

Haavind Nyhetsbrev 02/2009

Offentlige anskaffelser

Sea-Dommen

Av advokat Gaute Sletten

EF-domstolen har avsagt en viktig dom om egenregi i sak C-573/07. Dommen behandler vilkårene for at en offentlig oppdragsgiver kan tildele kontrakt uten konkurranseutsetting (direktetildeling) til en virksomhet som den selv er deleier i og presiserer når vilkårene for egenregi kan foreligge, særlig i forhold til mulig privat eierskap i selskapet som tildeles kontrakt i egenregi.

Sea Srl hadde hatt kontrakt på avfallshåndtering med Comune di Ponta Nossia i Nord-Italia. Kommunen valgte imidlertid uten konkurranse å tildele ny kontrakt til Se.T.Co SpA (Setco) som var et interkommunalt selskap kommunen var deleier i.

Om muligheten for privat eierskap hindrer egenregi?

EF-domstolen har tidligere avgjort at direkte-tildeling i egenregi kan skje selv om oppdragsgiver ikke er ene-eier i virksomheten, men eier den sammen med andre offentlige oppdragsgivere. På den andre siden er egenregi-unntaket ikke aktuelt dersom det er private deleiere, se for eksempel sak C-324/07 (Coditel Brabant). Egenregi kan altså på visse vilkår utføres av interkommunale selskap uten privat deltakelse.

Det første spørsmålet i saken var om egenregi var utelukket som en følge av at det var en mulighet for at private investorer kunne komme inn som eiere i Setco på et senere tidspunkt.

Setcos vedtekter åpnet for dette, men på tidspunktet for kontraktstildeling hadde det ikke skjedd. EF-domstolen kom til at omstendighetene på tildelingstidspunktet er avgjørende. Det innebærer at dersom det ikke er private deleiere på det tidspunktet kontrakt tildeles kan direktetildeling i utgangspunktet skje. Den blotte muligheten for at en del av kapitalen i selskapet på et ubestemt tidspunkt i fremtiden kunne overføres til private, hindrer ikke egenregi.

Egenregi-unntaket kan likevel ikke benyttes dersom det foreligger omstendigheter som tyder på at privat eierskap kan inntreffe innen kort tid, for eksempel dersom det foreligger konkrete planer om dette. Heller ikke kan egenregi-unntaket benyttes når det er tale om en selskapskonstruksjon med henblikk på å omgå anskaffelsesreglene.

EF-domstolen la videre til grunn at dersom direktetildeling i egenregi var lovlig på tildelingstidspunktet, kunne det forhold at private investorer kommer inn på eiersiden i kontraktens løpetid likevel medføre at kontrakten må konkurranseutsettes. Etter EF-domstolens syn vil dette være en endring i en grunnleggende kontraktsbetingelse, som gjør at det ikke lenger er tale om egenregi.

Dette kan ha store konsekvenser for offentlige selskaper som skal (del)privatiseres. Privatisering kan medføre at løpende kontrakter må avsluttes og konkurranseutsettes. Dette kan skape et visst press mellom kontraktsretten og anskaffelsesreglene. Kontrakten åpner ikke nødvendigvis for tidlig avslutning, selv om anskaffelsesreglene krever det. En offentlig oppdragsgiver som tildele kontrakt i egenregi bør derfor innta bestemmelser

om dette i kontrakten. En potensiell privat investor bør kontrollere om tidlig kontraktsavslutning kan bli aktuelt.

Krav til kontroll

For at tildeling i egenregi til en offentlig eiet virksomhet skal kunne skje krever EF-domstolen at oppdragsgiver utøver en kontroll med virksomheten som tilsvarer den kontrollen oppdragsgiver utfører over egne tjenestegrener. Kontrollen må ikke utøves individuelt av oppdragsgiver, men kan utøves i fellesskap sammen med de øvrige offentlige eierne. Den alminnelige beslutningsmyndigheten mellom eierne i et interkommunalt selskap gir derfor normalt anledning til tildeling i egenregi.

EF-domstolen satte imidlertid krav til at den kontrollen som utøves, i fellesskap mellom eierne, skulle være tilstrekkelig til å gi eierne en avgjørende innflytelse over både de strategiske målsettingene for selskapet og viktige beslutninger. Etter en konkret analyse av Setcos vedtekter og italiensk lovgivning kom EF-domstolen til at dette kravet var oppfylt. EF-domstolen la i den forbindelse særlig vekt på at selskapets vedtektsfestede formål var å yte tjenester for de deltakende kommunene, at det geografiske virkeområdet for selskapet var begrenset til kommunenes område og at de gjeldende styrings- og beslutningsprosedyrer ga tilstrekkelig kontroll over selskapet.

Lagmannsretten har satt beslutning om tildeling til side

Av advokat Marianne H. Dragsten

Etter anskaffelsesloven § 7 annet ledd kan retten sette til side beslutninger truffet under en anskaffelsesprosedyre. Den første avgjørelsen fra lagmannsretten hvor dette er gjort, er Hålogalands lagmannsretts avgjørelse av 25. juni 2009 (LH-2009-45911).

Bestemmelsen i anskaffelsesloven § 7 gir retten en skjønsmessig kompetanse til å sette til side beslutninger som er i strid med anskaffelsesloven og tilhørende forskrifter. En beslutning kan imidlertid bare settes til side frem til kontrakt er inngått, dvs. underskrevet, noe som gjør at de fleste sakene som blir anlagt for domstolene kun gjelder krav om erstatning.

Den konkrete saken gjaldt innkjøp av IKT-tjenester. En av leverandørene var avvist av oppdragsgiver og anførte at avvisningen var uberettiget. Begrunnelsen for avvisningen var at tilbudet avvek fra konkurransegrunnlaget ved å legge til en post "annet" i prismatrisen. Det var i tilbudet opplyst om at posten inneholdt en rekke faste kostnader som ligger i bunnen av avtalen og som ikke medfører endringer som følge av volumøkninger. Oppdragsgiver anførte at dette medførte at 50% av kostnadene ikke var gjenstand for prisjustering ved volumendringer, noe som etter oppdragsgivers syn

var til fordel for leverandøren. Lagmannsretten la til grunn at tilbudet med dette inneholdt opplysninger ut over det som var etterspurt. Det ble påpekt at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt opplysninger om hvor store deler av vederlaget som skulle justeres for volumendringer, og at prisjusteringene derfor uansett måtte skje i forhandlinger uavhengig av hvilken leverandør som ble valgt. Forskjellen mellom tilbudene var at oppdragsgiver fra leverandørens tilbud kunne utlede hvor stor del av prisen som var volumsensitiv, mens dette ikke kunne gjøres i forhold til øvrige leverandørers tilbud.

Det var også anført at det var uklart hva som lå i posten "annet" og at det derfor var umulig å vite hva posten gjaldt. Lagmannsretten påpekte blant annet at det ikke var noe som tydet på at leverandøren hadde gitt tilbud på flere eller færre tjenester enn etterspurt i konkurransegrunnlaget og dette kunne da ikke vektlegges ved avvisningsvurderingen.

Tilbudet avvek etter dette ikke vesentlig fra konkurransegrunnlaget. Heller ikke andre avvisningsgrunner førte frem. Tilbudet skulle derfor ikke ha vært avvist. Tildelingskriteriet var lavest pris og leverandøren hadde den laveste prisen. Beslutningen om å tildele oppdraget til en annen leverandør ble derfor satt til side.

Balanserte Kontrakter

av Erlend Dahl

Fornyings- og administrasjonsdepartementet sendte 1. juli 2009 ut et brev til alle offentlige oppdragsgivere med en "Oppmodning til auka bruk av kontraktsstandardar ved offentlege anskaffingar." (Brevet kan leses på www.regjeringen.no/nb/dep/fad) Denne oppfordringen er det verdt å merke seg for alle offentlige oppdragsgivere.

Flere offentlige oppdragsgivere har utarbeidet egne sett kontraktsvilkår for oppdrag som utlyses som avviker fra kontraktsstandardene i større eller mindre grad. Umiddelbart kan det virke fornuftig å utarbeide kontraktsløsninger som er individuelt tilpasset en bestemt oppdragsgiver og et bestemt oppdrag. Anskaffelsesforskriften § 3-11 fastsetter på sin side at der det eksisterer fremforhandlede standardavtaler, skal disse som hovedregel brukes. Dette er imidlertid ikke forstått som en pliktregel for oppdragsgivere. Det er denne retningslinjen departementet minner om i brevet. Men hvorfor er det så viktig å bruke fremforhandlede avtaler ved offentlige anskaffelser, slik departementet oppfordrer til?

Forhandlede standardavtaler er blitt til gjennom forhandlinger mellom representanter for interesseorganisasjoner for partene i en bransje. Standarden vil da normalt gi anvisning på en rimelig balanse mellom partenes forpliktelser og en fordeling av risiko som er ansett som tilnærmet optimal i forhold til kontraktstypen. Når oppdragsgivere lager egne løsninger eller fraviker standarden på enkeltpunkter, kan dette føre til at kontraktsbestemmelsene blir ubalanserte og i noen tilfeller urimelige, for eksempel ved en uforholdsmessig risikooverføring til leverandøren, korte varslingsfrister, omfattende erstatningsansvar, urimelige betalingsregler eller endringsregler på oppdragsgivers hånd. Det er flere grunner til at dette er uheldig.

For det første vil ubalanserte kontraktsvilkår kunne skremme potensielle leverandører fra å delta i konkurransen fordi byrdene og risikoen ved oppdraget blir for stor.

For det andre vil slike kontrakter lede leverandører til å ta forbehold mot hele eller deler av kontraktsutkastet. Etter forskriftens § 20-13 (1) d) skal tilbud avvises dersom det er tatt "vesentlige forbehold" mot kontraktsvilkårene, noe som igjen også skader konkurransen.

For det tredje vil individuelt utformede kontraktsbestemmelser være ukjente for leverandøren ved prisingen av tilbudet. Svært mye tilbudsarbeid er basert på erfaringstall fra tidligere prosjekter, ofte med bruk av standardkontrakter. Dermed øker sannsynligheten for at kostnadsbildet eller fremdriftsplanen som ligger til grunn for tilbudet vil bli uriktig, hvilket igjen vil skape vanskeligheter i gjennomføringen, og lett lede til tvist underveis og i etterkant.

All risiko som overføres fra oppdragsgiver til leverandøren, har også en kostnad som vil bli priset inn i tilbudet fra leverandøren. En risikooverføring kan derfor føre til at anskaffelsen jevnt over blir dyrere for oppdragsgiver enn hvor balanserte kontraktsvilkår benyttes.

For det fjerde vil for eksempel urimelige endringsregler, korte fristbestemmelser eller uvanlige reklamasjonsregler presse leverandøren inn i et hjørne under kontraktsgjennomføringen, hvilket i seg selv også øker risikoen for tvister.

Selv om ønsket om skreddersøm og styrket posisjon overfor leverandøren isolert sett er rasjonelle motiver, kan dette være en kortsiktig tenkemåte ved offentlige anskaffelser. Det er derfor gode grunner for oppdragsgivere til å ta innholdet i departementets brev på alvor og tenke nøye gjennom behovet for å fravike standardene i det enkelte tilfellet.

En unik mulighet til kontinuerlig oppdatering om regelverket om offentlige anskaffelser

Haavind har i flere år gjennomført kvartalsmøter om offentlige anskaffelser for offentlige oppdragsgivere. Tilbakemelding fra tidligere deltakere er at dette er en nyttig måte å få diskutert aktuelle problemstillinger på samt få en kontinuerlig oppdatering på regelverk og praksis, og flere deltakere har deltatt i flere runder. Haavind inviterer nå til en ny runde med kvartalsmøter og ønsker både nye og gamle deltakere velkommen.

Kvartalsmøtene holdes fire ganger pr. år og gir en oppdatering i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser. Forut for hvert kvartalsmøte vil deltakerne få en påminnelse og anledning til å sende inn temaer som ønskes behandlet. Dermed vil du kunne få belyst problemstillinger i konkrete saker du holder på med uten ekstra kostnad. Kvartalsmøtene vil i tillegg gi en oversikt over endringer i regelverket, praksis knyttet til regelverket samt utdype praktiske problemstillinger som det er viktig å kjenne til.

Eksempler på aktuelle temaer for neste runde er:

- hvordan hensynta eventuelle kostnader som vil påløpe ved et leverandørskifte
- hvilke krav stilles til kunngjøringens innhold. EU-direktivenes krav til informasjon
- hva er skillet mellom bygge- og anleggskontrakter og leiekontrakter, og hva betyr dette skille i anskaffelsesfasen
- bruk av rådgivere

Elektronisk Nyhetsbrev

Nyhetsbrevet utgis i dag både elektronisk og i papirutgave. Papirutgaven vil imidlertid etter hvert bli faset ut. De som ønsker å motta nyhetsbrevet elektronisk kan melde seg på til: be.johansen@haavind.no

Dato for møter:

- 19. november 2009
- 11. mars 2010
- 10. juni 2010
- 16. september 2010

Seminarene vil bli holdt i Haavinds lokaler i Bygdøy Allé 2 mellom kl. 10.00 og kl. 15.00. Det vil bli servert lunsj og forfriskninger.

Møteledere vil være Bjørg Ven, Marianne H. Dragsten og Henning Nordtvedt.

Det er plass til ca. 20 personer og dermed begrensede plasser.

Pris for ett års deltakelse er kr. 12.000,-

Påmelding sendes til Brit Gundersen på e-post: b.gundersen@haavind.no.