kunden har rett til å gi pålegg om endring med hensyn til økning eller reduksjon i omfang, karakter, art, kvalitet eller utførelse av driftstjenesten, samt endring i fremdriftsplanen forutsatt at endringen ligger innenfor hva partene med rimelig grunn kan ha forventet da avtalen ble inngått.»

Et annet praktisk eksempel er bruk av definerte opsjoner i kontrakten, der oppdragsgiver har rett til for eksempel å utvide eller endre leveringsomfanget, alternativt forlenge kontraktsperioden.

Endringer som på denne måten er klart forutsatt eller tatt høyde for i den opprinnelige kontrakten, skal det normalt mer til for å karakterisere som «vesentlige endringer» - og dermed ulovlige. Forutsetningen er at endringsbestemmelsene er tilstrekkelig klart formulert og avgrenset, og ikke innebærer en omgåelse av regelverket.

4.3.2 Endring av leveringsomfanget

Et meget konkret eksempel er at oppdragsgiver vil ha behov for å gjøre endringer i det avtalte leveringsomfanget, dersom kontrakten må tilpasses i forhold til ny kommunestruktur. I forbindelse med en kommunesammenslåing vil det kunne inntreffe i alle fall to forhold som påvirker eksisterende avtaler. For det første vil det kunne bli et større volum enn det avtalte leveringsomfanget. For det andre vil det oppstå et behov for å endre kravene til

¹⁶ Se FOA § 8-2 første ledd og § 17-2 første ledd

¹⁷ Driftsavtalen (2015), Statens standardavtale om kjøp av IKT-driftstjenester. Tilgjengelig fra <http://www.an-skaaffelser.no/verktoy/driftsavtalen-ssa-d>

ytelsen og hva avtalen omfatter.

I de tilfeller der volumet på avtalen vil øke, oppstår spørsmålet om en slik endring er å anse som vesentlig eller ikke. Dette kommer særlig på spissen der en anskaffelse opprinnelig ikke var kunngjort fordi den da var beregnet til å være under nasjonal terskelverdi og dermed unntatt kunngjøringsplikt. Men det vil være en aktuell problemstilling også når dette ikke er tilfellet.

Eksempel: Endringer i kontraktsomfang kan være vesentlige

Storevik og Lillevik kommuner har slått seg sammen og heter nå Viker kommune. Storevik kommune hadde fra før en kontrakt med Tastad Security AS om mobilt vakthold (regelmessige vekterinspeksjoner) ved alle kommunens bygninger.

Eiendomssjefen i nye Viker kommune ønsker nå å utvide kontrakten med Tastad slik at selskapet i fremtiden også utfører tilsvarende vakthold ved bygningene som tidligere hørte til Lillevik kommune.

Anskaffelsesrettslig vil dette regnes som en endring av kontrakten. Lovligheten av en slik endring må vurderes ut fra «Presstext-kriteriene», der det overordnede spørsmålet er om endringen av kontrakten er vesentlig, se punkt 2.2.2 ovenfor.

Hvor stor økningen i volumet kan være før endringen blir vesentlig, vil bero på en konkret vurdering. En retningslinje her kan være den fleksibilitet som følger av bl.a. NS 8405 og SSA-D som sier at oppdragsgiver kun kan pålegge leverandøren endringer på inntil 15 prosent av kontraktsverdien. Det må likevel gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Den andre endringssituasjonen er der en oppdragsgiver ønsker å endre kravene til ytelsen og hva ytelsen omfatter, for eksempel for å kunne dekke behov utover det leveringsomfang som er beskrevet i kontrakten. Dette vil typisk kunne innebære at leverandøren leverer nye varer og/eller tjenester som ikke var en del av den opprinnelige konkurransen. I slike tilfeller skal det lite til før endringene anses som vesentlige. Dette gjelder i særlig grad hyllevarer og tilsvarende ordinære tjenester. Slike behov kan som oftest også enkelt løses ved en ny konkurranse.

Eksempel: Endringer i kontraktsomfang kan være vesentlige

Storevik og Lillevik kommuner har slått seg sammen og heter nå Viker kommune. Storevik kommune hadde fra før en kontrakt med Tastad Security AS om mobilt vakthold (regelmessige vekterinspeksjoner) ved alle kommunens bygninger. Avtalen er utvidet til å omfatte også tilsvarende vakthold ved bygningene som tidligere hørte til Lillevik kommune, etter at kommuneadvokaten har konkludert med at dette var lovlig.

Etter en gjennomgang av eiendomsdriften, ønsker eiendomssjefen i nye Viker kommune å utvide kontrakten med Tastad til å omfatte levering av tekniske sikkerhetsinstallasjoner slik som videoovervåkning og innbruddsalarm.

Anskaffelsesrettslig vil dette regnes som en endring av kontrakten. Lovligheten av en slik endring må vurderes ut fra «Presstext-kriteriene», der det overordnede spørsmålet er om endringen av kontrakten er vesentlig, se punkt 2.2.2 ovenfor. Det skal normalt lite til for at slike endringer anses som vesentlige.

Ved mer komplekse kontrakter kan det som tidligere nevnt være større rom for endringer, fordi slike kontrakter ofte innebærer at leverandøren i større grad skal bidra til utvikling av nye løsninger underveis i kontraktsforløpet.

Det nye innkjøpsdirektivet inneholder en bestemmelse om endring av kontrakter over EØS-terskelverdiene.¹⁸ Bestemmelsen innfører noen nye regler, men i hovedsak sørger den for at ny rettspraksis som har utviklet seg blir nedfelt i direktivet. Direktivet slår blant annet fast at følgende endringer alltid vil være tillatt:¹⁹

- Når endringer skjer i henhold til en klar og presis endringsklausul som fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- Ved visse tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette forutsetter blant annet at prisøkningen ved tilleggsleveranser ikke må overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.
- Ved uforutsette omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Heller ikke i slike tilfeller må prisøkningen overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.
- Når verdien av endringen ikke overstiger EØS-terskelverdiene og samtidig ikke overstiger henholdsvis 10 prosent av den opprinnelige vare- eller tjenestekontrakten eller 15 prosent av den opprinnelige bygge- og anleggskontrakten.

Disse bestemmelsene vil bli gjort til norsk rett når ny forskrift om offentlige anskaffelser trer i kraft i 2016.

4.3.3 Forlengelse av kontraktperioden

Dersom kontrakten har en bestemmelse som gir adgang til å forlenge kontraktperioden, er det normalt uproblematisk å gjøre dette, så lenge slike avtalte forlengelser er i henhold til anskaffelsesregelverket. Dette gjelder særlig i forhold til reglene i forskrift om offentlige anskaffelser for rammeavtaler, hvor hovedregelen er en maksimal løpetid på fire år.²⁰ (For kontrakter gjelder imidlertid ikke denne fireårsregelen.)

Forlengelser av kontraktperioden utover avtalt løpetid vil som hovedregel være en vesentlig endring. Unntak kan tenkes ved ubetydelige forlengelser der proporsjonalitetsprinsippet tilsier at det vil være lite effektiv ressursbruk å gjennomføre ny konkurranse for å ivareta den nødvendige forlengelsen.

4.3.4 Prisendringer

Prisen er en viktig del av kontraktsvilkårene, og selv mindre endringer i prisene uten hjemmel i kontrakten vil kunne anses som en vesentlig endring. Årsaken er at prisendringer endrer kontraktens økonomiske balanse. Dette gjelder særlig dersom endringen er til gunst for leverandøren. Motsetningsvis vil endringer til fordel for oppdragsgiver i større grad kunne aksepteres.

¹⁸ Dir. 2014/24 art. 72

¹⁹ Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat «Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser» (mars 2015), se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/>

²⁰ FOA § 6-1 fjerde ledd, alternativt § 15-1 fjerde ledd

Eksempel: Fakturagebyr – prisendring som følge av endrede rutiner

Storevik og Lillevik kommune har slått seg sammen. Som følge av sammenslåingen har kommunene omorganisert seg og endret prosessen for fakturabehandling. Den nye kommunen stiller nå et generelt krav til leverandørene om at faktura skal sendes elektronisk som samlefaktura pr. avdeling for foregående måned, med 30 dagers betalingsfrist. Kirkerud Engros AS, kommunens faste leverandøren av matvarer, sendte tidligere papirfaktura med ti dagers betalingsfrist sammen med hver leveranse. Leverandøren krever nå et nytt administrasjonsgebyr for å dekke økte kostnader som følge av nye faktureringsrutiner.

Forutsatt at grunnlaget for kravet er riktig, er prisendringene her direkte relatert til faktiske kostnader som oppdragsgiver er årsak til, og som er dokumenterbare. Så lenge endringene fra oppdragsgiverens side er innenfor anskaffelsesregelverket og leverandørens økte priser er en direkte følge av slike endringer, kan slike prisendringer aksepteres så lenge de representerer kostnadene og ikke økt fortjeneste. Øvrige prisendringer vil som nevnt som hovedregel bli ansett som en vesentlig endring.

4.4 Oppsigelse av avtalen («terminering»)

Som følge av kommunereformen vil enkelte avtaler kunne bli overflødige, og oppdragsgiveren vil at denne grunnen ønske å si opp (terminere) avtalen. Såfremt kontrakten ikke har en termineringsklausul vil oppdragsgiver ikke lovlig kunne terminere kontrakten. En slik handling uten hjemmel i kontrakten vil være å anse som et vesentlig kontraktsbrudd fra oppdragsgiverens side.

Dersom oppdragsgiveren likevel ønsker å terminere kontrakten, må dette gjøres ved nærmere avtale med leverandøren. Leverandøren vil da som et utgangspunkt ha krav på å få dekket sitt fortjenestetap. Det vil derfor være en kommersiell vurdering hvorvidt dette er en ønsket løsning for oppdragsgiveren.

Ved rammeavtaler kan dette stille seg annerledes. Rammeavtaler diskuteres særskilt i neste kapittel.

4.5 Rammeavtaler

En rammeavtale er en avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontraktene som skal tildeles i løpet av en gitt periode.²¹ Rammeavtaler er først og fremst egnet dersom oppdragsgiveren har et behov for gjentakende kjøp av samme type varer eller tjenester over en lengre tidsperiode. I en kommune kan det ofte være hensiktsmessig å benytte rammeavtaler siden det gjerne jevnlig skal kjøpes inn likeartede varer og tjenester til en rekke underliggende organ med forskjellige funksjoner.

På samme måte som ved vanlige kontrakter vil oppdragsgiver som utgangspunkt ikke kunne foreta vesentlige endringer i eksisterende rammeavtalers art, omfang eller opprinnelige avtalevilkår.²²

Oppdragsgiver vil generelt ha begrenset adgang til å endre eller tilpasse varen eller tjenestens art siden en slik endring lett fører til at andre leverandører kunne tenke seg å ha deltatt i konkurransen dersom dette var synliggjort på kunngjøringstidspunktet.

Når det gjelder endring av omfanget, skiller imidlertid rammeavtaler seg noe fra vanlige

²¹ LOA § 4-2 bokstav f

²² Se punkt 4.2

kontrakter på den måten at omfanget gjerne ikke lar seg like klart definere på forhånd.²³ Det reelle antallet avrop under avtalen, og størrelsen på disse, vil bero på oppdragsgivers konkrete behov i avtaleperioden. Dette er ikke nødvendigvis særlig klart på kunngjørings-tidspunktet.

KOFA har uttalt at en tilnærmet fordobling av omfanget som ble skissert på kunngjørings-tidspunktet måtte godtas. Dette begrunnes med at omfanget nødvendigvis må bygges på oppdragsgiverens beste antakelser, og at leverandørene kjenner til at det vil være en mulighet for til dels store avvik mellom forventet og reelt behov i rammeavtaler.²⁴

På samme måte tilsier rammeavtalens form at leverandørene ikke kan ha forventning om et bestemt omfang av avropene. Avhengig av hvordan kunngjøringen og kontrakten er utformet, vil oppdragsgiver gjerne kunne velge å begrense eller stoppe avrop på avtalen. Dette gjelder særlig der rammeavtalen inneholder bestemmelser om at denne avtalen ikke er eksklusiv overfor leverandøren, eller det er spesifikt uttrykt at omfanget er usikkert. Dersom rammeavtalen derimot har vært ment å være eksklusiv for leverandøren, kan det være problematisk at oppdragsgiveren velger å få dekket sitt behov over en annen rammeavtale med en konkurrerende leverandør, f.eks. en avtale inngått av den kommunen man slår seg sammen med.

For kontrakter over EØS-terskelverdiene følger det av forskrift om offentlige anskaffelser at kontrakter innenfor en rammeavtale bare kan inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen.²⁵ Dette er også presisert i det nye EU-direktivet.²⁶ Der er det også presisert at avrop under en rammeavtale kun kan foretas av de oppdragsgiverne som tydelig er identifisert til dette formålet i kunngjøringen.²⁷ Det finnes ingen tilsvarende regel for anskaffelser under EØS-terskelverdiene,²⁸ men kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tilsier at det ikke vil være åpning for andre oppdragsgivere å kjøpe inn under en avtale de ikke opprinnelig var en del av.

Den mest praktiske problemstillingen i forbindelse med den nye kommunereformen vil være hvorvidt den enkelte kommunes eksisterende rammeavtaler vil kunne benyttes for hele den nye kommunen etter en sammenslåing.

²³ Se punkt 4.3

²⁴ KOFA-sak 2011/294. Nemda uttalte i premiss 31 følgende: «Vesentlighetsterskelen bør likevel ta høyde for at omfanget er angitt som et estimat og at leverandørene må antas å være kjent med at omfanget vil kunne overskrides»

²⁵ FOA § 15-1 tredje ledd

²⁶ Dir. 2014/24 art. 33. Dette er også lagt til grunn i Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat «Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser» (mars 2015), se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--ending-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/>

²⁷ NOU 2014: 4 s. 137

²⁸ § 6-1 tredje ledd ble fjernet 01.07.2015

Eksempel 1: Rammeavtale – fleksibilitet med hensyn til avtalelengde

Storevik kommune skal inngå en rammeavtale for leveranse av møbler. Det skal inngås to rammeavtaler, en for kontormøbler, og en for undervisningsmøbler. Storevik er en stor kommune, og det er estimert et omfang på ca. 5 000 000 kroner i året.

På tidspunktet for kunngjøring er det ikke endelig avklart om kommunen skal slås sammen med Lillevik kommune, eller når. Storevik kommune vet at Lillevik kommune, som er en mindre kommune, har en rammeavtale på kontormøbler som varer i 2 år til med et årlig estimert omfang på ca. 500 000 NOK.

Hvordan skal Storevik kommune ivareta nødvendig fleksibilitet og samtidig være innenfor anskaffelsesregelverket?

Rammeavtaler skal i utgangspunktet ikke ha en varighet på mer enn fire år, men det er adgang til å dele avtaleperioden opp i en fast periode med en tilhørende opsjon til å forlenge avtalen – for eksempel 2 + 1 + 1 år.

Ved å definere varigheten på denne måten, og synliggjøre Lillevik kommune som en deltaker i avtalen etter en eventuell sammenslåingen og at dette eventuelt vil medføre en økning i omfang på 500 000 på kontormøbler i de to opsjonsårene, vil Storevik kommune ha sikret fleksibilitet. For det første kan kommunene etter sammenslåing bli enige om å inngå en ny avtale ved at Storevik kommune ikke utløser opsjon om forlengelse. For det andre kan opsjonene utløses og Lillevik kommune vil da ha mulighet til å kjøpe inn under avtalen i den gjenværende avtaleperioden.

Eksempel 2: Rammeavtale – mindre endring i omfanget ved sammenslåing

Lillevik kommune er ikke synliggjort i kunngjøringen som en opprinnelig oppdragsgiver, men kommunen vil etter sammenslåingen inngå i Storevik kommune.

Vurderingen i dette tilfellet blir hvorvidt utvidelsen med Storevik kommune (eller flere andre kommuner) medfører endringer i rammeavtalens omfang som må regnes som vesentlige – og dermed ikke tillatt. Antakelig vil økningen i omfanget ved at Lillevik kommune kommer inn i avtalen ikke kunne regnes som vesentlig.

Eksempel 3: Rammeavtale – vesentlig endring i omfanget ved sammenslåing

Samme utgangspunkt som i eksempel 1 med unntak av at Storevik og Lillevik kommune er omtrent like store, og at de skal slås sammen til en ny kommune, Viker kommune. Kan den «nye» Viker kommune benytte Storevik eller Lillevik sine eksisterende rammeavtaler?

Hvis den potensielle sammenslåingen av de to kommunene er synliggjort i kunngjøringen kan det ikke være avgjørende at de nå er samlet og heter noe annet, da de reelt sett er samme oppdragsgiver(e). Hvis dette ikke er synliggjort må det vurderes ut fra om det blir en vesentlig økning av rammeavtalen. Gitt at de to kommunene er like store så må sannsynligvis en fordobling av omfanget regnes som vesentlig, men dette må vurderes konkret.

Det er ikke uvanlig at nabokommuner går sammen for å inngå rammeavtaler siden de ofte kan ha samsvarende behov som skal dekkes. Et slikt samarbeid vil ofte være effektivt og kommersielt gunstig siden avtaler med et større omfang normalt skaper en tøffere konkurranse i markedet, noe som erfaringsmessig vil ha positiv effekt på pris og kvalitet i tilbudet. Der begge eller alle kommunene som sammenslås er angitt som opprinnelig oppdragsgiver i en eksisterende rammeavtale før sammenslåingen, vil det være uproblematisk å benytte rammeavtalen videre, uavhengig av om sammenslåingen resulterer i at en av kommunene blir utvidet eller om de går sammen til en ny kommune.

Det vil i prosessen før sammenslåingen være fornuftig å ta hensyn til den potensielle sammenslåingen i avtaler som må inngås før dette skjer. God kommunikasjon kan sikre en lovlig og kommersielt god overgang fra to til en kommune.

5 Nye behov som oppstår i overgangsfasen

5.1 Rammene for offentlig-offentlig samarbeid

Som hovedregel er avtaler mellom to eller flere kommuner om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider omfattet av anskaffelsesregelverket. Utgangspunktet er at anskaffelsesregelverket gjelder når en kontrakt inngås mellom to forskjellige juridiske personer, selv om begge partene er offentlige organer eller offentlige virksomheter.²⁹ Det finnes likevel noen unntak fra hovedregelen.

Unntakene i gjeldende rett er utviklet av EU-domstolen gjennom praksis. I EUs nye innkjøpsdirektiv finnes en regulering av unntakene.³⁰ Bestemmelsene i direktivet er dels en at regler som følger av rettspraksis gjøres til direktivregler (kodifisering av rettspraksis), og dels en klargjøring av spørsmål som til nå har vært uavklarte. Enkelte elementer må også anses som en endring av dagens rettstilstand i form av at unntakene utvides noe.³¹

Unntakene skal fortolkes restriktivt, slik at det skal mye til for at de kan brukes.³²

Et unntak er det som gjerne kalles **utvidet** eller **uegentlig egenregi (vertikale samarbeidsformer)** i juridisk teori. Selv om en avtale inngås mellom to forskjellige juridiske personer, vil forholdet regnes som egenregi dersom følgende to vilkår begge er oppfylt:³³

1. Oppdragsgiveren må ha en kontroll over leverandøren som tilsvarer kontrollen oppdragsgiveren har med egne organer.
2. Leverandøren må utføre hovedparten av sin virksomhet sammen med den eller de oppdragsgiverne den eies av.

Kontrollen over leverandøren kan utøves av flere offentlige oppdragsgivere i fellesskap.³⁴

Et annet unntak gjelder **horisontale samarbeid**: Samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere om utførelse av offentlige oppgaver. Offentlige oppdragsgivere kan samarbeide om å utføre oppgaver, forutsatt at samarbeidet:³⁵

- bare omfatter offentlige oppdragsgivere
- er et reelt samarbeid, ikke at en oppdragsgiver leverer tjenester mv. til en annen
- gjelder en oppgave samtlige involverte oppdragsgivere må utføre
- er etablert og administrert kun ut fra vurderinger knyttet til offentlige interesser
- ikke gir noen av partene en konkurransefordel i markedet

²⁹ Sak C-480/06, *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2009 s. I-4747.

³⁰ Dir. 2014/24 artikkel 12.

³¹ Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat «Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser» (mars 2015), se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/>

³² Sak C-26/03, *Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau mot TREA Leuna*, Sml. 2005 s. I-5, premiss 46.

³³ Sak C-107/98, *Teckal mot Comune di Viano og AGAC di Reggio Emilia*, Sml. 1999 s. I-8121.

³⁴ Sak C-324/07, *Coditel Brabant mot Commune d'Uccle og Région de Bruxelles-Capitale*, Sml. 2008 s. I-8457.

³⁵ EU-kommisjonens notat «Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation')» (november 2011)

Eksempel: Fremtidig deltakelse i interkommunalt renovasjonsselskap

Lillevik og Storevik kommuner skal slå seg sammen.

Storevik kommune eier Vik interkommunale renovasjonsselskap AS sammen med tre andre kommuner. Dette selskapet utfører de fire eierkommunenes lovpålagte renovasjonsoppgaver. Selskapet er organisert og drevet slik at vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt.

Lillevik kommune står utenfor samarbeidet, og har konkurranseutsatt renovasjonsoppgavene. Kommunen har kontrakt med det private foretaket Ås Gjenvinning AS. Kontrakten utløper et år før kommunesammenslåingen mellom Lillevik og Storevik.

Lillevik kommune velger å kjøpe seg inn i Vik interkommunale renovasjonsselskap AS før kontrakten med Ås Gjenvinning AS utløper, og lar deretter Vik interkommunale renovasjonsselskap AS overta renovasjonsoppgavene uten å gjennomføre en konkurranse. Dette er lovlig.

Eksempel: Kjøp av brannberedskap uten konkurranse

Lillevik og Storevik kommuner skal slå seg sammen.

Storevik brannvesen er en etat i Storevik kommune, organisert med heltidspersonell på brannstasjonen i Storevikvangen. Lillevik kommune har deltidsbrannvesen uten fast vaktordning.

Et år før kommunesammenslåingen mellom Lillevik og Storevik skal det åpnes et nytt mottakssenter for 1000 asylsøkere i Lillevik. Brannsjefen i Lillevik mener at hans styrke vil ha uakseptabelt lang innsatstid til det nye mottakssenteret. Samtidig viser beregninger at brannvesenet i Storevik kan være på stedet innen ti minutter om de rykker ut fra Storevikvangen.

Lillevik kommune velger å inngå en avtale med Storevik kommune om at Storevik brannvesen skal ha ansvaret for eventuelle innsatser ved det nye mottakssenteret. For denne beredskapen betaler Lillevik kommune 60 000 kr/mnd til Storevik kommune.

Dette er en ulovlig direkte anskaffelse. En lovlig måte å få dekket behovet på, kunne være å etablere et gjensidig og reelt samarbeid om brannvesenet i regionen.

5.2 Prinsipper for angivelse av omfanget i kontrakter og rammeavtaler

Offentlige oppdragsgivere er forpliktet til å sikre at hensynene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.³⁶ I kravet til forutberegnelighet ligger det at oppdragsgiveren skal sørge for å gi leverandørene tilstrekkelig grunnlag til å kunne ta et informert valg om å delta eller ikke i konkurransen. Videre skal oppdragsgiveren gi tilstrekkelig informasjon til at leverandørene skal kunne utforme sitt beste tilbud. Oppdragsgiveren må for sin egen del sørge for å definere behovet sitt så presist at han sikrer at behovet blir dekket på best mulig måte, og på best mulige betingelser. En god prosess knyttet til behovsdefinering og beskrivelse av anskaffelsens art og omfang er en forutsetning for å oppnå god konkurranse, og for å oppfylle anskaffelsesregelverkets formål om mest mulig effektiv ressursbruk.³⁷

Forskrift om offentlige anskaffelser inneholder flere bestemmelser som har til formål å sikre

³⁶ LOA § 5

³⁷ LOA § 1

dette. I forskriften § 2-3 finner vi regler for hvordan oppdragsgiveren skal beregne anskaffelsens verdi. Hovedregelen er at oppdragsgiveren skal anslå det samlede beløpet han kan komme til å betale for de kontraktene som utgjør anskaffelsen.³⁸ Anslaget må nødvendigvis baseres på en skjønnsmessig vurdering, men vurderingen skal skje på et forsvarlig grunnlag, som for eksempel erfaringstall. Hvorvidt oppdragsgiverens vurdering var forsvarlig eller ei må i ettertid vurderes ut fra situasjonen på kunngjøringstidspunktet. Generelt må det antas at oppdragsgiveren har et videre slingringsmonn for estimert omfang på en rammeavtale enn en vanlig kontrakt, siden det potensielle avviket til reelt omfang er større for disse kontraktene.³⁹

Før en eventuell sammenslåing kan det være utfordrende for en kommune å definere behovet sitt. Kommunene har gjerne et behov som må dekkes før sammenslåingen, og det er ikke gitt at tidspunktet for sammenslåingen er kjent på kunngjøringstidspunktet. Videre kan det stille seg uklart om rammeavtalen kan benyttes etter sammenslåingen, om det skal inngås en ny felles avtale, eller om den andre kommunens rammeavtaler skal brukes.

Eksempel: Definerer av omfanget av rammeavtale på avfallshåndtering

Storevik kommune har rammeavtale på avfallshåndtering i hele kommunen som går ut om et halvt år – og nå skal det inngås en ny avtale. Basert på erfaringstall forventes det at kontrakten vil ha et årlig omfang på 10 000 000 kr. På tidspunktet for kunngjøringen er det ikke avklart om Storevik kommune skal sammenslås med Lillevik kommune eller Midtby kommune, eller når dette eventuelt skal skje.

Hvordan skal Storevik kommune definere omfanget av rammeavtalen for å være i tråd med anskaffelsesregelverket, og samtidig være forberedt på sammenslåingen som kan komme?

På grunn av usikkerheten om potensiell sammenslåing, vil det eneste forsvarlige grunnlaget være å beregne omfanget ut fra Storevik kommunes behov i hele den potensielle avtaleperioden – altså et totalt estimert omfang på 40 000 000 kr.

Er det klart at rammeavtalen ikke vil kunne benyttes etter sammenslåingen, bør denne usikkerheten om omfanget synliggjøres i kunngjøringen slik at leverandørene går inn i konkurransen med «åpne øyne» for denne usikkerheten. Her kan det være fornuftig å forbeholde seg retten til å si opp avtalen.⁴⁰

Dersom det motsatt antas at rammeavtalen vil kunne benyttes etter sammenslåingen vil Storevik kommune gjøre lurt i å synliggjøre at sammenslåing med Lillevik eller Midtby kan komme til å skje i avtaleperioden – og at omfanget av avtalen da vil bli større. Det ideelle ville i den forbindelse være å kommunisere med kommunene, og å få deres årlige estimerte omfang på avfallshåndtering.

Etter kommunesammenslåingen vil den «nye» kommunen måtte foreta en forsvarlig vurdering basert på sitt samlede behov dersom det skal kjøpes inn for kommunen som helhet. Det må da for eksempel innhentes tidligere erfaringstall fra kommunene som ble slått sammen.

Forskriften inneholder videre regler om hvilken informasjon oppdragsgiver skal gi i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget skal inneholde tilstrekkelige og fullstendige

³⁸ § 2-3 første og femtende ledd

³⁹ Se punkt 4.5

⁴⁰ Se punkt 5.4

opplysninger om «hva som skal anskaffes».⁴¹ En forutsetning for at tilbyderne skal kunne levere konkurransedyktige tilbud, og at oppdragsgiveren skal få dekket behovet på riktig måte, på best mulige vilkår, er at det gis en tilstrekkelig klar beskrivelse av hva som skal kjøpes.

Eksempel: Definerings av tjenestespekteret en avtale skal omfatte

Den store Storevik inngår før sammenslåingen med den lille kommunen Lillevik en rammeavtale på kjøp av «rådgivningstjenester» uten å spesifisere nærmere hva rådgivningen er knyttet til. Storevik kommune er på kunngjøringstidspunktet usikker på hvilke behov og avtaler Lillevik kommune har for dette. Intensjonen er at avtalen skal gi fleksibilitet og at den kan benyttes også etter at Storevik kommune er utvidet med Lillevik kommune.

Da det finnes en rekke ulike fag for rådgivning vil ikke en slik beskrivelse av omfanget av avtalen være tilstrekkelig eller fullstendig nok til at leverandører kan vurdere om de skal delta i konkurransen og heller ikke tilstrekkelig til at de kan inngi et konkurransedyktig tilbud.

5.3 Bruk av rammeavtaler og avrop

Rammeavtaler kan deles i tre typer:

- rammeavtaler med en enkelt leverandør, der alle vilkårene er fastlagt i rammeavtalen
- rammeavtaler med flere leverandører om den samme ytelsen, der alle vilkårene er fastlagt i rammeavtalen
- rammeavtale med flere leverandører om den samme ytelsen, der ikke alle vilkårene er fastlagt i rammeavtalen

For rammeavtaler som er underlagt forskrift om offentlige anskaffelser del III, følger denne inndelingen direkte av forskriftens bestemmelser. For rammeavtaler som følger del II av forskriften, har oppdragsgiveren tilsvarende valgmuligheter mellom enkle eller parallelle rammeavtaler, men det er ikke gitt like detaljerte regler om dette som for anskaffelser etter del III.⁴²

En oppdragsgiver kan velge å inngå rammeavtale med én leverandør der avrop for eksempel skjer ved bestilling fra en produktliste med fastlagte priser. Dette gjør hvert enkelt kjøp (avrop) enkelt og lite ressurskrevende.

Alternativt kan en oppdragsgiver velge å inngå avtale med flere leverandører, såkalte «parallelle rammeavtaler», der oppdragsgiveren enten kan fastlegge vilkårene for fordeling av avropene i selve rammeavtalen eller åpne opp for minikonkurranser om avropene som oppdragsgiveren skal gjøre.

For parallelle rammeavtaler som følger forskriften del III, er det et krav om at oppdragsgiveren skal inngå avtale med minst tre leverandører dersom det foreligger et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud.⁴³ Tilsvarende krav gjelder ikke for rammeavtaler som er underlagt forskriften del II, og det er da opp til oppdragsgiver å vurdere konkret om det er tilstrekkelig med to leverandører eller om det er behov for flere. I det nye innkjøpsdirektivet fra EU er dette kravet opphevet.⁴⁴ Kravet om minst tre leverandører kan dermed

⁴¹ FOA § 8-1 første ledd

⁴² FOA § 6-1 første ledd

⁴³ § 15-3 første ledd

⁴⁴ Dir. 2014/24 art. 33

også bli fjernet fullstendig i ny forskrift om offentlige anskaffelser, som etter planen skal tre i kraft i 2016.⁴⁵

Det avgjørende for kommunens valg mellom å inngå rammeavtale med én eller flere leverandører bør være omfanget av behovet. Dersom kommunen føler seg trygg på at én leverandør kan dekke deres behov, vil det være mest rasjonelt å velge denne modellen.

Er kommunen derimot usikker på om én leverandør vil kunne håndtere antallet og størrelsen av avropene under rammeavtalen, vil det være hensiktsmessig å inngå parallelle rammeavtaler. For rammeavtaler på varer eller tjenester der det potensielt kan komme større og mer komplekse avrop kan det totalt sett være mest ressurseffektivt å legge opp til en minikonkurranse om de enkelte kontraktene.

Sammenslåingen av to eller flere kommuner medfører at kommunen har ansvaret for et større geografisk areal og et større folketall – noe om igjen krever et større volum av varer og tjenester for at kommunen skal oppfylle sine oppgaver og ansvar. Der kommuner hver for seg tidligere har hatt enkle rammeavtaler med én leverandør, kan det etter sammenslåingen være behov for å i større grad gå over til parallelle rammeavtaler. Det viktigste er at kommunen har et bevisst forhold til dette og at man i størst mulig grad greier å dra fordel av denne «stordriftsfordelen» i sin kontraktportefølje.

⁴⁵ Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat «Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser» (mars 2015), se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/> punkt 3.7

Eksempel: Rammavtaleleverandøren klarer ikke å dekke behovet etter sammenslåingen

Storevik kommune har blitt slått sammen med Lillevik kommune. Storevik kommune hadde en rammeavtale med Advokatfirmaet Kirkerud og Tastad DA om juridisk bistand. Det ble konkludert med at avtalen også kunne benyttes etter sammenslåingen. I forbindelse med sammenslåingen har antall avrop, og størrelsen på disse, gjort at leverandøren har sett seg nødt til å melde tilbake om at de ikke hadde kapasitet til å løse problemstillingene til ønsket tid.

Vil kommunen kunne gå direkte til Advokat Peder Ås AS, som kom på andre plass i den opprinnelige konkurransen, for å få bistand?

Når det er inngått rammeavtale med én leverandør, og dette var synliggjort som en forutsetning i den opprinnelige konkurransen, er det klart at kommunen ikke her kan ta en «snarvei» og gå direkte på nummer to. Hadde kommunen derimot opprinnelig inngått parallelle rammeavtaler der fordelingen for eksempel var slik at de først skulle gå til nummer en og deretter til nummer to hvis nummer en ikke hadde kapasitet, ville det vært uproblematisk.

I dette tilfellet vil bistand fra et annet firma bli en ny anskaffelse som må følge anskaffelsesregelverket. Dersom det er snakk om bistand av et mindre omfang vil del I av forskriften gjelde, slik at det ikke er et krav om å kunngjøre en konkurranse. Det vil imidlertid fortsatt være et krav om at oppdragsgiver «så langt det er mulig» skal sørge for konkurranse m.m.⁴⁶

I lengden kan det imidlertid være lite hensiktsmessig å forlenge rammeavtaler med leverandører som ikke evner å dekke kommunens fortløpende behov. Kommunen bør etter sammenslåingen vurdere hvorvidt de eksisterende rammeavtalene som kan benyttes videre faktisk er egnet til å dekke behovet. Det vil sannsynligvis også av kommersielle grunner være fornuftig å gå ut med en ny konkurranse når omfanget har økt.

5.4 Regulering av kontraktvarighet og oppsigelsesmuligheter i avtaler

Vanlige kontrakter om enkeltkjøp av varer og tjenester har en varighet fra kontrakten er signert til varen er levert eller tjenesten er utført slik som forutsatt i kontrakten. De fleste av disse kontraktene har gjerne en kort varighet. Det vil dermed ikke skape særlig problemstillinger med tanke på en eventuell sammenslåing av flere kommuner.

På den andre siden kan oppdragsgivere ha et reelt behov for en lengre kontraktperiode for visse kontrakter, for eksempel for løpende tjenesteytelser om drift og vedlikehold. Det finnes ikke bestemmelser for kjøp av varer eller løpende tjenesteytelser i lov eller forskrift som uttrykkelig setter begrensninger på varigheten av slike avtaler. I avgjørelser fra KOFA er det imidlertid stadfestet at kravet om konkurranse i anskaffelsesloven § 5 vil sette en ytre begrensning for varigheten av disse kontraktene.⁴⁷ I enkelte tilfeller har KOFA etter en konkret vurdering godtatt en varighet på ti år og lengre.⁴⁸ Ut fra praksis er det avgjørende om oppdragsgiveren har sannsynliggjort at oppdragets art og innhold godtgjør den varigheten som er satt i kontrakten.

Rammeavtaler kan som hovedregel ikke inngås for mer enn fire år av gangen.⁴⁹ I forskrift

⁴⁶ Se FOA del I og for øvrig kravene som følger av LOA § 5

⁴⁷ KOFA-sak 2010/23 premiss 37-40

⁴⁸ KOFA-sak 2012/238 og 2013/66

⁴⁹ FOA § 6-1 fjerde ledd og § 15-1 fjerde ledd

om offentlige anskaffelser er det et unntak for tilfellet der rammeavtalens gjenstand særlig berettiger en lengre varighet. Generelt vil det for spørsmålet om hvor lang avtalelengde som er tillatt for rammeavtaler, som for andre kontrakter, ligge en avveining mellom oppdragsgivers behov for en lengre kontrakt og kravet til konkurranse.⁵⁰ På samme måte som andre kontrakter med lang varighet, kan eksisterende rammeavtaler skape en del utfordringer i forbindelse med kommunesammenslåingen.

Det vil for allerede inngåtte rammeavtaler for det første bli et spørsmål om de kan videreføres etter sammenslåingen, eller om det vil innebære en «vesentlig endring». Dersom rammeavtalen ikke kan videreføres vil den økonomiske konsekvensen av å avslutte avtalen bero på om kommunen har avtalt seg rett til å si opp avtalen eller om kontraktperioden er delt opp i opsjonsperioder.⁵¹ For rammeavtaler er omfanget mer uvisst enn for andre langvarige kontrakter, og dette vil ha betydning for hvilken berettiget forventning leverandøren har – og til slutt hvilken kompensasjon som kan kreves.

I de rammeavtalene som skal inngås i perioden før en eventuell sammenslåing vil det være fornuftig å synliggjøre usikkerheten knyttet til omfanget av avtalen i kunngjøringen, og å avtale seg en rett til å si opp avtalen med et gitt antall måneders varsel. Kommunene kan for disse avtalene også selv påvirke om avtalen som inngås vil kunne benyttes etter sammenslåingen ved å synliggjøre den potensielt nye konstellasjonen og hvilken påvirkning dette eventuelt kan få på oppdragets art og omfang dersom sammenslåingen skjer.

5.5 Prinsipper for bruk av opsjoner

En offentlig oppdragsgiver kan inkludere opsjoner i sine kontrakter. Opsjoner er i denne sammenhengen bestemmelser som gir oppdragsgiveren rett, men ikke plikt,⁵² til å utvide omfanget av kontrakten. Opsjoner kan blant annet gi oppdragsgiveren rett til:

- å kjøpe større mengder enn det kontrakten ellers forutsetter
- å kjøpe tilleggsytelser
- å forlenge varigheten på kontrakten

Det er vanlig å bruke opsjoner knyttet til varigheten av avtaler i forbindelse med rammeavtaler og andre avtaler som strekker seg over en lengre tidsperiode. Typisk fastsetter oppdragsgiveren at avtaleforholdet i utgangspunktet skal vare i to år, samtidig som oppdragsgiveren forbeholder seg retten til å forlenge avtaleforholdet i inntil to år, ofte med ett år av gangen. Alternativet kunne her være at det var fastsatt at avtaleforholdet skulle vare i fire år allerede da kontrakten ble signert. Den kortere varigheten i kombinasjon med opsjonen på forlengelse gir oppdragsgiveren større fleksibilitet. Bakgrunnen for et slikt ønske om fleksibilitet kan være for eksempel at oppdragsgiveren ikke er sikker på om behovet vil være det samme flere år frem i tid.

⁵⁰ LOA § 5

⁵¹ Se punkt 4.4

⁵² KOFA-sak 2006/148

Eksempel: Bruk av opsjoner på rammeavtaler for å sikre fleksibilitet – avtalelengde

Det er politisk flertall i Storevik og Lillevik kommuner om at kommunene skal slå seg sammen i løpet av inneværende kommunestyreperiode. Sammenslåingen er ikke vedtatt, og det er derfor ikke sikkert når det vil skje. Lillevik kommune har behov for en ny rammeavtale for kjøp av datamaskiner. Rådmannen ønsker at kommunen får størst mulig fleksibilitet og en mulighet til å samordne innkjøp og utnytte stordriftsfordeler så snart sammenslåingen er et faktum. I stedet for å inngå en fireårig avtale slik de pleier, velger Lillevik kommune derfor å fastsette varigheten av den nye rammeavtalen til ett år, med opsjon på tre forlengelser à ett år. Kommunen forbeholder seg retten til å velge fritt om rammeavtalen blir forlenget eller ikke. Dette er lovlig.

Det er også vanlig å bruke opsjoner når det ikke er mulig å fastsette omfanget av kontrakten klart på forhånd, for eksempel fordi forhold som inntreffer etter kontraktsinngåelsen vil være avgjørende for hva som blir oppdragsgiverens endelige behov.

Eksempel: Bruk av opsjoner på rammeavtaler for å sikre fleksibilitet – avtaleomfang

En sammenslåing mellom Storevik og Lillevik kommuner utredes, sammen med andre former for samarbeid mellom de to kommunene. Storevik kommune skal samtidig inngå kontrakt om vintervedlikehold av kommunale veier for de neste tre årene. De to kommunene blir enige om å inkludere en opsjon på utvidelse av kontrakten til også å omfatte veier i Lillevik kommune, i tilfelle dette blir aktuelt. Det vil være full adgang til dette.

Det kan være ulemper knyttet til bruk av opsjoner. Det ligger i opsjonenes natur at omfanget av kontrakten blir mer usikkert for potensielle leverandører. I de tilfellene der en leverandørs marginalkostnader er avtakende (leverandørens kostnad per produsert enhet blir lavere jo flere enheter leverandøren produserer), vil leverandøren normalt kunne gi lavere priser i konkurransen jo flere enheter oppdragsgiveren forplikter seg til å kjøpe. Flexibiliteten bruk av opsjoner gir, må dermed vurderes mot potensielle kommersielle ulemper. Opsjoner bør ikke brukes ukritisk.

Oppdragsgivere må angi opsjonenes innhold og omfang tilstrekkelig klart i konkurransegrunnlaget. Se nærmere om prinsippene for angivelse av omfanget i kontrakter og rammeavtaler i punkt 5.3 ovenfor. Kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 5 kan gi en begrensning på hvor mange og hvor omfattende opsjoner det er lovlig å ha i en kontrakt, og hva opsjonene kan gå ut på.

Som utgangspunkt ligger det innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å avgjøre om, og i tilfelle hvordan, opsjoner skal telle ved evalueringen av tilbud. Evalueringen må likevel være forutsigbar for leverandørene, og ellers i samsvar med de generelle kravene til anskaffelser.⁵³ Oppdragsgivere bør opplyse om hvordan opsjoner vil bli evaluert.

5.6 Valg av prosedyrer

5.6.1 Innledning

Hovedregelen for anskaffelser over EØS-terskelverdiene er at anskaffelsene skal foretas

⁵³ KOFA-sakene 2004/16, 2005/308 og 2010/334

gjennom åpen eller begrenset anbudskonkurranse.⁵⁴ I visse tilfeller kan forhandlet prosedyre og konkurransepreget dialog brukes. Regelverket har også særbestemmelser for has-teanskaffelser.

Som hovedregel bør offentlige innkjøpere alltid vurdere å benytte forhandlet prosedyre der det er hjemmel for det. Forhandlet prosedyre gir ofte bedre resultater fordi leveranse kan spisse mer mot oppdragsgiverens behov, og også redusere risiko for feil i tilbudet som vil måtte føre til avvisning. Når valg av prosedyre gjennomføres, må det imidlertid alltid gjøres en kost/nytte-vurdering hvor både transaksjonskostnader og gevinster ved forhandlet prosedyre vurderes.

Når det benyttes en konkurranseform forskjellig fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse, er det også nødvendig å gi en redegjørelse for grunnlaget for prosedyrevalget⁵⁵. Redegjørelsen legges ved som bilag til anskaffelsesprotokollen.

I denne veilederen drøftes noen hjemler for bruk av forhandlet prosedyre som benyttes sjeldent, men vil kunne være spesielt aktuelle for kommunene å vurdere i forbindelse med kommunereformen.⁵⁶

Som følge av nye EØS-direktiver som skal implementeres i norsk rett i 2016, vil adgangen til å benytte konkurranse med forhandling bli betydelig utvidet.

5.6.2 Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

5.6.2.1 Innledning

Direkteanskaffelse vil si gjennomføring av en anskaffelse og inngåelse av kontrakt uten at denne har vært kunngjort. Det finnes flere hjemler for direkteanskaffelse i forskrift om offentlige anskaffelser § 14-4. I en situasjon med en kommunereform hvor behovene endres som følge av en sammenslåingen vil det være aktuelt å tilpasse leveransen eller utførelsen med tilleggsleveranser eller tilleggsarbeid fra samme leverandør.

En oppdragsgiver vil bl.a. kunne benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

- ved tilleggsleveranser i en varekontrakt fra den opprinnelige leverandør⁵⁷
- for tilleggstjenester som ikke var med i det opprinnelige prosjektforslag eller i den opprinnelige kontrakten og tilleggsarbeid som ikke var med i den opprinnelige kunngjøring eller i den opprinnelige kontrakten⁵⁸

Felles for adgangen til å inngå slike tilleggskontrakter er at de knyttes til samme leverandør som man allerede har inngått lovlig kontrakt med. Dette vil være aktuelt for kommuner som på grunn av en sammenslåing ser at et bestemt behov øker. Dette er unntaksbestemmelser som gir adgang til å inngå kontrakt uten å kunngjøre konkurransen på forhånd. Det settes derfor strenge betingelser for når de kan brukes. Ved bruk av disse unntaksbestemmelsene bør derfor kommunen alltid foreta en redegjørelse som dokumenterer at kravene i forskriften er oppfylt.

⁵⁴ FOA § 14-1 første ledd

⁵⁵ KOFA 2008/140

⁵⁶ Bestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser § 14-3 om konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring er generelt mer anvendelig. Bestemmelsen peker seg imidlertid ikke ut som spesielt mer nyttig i forbindelse med kommunereformen enn ellers og vil derfor ikke drøftes her.

⁵⁷ FOA § 14-4 bokstav f

⁵⁸ FOA § 14-4 bokstav j

5.6.2.2 Tilleggsleveranser i en varekontrakt – §14-4 bokstav f

Oppdragsgiver kan henvende seg til en opprinnelig leverandør i en eksisterende kontrakt for å få tilleggsleveranser.

Bestemmelsen kan benyttes ved delvis fornyelse av normale leveranser eller installasjoner, eller til utvidelse av allerede foretatte leveranser eller installasjoner. Forutsetningen er at et skifte av leverandør enten vil

- pålegge oppdragsgiveren å anskaffe utstyr som er teknisk uforenlig med eksisterende utstyr, eller
- skaper uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikehold

Videre krever denne bestemmelsen at varigheten for den opprinnelige kontrakten og tilleggsleveransen normalt ikke må overstige tre år.

Eksempel: Kjøp av laboratorieutstyr

Storevik kommune har kjøpt teknisk laboratorieutstyr fra leverandør Kirkerud til bruk i den lokale skolen. Ved sammenslåingen med Lillevik kommune øker behovet for utstyr fordi skolen får flere elever. Vil kommunen kunne henvende seg direkte til Kirkerud for å fremforhandle en avtale om tilleggsleveranser?

Storevik står her overfor en utvidelse av allerede eksisterende leveranse. Kommunen bør vurdere om skifte av leverandør enten vil kunne medføre at man får utstyr som er teknisk uforenlig med eksisterende utstyr, eller skape uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikehold.

Redegjørelsen må vise hvorfor det eventuelt er en uforholdsmessig større byrde/ekstraordinære problemer for kommunen å få inn en ny leverandør, f.eks. fordi man får dobbelte kostnader til vedlikehold av utstyret ved å ende opp med en annen leverandør.

5.6.2.3 Tilleggstjenester og tilleggsarbeider – §14-4 bokstav j

Dersom en oppdragsgiver – på grunn av forhold man ikke kunne forutse – trenger tilleggstjenester eller tilleggsarbeider knyttet til en eksisterende kontrakt, kan man henvende seg til den samme leverandøren for å utført disse. Dette gjelder dersom tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet

- er nødvendig for å utføre de tjenestene som opprinnelig ble beskrevet
- verdien av disse ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontrakten, og
- disse ikke kan skilles fra den opprinnelige kontrakten eller er strengt nødvendig for fullføring av denne

Eksempel: Utvidelse av omfang IKT-kontrakt

Storevik kommune har inngått kontrakt med Lars Holm AS om utvikling av et nytt skoleadministrativt system. Etter kontraktsinngåelsen viser det seg at sammenslåingen med Lillevik medfører behov for tilleggsfunksjonalitet for å håndtere integrering mot Lilleviks system. Kan Storevik henvende seg direkte til Lars Holm for å få et tilbud på tilleggsfunksjonaliteten?

Det bør først vurderes om behovet for tilleggsfunksjonalitet er noe Storevik kommune burde ha forutsett, dersom arbeidet med kommunereformen allerede pekte i retning av en sammenslåing med Lillevik. Dersom behovet oppstår som følge av dårlig planlegging, og Storevik burde ha forstått at behovet ville kunne oppstå før konkurransen om nytt skoleadministrativt system ble gjennomført, er ikke vilkåret for bruk av unntaksbestemmelsen oppfylt.

Dersom man kommer til at dette var et forhold man ikke kunne ha forutsett, vil Storevik måtte vurdere om tilleggsfunksjonaliteten er nødvendig for å få utført hovedkontrakten, og om denne økonomisk eller teknisk ikke kan skilles fra denne eller er nødvendig for fullførelse av hovedkontrakten.

I dette tilfellet vil kravene kunne være oppfylt dersom det vil medføre en vesentlig ulempe eller usikkerhet om andre leverandører utviklet tilleggsfunksjonaliteten.

Storeviks redegjørelse i forkant av direkteanskaffelsen bør vise at alle vilkårene er oppfylt for man henvender seg direkte til Lars Holm AS.

5.6.3 Bruk av hasteprosedyrene

Bestemmelsene i forskrift om offentlige anskaffelser om frister bidrar til forutsigbarhet og gir potensielle leverandører lik mulighet til å forberede sine tilbud. I visse situasjoner vil det være umulig å etterleve fristene, fordi det oppstår et prekært behov som man ikke kunne planlegge for. Forskriften åpner da for bruk av korte frister for gjennomføring av anskaffelsene.

- § 2-1 andre ledd bokstav c gir adgang til å foreta anskaffelser etter forskriften del I, altså uten kunngjøring, for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, dersom anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse.

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene gjelder andre bestemmelser om hastetilfeller:

- § 19-5 om minimumsfrister i hastetilfeller gjelder anskaffelser i to trinn, enten begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. Dersom det i hastetilfeller er umulig å overholde de vanlige fristene, kan disse kortes ned til 10 dager for prekvalifisering og 10 dager for levering av tilbud.
- § 14-4 bokstav d bestemmer at dersom det på grunn av særlig forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene i forskriften, kan oppdragsgiver gjennomføre en anskaffelse som konkurranse med forhandling uten å kunngjøre denne på forhånd. Man vil da kunne henvende seg direkte til utvalgte leverandører, om mulig minst tre, og forhandle frem en avtale med en av disse.

Det er strenge vilkår for bruk av hastebestemmelsene. § 19-5 viser at det må være «umulig» å overholde de vanlige frister.

§ 14-4 bokstav d må forstås enda strengere, og kan bare kunne brukes når heller ikke

hastebestemmelsen i § 19-5 er tilstrekkelig for å få på plass en avtale hurtig nok.⁵⁹ KOFA har uttalt at det skal mye til før bestemmelsen kan brukes. Oppdragsgiver må dokumentere hvorfor behovet ikke lar seg løse ved gjennomføring av en konkurranse med de forkortede fristene som følger av § 19-5.⁶⁰ Hvis man ikke kan dokumentere dette, vil bruken kunne ses på som en ulovlig direkte anskaffelse.

Det er kun dersom det oppstår et uventet behov, som ikke kunne forutses eller planlegges for, at bestemmelsen kan brukes. Veilederen til regelverket legger dette til grunn for bruk av bestemmelsen i § 2 -1 andre ledd bokstav c⁶¹ og § 14-4 bokstav d⁶².

Dårlig eller manglende planlegging alene aksepteres ikke som grunn for bruk av hastebestemmelsene. Dette følger av praksis fra EU-domstolen og KOFA.⁶³ KOFA har også uttalt at forhold som skyldes oppdragsgiver selv ikke kan ses som «en uforutsett omstendighet»⁶⁴.

Hastebestemmelsene kan altså ikke tas til inntekt for at en gjennomføring av en kommunereform i seg selv gir adgang til bruk av kortere frister. Heller ikke usikkerhet rundt de faktiske behovene eller politiske prosesser knyttet til gjennomføringen av kommunereformen gir grunnlag for bruk av hastebestemmelsene, da dette er forhold som både ligger innenfor kommunenes kontroll og som burde kunne forutses.

Løsningen for kommunene som skal gjennom en sammenslåing er å kartlegge sine behov så tidlig som mulig ved å foreta innkjøps- og kontraktsanalyser.

5.7 Avlysning av konkurranser

5.7.1 Adgangen til å avlyse konkurranser

Kommunereformen kan medføre endringer som gjør at et behov faller bort etter at en anskaffelse er igangsatt og kunngjort. Typisk vil dette være tilfelle der det viser seg at avtaledekningen til den kommunen man slår seg sammen med er tilstrekkelig for den nye store kommunen, eller at man velger å gjennomføre oppgavene i egenregi etter sammenslåingen.

Anskaffelsesregelverket har bestemmelser om adgangen til å avlyse konkurranser som er kunngjort. Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn.⁶⁵ Det foreligger en rekke grunner til at en oppdragsgiver har adgang til eller plikt til å avlyse en konkurranse. Her drøftes kun adgangen til å avlyse på grunn av endring i behov som skyldes en pågående kommunereform.

En avlysning vil kunne medføre tap for de som deltar i konkurransen. Dette reiser spørsmål om en avlysning medfører erstatningsansvar. En oppdragsgiver må derfor sikre seg mot at en avlysning får negative økonomiske konsekvenser.

Som hovedregel kan oppdragsgiver avlyse konkurransen helt frem til kontrakten er inngått.⁶⁶ Det er imidlertid viktig at man avlyser umiddelbart når man får rede på de forhold som gir behov for avlysning. Opplysningsplikten i avlysningsbestemmelsene i forskriften

⁵⁹ Se bl.a. C-126/03, *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2004 s. I-11197

⁶⁰ Se bl.a. KOFA-sak 2010/24 premiss 50

⁶¹ Fornynings- og administrasjonsdepartementets veileder til regelverket om offentlige anskaffelser (desember 2013), s. 96. Tilgjengelig fra <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id437022/>

⁶² Veileder til regelverket om offentlige anskaffelser s. 110

⁶³ C-385/02, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2004 s. I-08121 og KOFA-sak 2008/85.

⁶⁴ Se bl.a. KOFA 2011/220.

⁶⁵ FOA § 13-1 og § 22-1

⁶⁶ LB-2008-135286

tilsier at leverandørene skal informeres snarest mulig.⁶⁷ Oppdragsgiveren må likevel kunne vente til nødvendige avklaringer er gjort, f.eks. endelig politisk behandling av en alternativ løsning som fjerner eller endrer det behovet som søkes dekket gjennom konkurransen.⁶⁸

En oppdragsgiver må ha saklig grunn for avlysning. Dette omtales gjerne som en objektivt saklig grunn. Rettspraksis viser til at endrede behov for oppdragsgiver vil kunne være en objektivt saklig grunn til avlysning.

Høyesterett har slått fast at det er relevant å se hen til hvilke omstendigheter som utløste ønsket om å avlyse konkurransen, samt hva oppdragsgiveren vil oppnå med avlysningen. Høyesterett har også uttalt at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, og at det ikke vil være en usaklig grunn om oppdragsgiver bygger avlysningen på at en annen løsning enn den som er beskrevet i konkurransegrunnlaget vil være mer gunstig økonomisk sett.⁶⁹

Agder lagmannsrett uttalte i en sak fra 2006⁷⁰ at «det skal mykje til for å overprøva ein oppdragsgjevar sine skjønnsmessige vurderingar i høve til driftsmessige og økonomiske konsekvensar av å velja det eine eller det andre handlingsalternativ og ved det setja til side ei avlysning som usakleg».

KOFA vurderte i 2007 en avlysning av en konkurranse om en hurtigbåtrute. En endring i trafikkgrunnlaget som skyldtes en anmodning om å etablere en bussrute kom etter at tilbudene var levert i konkurransen. KOFA uttalte:⁷¹

«På avlysningstidspunktet fremstod det som usikkert for innklagede om forutsetningene for konkurransen ville endres i forhold til hvordan de forelå på utlysningstidspunktet. [...]. Når innklagede på avlysningstidspunktet ikke visste hva som ville komme ut av de nye omstendighetene i saken, finner klagenemnda at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Etter klagenemndas oppfatning kunne innklagede ikke være forpliktet til å inngå en avtale med varighet på fem år, når det var så usikkert om behovet for snøggbåtruten ville være tilsvarende som på kunngjøringstidspunktet.»

En avlysning av en konkurranse som skyldes at behovet er endret som følge av en kommunesammenslåing vil derfor som hovedregel kunne anses som saklig.

5.7.2 Erstatning ved avlysning

Selv om det foreligger saklig grunn til å avlyse en konkurranse, vil avlysningen kunne utløse en erstatningsplikt. Ved vurdering om en ellers saklig avlysning kan medføre erstatningsplikt, må man vurdere om oppdragsgiveren har opptrådt forsvarlig. Dersom oppdragsgiver burde forstått at det var stor mulighet for at behovet ville falle bort og konkurransen deretter avlyses, taler dette i retning av at oppdragsgiver ikke har opptrådt tilstrekkelig forsvarlig. Dette vil forsterkes dersom oppdragsgiver har unnlatt å gi informasjon i konkurransegrunnlaget om de forhold som muligens ville kunne medføre avlysning.

⁶⁷ KOFA-sak 2007/71 premiss 34 og sak 2007/70 premiss 25

⁶⁸ KOFA-sak 2008/87 premiss 41

⁶⁹ Rt. 2001 s. 473, referert bl.a. i KOFA-sak 2008/113

⁷⁰ LA-2006-5237

⁷¹ KOFA-sak 2007/71 premiss 33

Eksempel: Avlysning av konkurranse

Lillevik kommune har kunngjort en konkurranse for renovasjon av husholdningsavfall i kommunen. Kommunen vurderer samtidig sammenslåing med Storeby. Kommunene har på kunngjøringstidspunktet ikke ferdigbehandlet rammene for en sammenslåing og har ikke full oversikt over kontraktsdekning i de to kommunene. Konkurranses grunnlaget har ikke inntatt noen særskilte forbehold om avlysning.

Evalueringen av mottatte tilbud på renovasjon viser at Kirkerud Renovasjon har levert det klart beste tilbudet. Før tildeling skal skje, får innkjøpssjefen melding fra rådmannen om at Storeby driver renovasjon i egenregi og ønsker å utnytte overkapasitet. Rådmannen ber derfor om at man avlyser konkurransen og heller benytter seg av Storebys løsning.

Kan Lillevik kommune avlyse konkurransen?

Bortfall eller reduserte behov som følge av at kommunereformen medfører et redusert behov må ses på som objektivt saklig grunn til avlysning. Dette må gjelde også når kommunen i denne sammenheng ønsker å løse behovet i egenregi. Det er derfor adgang til å avlyse konkurransen.

Kan Lillevik likevel bli erstatningsansvarlig overfor tilbyderne?

Vurderingen må gjøres ut fra hvorvidt det kan anses forsvarlig om Lillevik, når man sto foran en kommunereform, unnlot å vurdere om dette kunne få innvirkning på hvordan det underliggende behovet for renovasjon skulle løses. Det er nærliggende å tro at forskjellige løsninger burde ha vært tenkt gjennom i Lillevik, herunder et samarbeid med nabokommunen. Når man ikke har gitt noen opplysninger om at kommunereformen kunne medføre en endring i behov eller bruk av alternative løsninger, vil dette kunne fremstå som uforvarselig. Dette vil igjen kunne utløse erstatningsplikt.

Lillevik kunne i konkurransegrunnlaget informert om risiko for avlysning knyttet til sammenslåing og mulig egenregi. Dette vil medført at avlysningen fremsto ikke bare som objektivt saklig, men også forsvarlig.

5.8 Gode konkurransegrunnlag og kontrakter reduserer risiko

I konkurranser hvor kommunereformen gir usikkerhetsmomenter som kan medføre at behovet endres eller faller bort, er det viktig at man opplyser leverandørene om risiko for dette.

5.8.1 Avlysning av konkurranse

KOFA gir i Vegamot-saken⁷² god anvisning på betydningen av å opplyse leverandørene om risiko for avlysning. KOFA uttaler bl.a. at «det vil [...] kunne være grunnlag for erstatning der oppdragsgiver ikke har tatt tilstrekkelige forbehold knyttet til relevante usikkerhetsmomenter.» Usikkerhetsmomentene bør være tydelig formulert:

«Problemstillingen etter dette blir hvorvidt innklagede har tatt tilstrekkelige forbehold. Innklagede har i konkurransegrunnlaget gitt uttrykk for at kontraktsinngåelsen hvilte på flere usikkerhetsmomenter [...]. Etter klagenemndas vurdering kunne forbeholdene vært formulert klarere i forhold til den situasjonen som oppstod. Klagenemnda er likevel kommet til at innklagede ikke var uakt-som ved utformingen av forbeholdene, og at vilkårene for erstatning for negativ

⁷² KOFA-sak 2008/113 premiss 37

erstatningsinteresse derfor trolig ikke er oppfylt.»

I forbindelse med konkurranser som utlyses før og under kommunereformen bør man huske på følgende:

- **Informasjon:** God informasjon sikrer forutberegnelighet for leverandørene og reduserer risiko for klager og erstatningssøksmål.
- **Avlysning:** Dersom det er en mulighet for at en konkurranse som kunngjøres må avlyses fordi behovet endres eller bortfaller som følge av en sammenslåing, må dette forklares i konkurransegrunnlaget.
- **Forbehold:** Klart formulerte forbehold bør beskrive hvilken risiko oppdragsgiver ser for seg og virkningen av denne, samt forklare de bakenforliggende årsaker (f.eks. usikkerhet knyttet til behovet pga. kapasitet i nabokommunen).
- **Endringer:** Underveis i prosessen bør leverandørene opplyses dersom det skjer endringer som endrer risikobildet.

5.8.2 Terminering av inngått avtale

Dersom kommunereformen medfører risiko for at behovet bortfaller eller endres i løpet av kontraktperioden, bør det inntas klausuler i kontrakten som muliggjør dette. Dette kan f.eks. være en rett til å reforhandle avtalen, alternativt å kansellere denne dersom behovet for anskaffelsen bortfaller på grunn av kommunesammenslåing. Dette skaper større forutsigbarhet for leverandørene og gir oppdragsgiver hjemmel til å kunne foreta nødvendige endringer med hjemmel i kontrakten. Det er imidlertid et vilkår at slike kommuniserte mulige endringer uansett må være tilstrekkelig tydelige og forutsigbare slik at leverandørene har mulighet for å kalkulere priser og risiko i sine tilbud.



Bergen: Spelhaugen 22, 5147 Fyllingsdalen **Oslo:** Karl Johans gate 12J, 0154 Oslo
Stavanger: Breibakken 1, 4012 Stavanger

www.inventura.no

Org.nr. NO 983 351 417 MVA