

# Aktuelle avgjørelser - offentlige anskaffelser

adv. Robert Myhre



# 3 saker

- LB-2008-130030 (Borgarting)
- C-91/08
- KOFA 2010/4

## Tema: Underleverandører



INSTANS:  
Borgarting lagmannsrett -  
Dom  
DATO:  
2010-06-17  
DOKNR/PUBLISERT:  
LB-2008-130030



# LB-2008-130030

Som det fremgår av den innledende oppsummering av sakens faktum, var det i pkt. 2.5 i kontraktsgrunnlagets « Tilbudsbestemmelser » et uttrykkelig krav om at tilbyderen i tilbudsskjemaet skulle oppgi de underentreprenører/leverandører han aktet å benytte.

# LB-2008-130030

I tilbudsformularet var det i tillegg inntatt en matrise for nettopp dette formål hvor tilbyderen skulle fylle inn navn på underentreprenører og hvilket fag deres underentreprise dekket.

# LB-2008-130030

Under matrisen var kravet om disse opplysninger gjentatt - « Entreprenøren skal ....opplyse..... » - og med uthevet typografi var det fremhevet: « **Listen må fylles ut for at tilbudet kan regnes som fullstendig** ».

# LB-2008-130030

Over matrisen var det skrevet at tilbudet er basert på at « *følgende underentreprenører/representanter og leverandører benyttes* ».

# LB-2008-130030

Bakgrunnen for at kommunen ønsket slike opplysninger, var at det under pkt. 4.1 i « Kontraktsbestemmelser » var presisert at kommunen som byggherre forutsatte at det ikke ble anvendt ulovlig arbeidskraft i prosjektet.



# LB-2008-130030

I en « Antikontraktørbestemmelse » i pkt. 4.2 var det et krav om at arbeidet skulle utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt ved underentreprise

# LB-2008-130030

i tillegg til disse kontraktsbestemmelsene var det som vedlegg til anbudsinnbydelsen vedlagt « Manifest for seriøst arbeidsliv i Modum ». Dette var et politisk vedtatt dokument som inneholdt krav til at alle som skulle utføre byggeoppdrag for kommunen, skulle følge norske lønns- og arbeidsvilkår både for egen virksomhet og hos underleverandører.

# LB-2008-130030

Når disse bestemmelser og krav i kontraktsgrunnlaget leses i sammenheng og vurderes samlet, etterlater de etter lagmannsrettens syn ingen tvil om at det var et absolutt krav fra kommunens side at det skulle gis så fullstendige opplysninger som det på tilbudstidspunktet var mulig å gi om de underentreprenører som var tenkt benyttet. At det skulle foreligge en uklarhet, som anført av Trio, fordi man i teksten til matrisen også brukte ordet « underleverandør », er det etter lagmannsrettens syn ikke grunnlag for. Sett under ett er kravet til opplysninger helt klart, og begge de to øvrige tilbydere utfylte matrisen slik som forlangt.

# LB-2008-130030

Og når kontroll med underentreprenører og deres arbeidsbetingelser var sentralt for Modum kommune, var behovet for opplysningene særlig viktig fra en tilbyder som Trio, som etter det opplyste på tilbudstidspunktet bare hadde 20 egne ansatte og derfor måtte forventes å skulle benytte mange underentreprenører - noe de også bekreftet ved å opplyse i matrisen at de skulle bruke underentreprenører på « alle » fagområder.

# LB-2008-130030

Opplysningene som kommunen krevde, var en forutsetning for at kommunen som byggherre skulle kunne foreta den kontroll den ønsket når det gjaldt underentreprenører. Hva Trio eller andre måtte mene om dette ønsket, er irrelevant i og med at det er oppdragsgiver som suverent bestemmer hva som skal anskaffes og på hvilke vilkår.

# LB-2008-130030

Trios anførsel om at kravet om slike opplysninger er meningsløst, og derfor ulovlig, fordi det forutsetter at hovedentreprenør har inngått kontrakter med underentreprenører allerede på tilbudstidspunktet, kan heller ikke lagmannsretten slutte seg til.

# LB-2008-130030

Det er intet slikt krav i bestemmelsene, som må forstås slik at det er tilstrekkelig at det foreligger et tilbud slik at kontrakt kan inngås etter at hovedentreprenør eventuelt har fått entreprisen.

# LB-2008-130030

Lagmannsretten ser heller ikke bort fra at det etter omstendighetene kan være tilstrekkelig at tilbyder tilkjennegir hvem han har intensjon om å inngå underentreprise med. Hvis han da ender opp med en annen underentreprenør, må selvfølgelig kommunen underrettes og godkjenne - på samme måte som når det ellers skjer endringer eller tilføyelser til den opprinnelige liste.



# LB-2008-130030

Lagmannsretten kan heller ikke se at det foreligger usaklig forskjellsbehandling til skade for Trio. Det er stilt de samme krav til alle tre tilbydere, og de to andre har fylt ut matrisen og dermed gitt de opplysninger som var krevet.

# LB-2008-130030

Senere justeringer av listen er som nevnt helt normalt. At en av tilbyderne også tok med en underleverandør, må være uten betydning. Det var ikke noe krav om at bare underentreprenører skulle med - men det var for disse at kravet var absolutt.

# LB-2008-130030

Slik lagmannsretten ser det, ville det snarere ha vært en forskjellsbehandling i Trios favør dersom dets tilbud hadde vært akseptert.

# LB-2008-130030

Å foreta en sammenlignende evaluering av de tre tilbud uten opplysninger om underentreprenørene til en av tilbyderne, ville være en nærmest umulig oppgave. Man måtte i så fall ha sett helt bort fra et av kravene i konkurransegrunnlaget - et krav som ut fra anbudsinnbydelsen fremsto som et sentralt og absolutt krav fra oppdragsgiver.

# C-91/08



# C-91/08

37 Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere vil væsentlige ændringer i de vigtigste bestemmelser i en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i visse tilfælde nødvendiggøre, at der tildeles en ny koncessionskontrakt, når ændringerne udgør afgørende forskelle fra bestemmelserne i den oprindelige koncessionskontrakt, og dermed viser, at parterne er villige til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer...

# C-91/08

38 En ændring i en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de var fremgået af den oprindelige tildelingsprocedure, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, der oprindeligt blev antaget (jf. analogt pressetekst Nachrichtenagentur-dommen, præmis 35).

# C-91/08

- 39 Udskiftning af en underleverandør, selv når muligheden herfor er fastsat i kontrakten, kan i særlige tilfælde udgøre en sådan ændring af et af de grundlæggende elementer i koncessionskontrakten, når anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden – under hensyntagen til de særlige kendetegn ved den pågældende ydelse – har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten, hvilket det under alle omstændigheder tilkommer den forelæggende ret at afgøre.



# C-91/08

40 Den forelæggende ret bemærker, at det oplyses i projektet, der er vedlagt det bud, der blev indgivet af FES til Stadt Frankfurt, at FES ville anvende Walls »City-WC'er«. Ifølge den forelæggende ret er det på den baggrund muligt, at koncessionen blev tildelt FES på grund af den underleverandør, som FES havde præsenteret.

41 Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om de i nærværende doms præmis 37-39 beskrevne situationer foreligger.

# KOFA 2010/4

Askøy kommune  
Demokratene Askøy



# KOFA 2010/4

## Bakgrunn



# KOFA 2010/4

1992 avtale (heretter kalt avtalen) med Herdla gård ved Leif Bjørnstad om innhenting og behandling av septikslam i kommunen

# KOFA 2010/4

« HERDLA GÅRD Leif  
Bjørnstad » er et  
enkeltpersonforetak

# KOFA 2010/4

Driften av Herdla gård er overdratt til Leif Bjørnstads sønn, Morten Bjørnstad, som driver gården under enkeltpersonforetaket « MORTEN BJØRNSTAD »

# KOFA 2010/4

Askøy Miljørens AS,  
organisasjonsnummer 981 694  
465, ble stiftet 11. januar 2000.  
Askøy Miljørens AS er eiet av  
Leif Bjørnstad med 66,5 prosent;  
Morten Bjørnstad med 16,5  
prosent; Nina Bjørnstad med 8,5  
prosent og Hege Bjørnstad med  
8,5 prosent.

# KOFA 2010/4

Utformingen av de fakturaene innklagede har mottatt i henhold til avtalen er i perioden 2001 til 2004 flere ganger endret hva gjelder fakturautsteders navn og organisasjonsnummer



# KOFA 2010/4

Forelå det en ulovlig direkte anskaffelse, som følge av vesentlig endring av avtalen?

# KOFA 2010/4

Avtalen ble lovlig inngått i  
1992, før EØS-avtalen

# KOFA 2010/4

(41)

Det er således ikke skjedd noen formell endring av hvem som er avtalens parter. Spørsmålet i denne sak er om avtalen likevel i realiteten er overdratt til Askøy Miljørens AS.

# KOFA 2010/4

Det er Askøy Miljørens AS som står for fakturautstedelse, og som er betalingsmottaker.

Klagenemnda legger etter dette til grunn at Askøy Miljørens AS utfører en stor del av de oppgaver som påligger Herdla gård etter avtalen.

# KOFA 2010/4

Disse forhold er imidlertid ikke avgjørende ved vurderingen av om avtalen er overdratt til Askøy Miljørens AS. Det avgjørende er hvem som er innklagedes kontraktsmotpart, og som innklagede skal forholde seg til for eksempel ved kontraktsmislighold. Avtalen er inngått mellom innklagede og Herdla gård, og det er intet i sakens faktum som tilsier at innklagede har noen kontraktsforpliktelser med Askøy Miljørens AS hva gjelder slam/septikbehandling.

# KOFA 2010/4

(46)

Det kan heller ikke få avgjørende betydning at innklagede skal ha forholdt seg direkte til Askøy Miljørens AS hva gjelder gjennomføring av slam/septik-tømmingen. Heller ikke at innklagede på sine nettsider har oppgitt Askøy Miljørens AS som avtalepart endrer dette forhold.

# KOFA 2010/4

(48)

Avtalen inneholder ikke noe forbud mot bruk av underleverandører. Bruk av underleverandører er også tillatt etter anskaffelsesregelverket.

# KOFA 2010/4

(49)

Det bemerkes at forholdet mellom leverandøren (Herdla gård) og underleverandøren (Askøy Miljørens AS) er et rent privatrettslig anliggende, og reguleres ikke av anskaffelsesregelverket. Det kreves således ingen skriftlig avtale mellom disse, eller annen avklaring av de nærmere grenser for hvilke oppgaver leverandøren vil utføre selv, og hvilke de overlater til underleverandøren.



# KOFA 2010/4

(50)

Det er etter dette klart at avtalen ikke er overdratt til Askøy Miljørens AS, verken formelt eller reelt. Askøy Miljørens AS opererer kun som en underleverandør for Herdla gård og utfører deler av de oppgaver som påligger Herdla gård under avtalen, herunder også fakturautstedelse. Oppfyllelsesansvaret etter avtalen påligger Herdla gård, selv om det er Askøy Miljørens AS som leverer tjenestene.

# KOFA 2010/4

(51)

Da det ikke er skjedd noen overdragelse av avtalen, foreligger det, i denne relasjon, ingen ulovlig direkte anskaffelse.

# KOFA 2010/4



# KOFA 2010/4

Var det plikt til å  
terminere avtalen?

# KOFA 2010/4

(56)

I motsetning til sak 2009/144 ( KOFA-2009-144), vil en oppsigelse av avtalen fra innklagedes side i foreliggende sak innebære økonomiske konsekvenser for innklagede.

Det vises særlig til avtalens punkt E4 som lyder:

« Dersom virksomheten p.g.a. pålegg fra statlig eller fylkeskommunale myndigheter, eller etter vedtak i AK, avvikles før avtaletidens utløp, skal HG tilkjennes full kompensasjon for avskrevet restverdi i stasjonært anlegg redusert for evt. salgsverdi av bygningsdeler, og for evt. tap i forhold til avskrevet verdi, basert på 10 års lineær avskrivning, ved salg av slambil og slamvogn.

# KOFA 2010/4

(58) Etter nemndas syn må denne erstatningsplikten på innklagedes hånd innebære at avtalen med Herdla gård er et « bestående rettsforhold », jf. for EF-domstolen i sak C-76/97 (Tögel).

Innklagede har da ikke hatt plikt til å bringe avtalen til opphør for å konkurransenutsette den.

# Oppsummering

I. Det er ulike grader av krav som kan stilles mht å opplyse om underleverandører

- a) Hvem har man intensjon om å inngå avtale med?
  - b) Vedlegge tilbud fra underleverandøren
  - c) Krav om at det er inngått kontrakter med underleverandørene

# Oppsummering

2. Dersom det er inngått kontrakt, basert på et tilbud der det er tilkjennegitt hvem man har intensjon om å inngå avtale med, må oppdragsgiver godkjenne overdragelsen på vanlig måte



# Oppsummering

3. En vesentlig endring av en kontrakt anses for en ny anskaffelse. Dette utløser krav om konkurranse for tjenestekonsesjontrakter, og krav om kunngjøring av konkurransen for offentlige anskaffelseskontrakter

# Oppsummering

4. Endring i inngått avtale er vesentlig, dersom andre leverandører kunne deltatt i konkurransen, eller det kunne blitt antatt et annet tilbud enn det som ble valgt

# Oppsummering

5. Endring av underleverandør kan være en vesentlig endring, dersom vedkommende underleverandør har vært et «avgjørende element i valg av tilbud»

# Oppsummering

6. Selv om den formelle kontraktspart er den samme, kan det i realiteten være skjedd en overdragelse til underleverandør

# Oppsummering

7. Det avgjørende for om det i realiteten er skjedd en overdragelse av kontrakten, er om oppdragsgiver kan forholde seg direkte til underleverandøren ved kontraktsbrudd mv.

# Oppsummering

8. Det er ikke avgjørende om faktureringen skjer direkte fra underleverandør til oppdragsgiver

Takk for oppmerksomheten

