

SCHJØDT

MASKINENTREPRENØRENSES FORBUND (MEF)

v/Tone Gulliksen

Fred Olsens gate 3, 0152 Oslo

Sendes på e-post til tone.gulliksen@mef.no

Oslo, 3. juni 2020

Dok.ref: 34131-503-7921383.1

Saksansvarlig advokat:

Erlend Holstøm

ANSKAFFELSEN AV NYE EIGERØY SKOLE – SVAR PÅ BREV 25. MAI 2020

1. INNLEDNING

Det vises til brev fra Maskinentreprenørenes forbund ("MEF") 25. mai 2020 til Eigersund kommune vedrørende kontrakt kommunen har inngått med Kvia Entreprenør AS ("Kvia") om bygging av Nye Eigerøy skole. I brevet stilles det spørsmål om partenes avtale den 14. november 2019 om gjeninntreden i kontrakten etter at den ble hevet av kommunen representerer et brudd på anskaffelsesregelverket. MEF gjør i den forbindelse gjeldende at

"All den tid kontraktsforholdet med Kvia AS ble hevet, er det etter MEFs syn ingen gyldig avtale mellom partene. Inngåelse av ny avtale med Kvia AS (rett nok på samme vilkår som tidligere) er etter vårt syn derfor å anse som en ny anskaffelse, der lov og forskrift om offentlige anskaffelser gjelder."

I sammenheng med dette ber MEF om at kommunen gir en "skriftlig redegjørelse for deres syn på anskaffelsen i forbindelse med at avtaleforholdet med Kvia AS er gjenopptatt".

På vegne av kommunen vil det i det følgende gis en kort redegjørelse for Eigersund kommunes syn på spørsmålet som er reist.

2. KORT OM SAKENS BAKGRUNN

Partene inngikk 23. november 2018 totalentreprisekontrakt for bygging av Nye Eigerøy skole ("Kontrakten"). Kontrakten ble inngått etter en kunngjort konkurranse i samsvar med lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Etter diskusjoner om Kvias utførelse hevet kommunen kontrakten 4. oktober 2019. Partene var uenige om det anførte grunnlaget for hevingen. Kvia anførte at hevingen var uberettiget og varslet erstatningssøksmål. Etter forhandlinger kom partene 14. november 2019 til enighet om likevel å fortsette Kontrakten. Kommunen trakk hevingserklæringen og Kvia gjenopptok arbeidene i henhold til Kontraktens bestemmelser. Avtalen om gjeninntreden løste dessuten en del omtvistede forhold, så som prosjektledelse, utført produksjon og

fremdriftsplan. Utover de endringer som byggestansen fra 4. oktober 2019 førte til, løp Kontrakten videre på samme vilkår som før. Avtalen vedlegges til orientering.

3. RETTSLIG VURDERING

3.1 Den kontraktsrettslige virkningen av heving

Kommunen er ikke enig i MEFs syn på at det etter hevingen ikke forelå en "gyldig avtale mellom partene." Det var inngått en totalentreprisekontrakt basert på NS 8407. Virkningen av heving var ikke at avtalen som sådan ble ugyldig. Kontrakten fortsatte å gjelde, men slik at Kvia ikke hadde rett til å fullføre arbeidene. Den gjensidige oppfylleelsesplikt opphørte for fremtiden (ex nunc). Kommunen hadde således rett til å overta de utførte arbeidene mot å betale vederlag. Det ville måtte gjennomføres en registrering og et sluttoppgjør. Det vises til NS 8407 kap. 46.

3.2 Avtalekompetansen

Partene stod fritt til å løse enhver uenighet om Kontrakten med avtale, herunder uenighet om hevingen. I dette tilfellet ble det enighet om å annullere hevingen og gjenoppta Kontrakten.

3.3 Anskaffelsesrettslige begrensninger av avtalekompetansen

Et av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten er prinsippet om konkurransen nedfelt i lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 4. Kontrakten det offentlige skal inngå om leveranse av varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeid, skal utsettes for konkurranse.

Anskaffelsesregelverkets bestemmelser er rettet mot *prosessen frem til kontrakt er inngått med en leverandør*, altså frem til vilkåret om konkurranse er oppfylt. Etter at kontrakt er inngått etter konkurranse reguleres kontraktsforholdet som er oppstått av kontrakten som er inngått. Unntaket er anskaffelsesregelverkets bestemmelser om endringer i kontrakt. I forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) kapittel 28 fremgår det hvilke endringer som kan gjennomføres og hvilke som vil anses som "*vesentlige endringer*". Bakgrunnen for denne begrensningen i hvilke endringer som kan foretas, er nettopp hensynet til konkurranse. En vesentlig endret kontrakt har ikke har vært gjenstand for konkurranse i markedet. Når kontrakten vesentlig endres ville dette kunne ha påvirket hvordan markedet hadde respondert på kontrakten dersom konkurranse hadde vært avholdt om kontrakten med de endrede vilkår, og dermed utfallet av konkurransen. I praksis er det derfor lagt til grunn at en vesentlig endret kontrakt i realiteten utgjør en ny kontrakt som da er inngått som en ulovlig direkte anskaffelse.

Eigersund kommune gjennomførte konkurranse i samsvar med regelverket om offentlige anskaffelser og inngikk kontrakt med Kvia Entreprenør AS om bygging av Nye Eigerøy skole. Hevingen av kontrakten, og den senere avtalen om tilbaketrekning av hevingen, er utelukkende et *kontraktsrettslig tema* i forholdet mellom kommunen og Kvia. Anskaffelsesregelverket begrenser ikke muligheten til å revurdere og omgjøre beslutninger gjort på bakgrunn av kontraktsrettslige betraktninger så lenge prinsippet om konkurranse er ivaretatt.

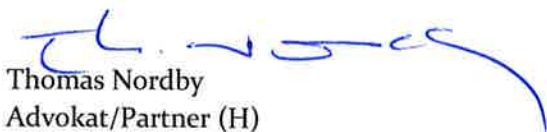
Hverken de grunnleggende prinsippene i LOA eller de mer konkrete reglene i FOA tilsier dette. Det er ingen tvil om at oppdraget har vært konkurranseutsatt og at interesserte leverandører hadde muligheten til å delta i konkurransen og vinne Kontrakten. Annerledes kunne det ha vært dersom kommunen gjorde vesentlige endringer i Kontrakten i forbindelse med at Kvia gjeninntrodte i Kontrakten. I et slikt tilfelle ville ikke den vesentlig endrede kontrakten ha vært gjenstand for konkurranse og følgelig ulovlig. Slik brevet fra MEF forstås anføres det ikke at det er gjort vesentlige endringer i Kontrakten. Det er da vanskelig å følge MEFs anførsel om at det samme oppdraget skal konkurranseutsettes på nytt.

4. OPPSUMMERING

Eigersund kommune fastholder at avtalen om å gjenoppta Kontrakten ikke er i strid med anskaffelsesregelverket. Hovedpoenget i den sammenheng er at Kontrakten har vært utsatt for konkurranse i markedet. Hverken de overordnede prinsippene i LOA § 4 eller de mer detaljerte reglene i FOA tilsier at Kontrakten måtte utsettes for konkurranse på nytt.

MEFs tilnærming ville innebære en vesentlig innskrenking av den kontraktsrettslige handlefriheten til offentlige oppdragsgivere uten at det foreligger noe anskaffelsesrettslig grunnlag som tilsier slik innskrenking.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS


Thomas Nordby
Advokat/Partner (H)