



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder endringer i inngåtte kontrakter om nødnettutbygging. En anførsel fra klager om en overdragelse av kontrakten var foreldet. En senere endring gjaldt overdragelse av kontraktene til en underleverandør uten ny kunngjøring. På bakgrunn av de helt spesielle forholdene ved overdragelsen ble dette ikke ansett som en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse. Klagers øvrige anførsler ble avvist som uhensiktsmessig for behandling.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2013 i sakene 2011/259 og 2012/235

Klager: Nordisk Mobiltelefon International AB og Ice Norway AS

Innklaget: Direktoratet for nødkommunikasjon

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Vesentlig endring og overdragelse av kontrakt, ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder endringer i inngåtte kontrakter om nødnett. I omfang er de vesentligste delene av kontraktene omfattet av bevisforbudsreglene i tvisteloven § 22-1 og 22-3, og er derfor ikke fremlagt for klagenemnda jf. klagenemndforskriften § 11. Partene har imidlertid vist til en rekke andre dokumenter som er angitt å belyse spørsmålene i saken. Av hensyn til saksfremstillingen gjengis imidlertid ikke disse i detalj. I det følgende gjengis kun de helt sentrale forhold i saken.
- (2) Justis- og politidepartementet kunngjorde 10. desember 2004 en konkurranse med forhandling for utbygging og drift av nytt nødnett. Bakgrunnen for anskaffelsen var at de eksisterende sambandsløsningene var gamle, og i liten grad tilfredstilte sikkerhetsmessige og operative krav. Nødnettet skulle utgjøre et internt sambandsnett for den enkelte brukerorganisasjon, samtidig som de ulike brukerorganisasjonene skulle kunne bruke nødnettet for å kommunisere med hverandre. Nødnettet skulle utbygges trinnvis.
- (3) Konkurransen omfattet fire kontrakter, Kontrakt for utbygging og leveranse, Kontrakt for drift- og vedlikehold, Rammeavtale for leveranse av utstyr, samt en overbyggingskontrakt hvis formål er å definere forholdet mellom kontraktene.
- (4) Siemens AS (heretter kalt Siemens) vant konkurransen om kontraktene. Kontrakt ble inngått den 22. desember 2006.
- (5) Den 1. april 2007 ble Direktoratet for nødkommunikasjon (heretter kalt innklagede) opprettet. Innklagedes hovedoppgave er ansvar for drift og utbygging av nødnettet.

- (6) Kontraktene mellom Siemens og innklagede ble senere overdratt fra Siemens til Nokia Siemens Networks Norge AS (heretter kalt NSN). Det er opplyst at dette skjedde med virkning fra 1. april 2007, og at innklagede formelt godkjente overdragelsen 16. april 2007. Overdragelsen ble godkjent av Justisdepartementet 21. desember 2009.
- (7) I 2012 ble kontraktene igjen overdratt. Avtale om at Motorola Solutions Norway AS (heretter også kalt Motorola) skulle overta som kontraktspart ble inngått 11. januar 2012 mellom Motorola, Motorola Solutions Inc. og Motorola Solutions UK Limited på den ene siden, og Nokia Siemens Networks OY, Nokia Siemens Networks BV og NSN på den andre siden. Overdragelsen ble godkjent av Justisdepartementet 13. januar 2012. Om dette står det en pressemelding på innklagedes internetsider:

"Motorola Solutions overtok totalansvaret for utbygging og drift av Nødnett i februar 2012 fra Nokia Siemens Network. Motorola har vært sentral i prosjektet fra dag én, som leverandør av kjerneteknologien i Nødnett.

Kontraktsoverføringen er godkjent av staten.

- Staten har fått det juridiske grundig vurdert i forkant av kontraktsoverføringen, sier Nina Myren, Avdelingsdirektør i DNK, og viser blant annet til vurderinger foretatt av Simonsen Advokatfirma DA.

Vurderingene konkluderer med at det er to grunnlag som hver for seg begrunner at en overdragelse av Nødnettkontrakten er i tråd med regelverket.

a) selv om kontrakten overdras, er det likevel ikke en vesentlig endring av den opprinnelige kontrakten, og

b) Staten har rett til å godta overføring av kontrakten i medhold av unntaket for beskyttelse av "vesentlige sikkerhetsinteresser" i forskrift om offentlige anskaffelser.

Terrorangrepene mot Utøya og Regjeringskvartalet 22. juli 2011 viste tydelig at de gamle, analoge sambandene ikke er egnet til å håndtere et terrorangrep. Dette er bekreftet i ettertid i 22. juli-kommisjonens rapport. Regelverket åpner for unntak når vesentlige sikkerhetsinteresser tilsier at det er nødvendig.

Selv om den formelle tilbyderen tidligere var Nokia Siemens Networks Norge AS, er de vesentligste delene av leveransene for selve kommunikasjonsnettet fra Motorola. Fra Statens synspunkt var det ved kontraktens inngåelse ikke avgjørende om kontrakten ble inngått med Nokia Siemens Networks Norge AS (dvs den gang Siemens) eller Motorola. Motorola har hele tiden hatt en betydelig og nødvendig rolle i den praktiske gjennomføringen av leveransen. Uten Motorola ville ikke Nokia Siemens Networks Norge AS kunne levert etter Nødnettkontrakten.

- (8) Innklagede har fremlagt det juridiske notatet som Simonsen Advokatfirma DA utarbeidet før overdragelsen. Notatet er omfattet av bevisforbudsregelen i tvisteloven § 22-5, men innklagede har samtykket til at notatet gjøres kjent for klagenemnda og klager.
- (9) Om bakgrunnen for overdragelsen har innklagede forklart at NSN ved flere anledninger hadde misligholdt kontraktsforpliktelsene i avtalene med innklagede. NSN hadde også misligholdt kontraktsforpliktelsene i relasjon til Motorola. Som det fremkommer i

pressemeldingen på innklagedes nettsider var Motorola underleverandør til NSN, og leverte de vesentligste delene av selve kommunikasjonsnettet. Motorola sendte NSN et termineringsvarsel for avtalen som lå til grunn for Motorolas leveranse til NSN. Dersom Motorola hevet kontrakten med NSN ville dette føre til at NSN ikke kunne levere nødnettet. NSN og resten av NSN-konsernet hadde opplyst ovenfor innklagede ved flere anledninger at nødnett ikke var et satsningsområde og at deres første prioritet var å selge NSN eller overdra Nødnettkontrakten.

- (10) Innklagede hadde fått opplyst at det var samtaler mellom NSN og Motorola med tanke på en overføring av NSNs virksomhet til Motorola. En slik overføring ble vurdert som ønskelig for innklagede fordi innklagede da ville få en kontraktspart som ønsket å satse på det aktuelle området. Dette ville redusere risikoen i prosjektet vesentlig, en risiko som var blitt vesentlig aktualisert på bakgrunn av den endrede situasjonen i Norge etter terrorangrepene 22. juli 2011.
- (11) Innklagede vurderte det slik at dagens radioutstyr ikke var egnet til å håndtere et nytt terrorangrep. Under terrorangrepene kom det klart frem at situasjonen på Utøya, som lå utenfor dekningsområdet for Nødnettets daværende utbygging, var svært uheldig kommunikasjonsmessig under en så stor hendelse. Verken politi- eller helsepersonell fra Nordre Buskerud PD hadde nødnettsterminaler og måtte bruke sitt gamle utstyr. Helseetaten hadde gjort det klart at helseradionettet ikke holder stort lenger og det samme måtte antas å gjelde for politiets gamle kommunikasjonsnett.
- (12) I forkant av overdragelsen vurderte KPMG Motorolas økonomiske og finansielle stilling i en rapport av 19. desember 2011. Rapporten konkluderte med at "[a]ll financial requirements are met by the consolidated group Motorola Solutions, Inc". Motorola Solutions Inc. stilte gjennomføringsgarantier for avtaleoppfyllelsen overfor innklagede.
- (13) En rapport utarbeidet av Gartner Group 17. juni 2010 var også en del av beslutningsgrunnlaget før overdragelsen. Rapporten ble utarbeidet for Stortingets avgjørelse av om staten skulle gå videre med trinn 2 av nødnettutbyggingen. Følgende er et utdrag av rapportens sammendrag:

"Stortinget skal i 2010 beslutte om etableringen av Nødnett skal fortsette i resten av Norge eller om etableringen skal stoppes innenfor kontrakten med NSN. En av de alternativer, som Stortinget har, er å sette i gang et nytt innkjøp av et nettverk.

Justis- og Politidepartementet har bedt Gartner estimere hva et nytt innkjøpt nettverk vil koste, og når det kan være tilgjengelig for brukerne.

Gartner har basert sine analyser på kunnskap om innkjøp av det eksisterende Nødnett, som vi har fått gjennom tidligere analyser, så vel som viten og erfaringer fra jobb som rådgivere ved innkjøp i bl.a. det danske, svenske og engelske Tetra nettverk og vår viten omkring telekom industrien på verdensplan.

Et ny-innkjøp vil bli en vanskelig og risikabel prosess. Dette skyldes primært en vanskelig konkurransesituasjon forårsaket av det allerede eksisterende nettverk i Oslo området, basert på Motorola teknologi og kontrollrom basert på Frequentis. Dette er reflektert i usikkerheten i omkostningsestimatet. Den største usikkerheten i estimatet er

derfor kontraktsprisen på et nytt innkjøp av nettverk, kontrollrom og terminaler, som skyldes den uklare konkurransesituasjon som vil finnes under et nytt innkjøp.

Det er sannsynligvis mulig å begrense skadene ved den dårlige konkurransesituasjon ved å skille turnkey kontrakten i flere separate kontrakter. En separasjon vil kunne bidra til å maksimere gjenbruk av de eiendeler i nettverk og kontrollrom som er betalt for en gang.

Gartner har definert to forskjellige scenarier for et ny-innkjøp for å synliggjøre mulighetene. Det ene scenario er basert på et ny-innkjøp på samme turnkey kontrakt som blir brukt nå. Det andre er basert på at kontraktene separeres og gjenbruk av eiendeler maksimeres."

- (14) Rapporten konkluderte med at en videreføring av kontrakten med NSN var det alternativet som var forbundet med lavest risiko, samtidig som det ville være minst kostnadskrevende og ta kortest tid. Alternativet med ny anskaffelsesprosess basert på samme "turnkey-kontrakt" ville koste den norske stat 6,2 milliarder kroner mer enn opprinnelig kontrakt og ha et ekstra tidsforbruk på 3,5 år, mens oppdeling av Nødnettkontrakten ville koste den norske stat 2,8 milliarder mer enn opprinnelig kontrakt og ta 1,5 år lenger. Det siste alternative var imidlertid forbundet med høyest risiko.
- (15) NSN betalte 98 millioner Euro til Motorola Solutions Inc som vederlag for at Motorola Solutions Norway AS overtok som kontraktspart. Motorola Solutions Inc er morselskapet til Motorola Solutions Norway AS.
- (16) Nordisk Mobiltelefon International AB og Ice Norway AS (heretter kalt klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 19. september 2011. Ved brev av 26. september 2011 meddelte klagenemnda innklagede at klagenemnda hadde mottatt en klage på ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) Klager fremmet 21. november 2012 også en klage på ulovlig direkte anskaffelse for overdragelsen av kontrakten fra NSN til Motorola. Ved brev av 22. november 2012 meddelte klagenemnda innklagede at klagenemnda hadde mottatt en klage på ulovlig direkte anskaffelse for dette forholdet. Det at det er fremsatt en selvstendig klage for overdragelsen av kontrakten fra NSN til Motorola er også bakgrunnen for at foreliggende sak er tildelt to saksnummer. Ettersom sakene gjelder samme forhold har klagenemnda valg å forene sakene til behandling.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Overdragelsen av kontraktene fra Siemens til NSN innebærer en endring av kontraktspart. Dette må anses som en vesentlig endring av kontrakten, hvilket representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (19) Innholdet i kontraktene som var inngått mellom innklagede og NSN er også vesentlig endret, hvilket representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Blant annet er kontraktsverdiene vesentlig endret, kontraktens misligholdsbeføyelser er ikke utnyttet, prosjektet er vesentlig forsinket og kontraktens omfang og vilkår er endret. Videre er

forutsetningen om levering av et nøkkelferdig prosjekt endret, og det er foretatt betydelige tilleggskjøp.

- (20) Overdragelsen av kontrakten fra NSN til Motorola representerer også en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (21) Saken bør avvises fra klagenemndas behandling. Saken er svært omfattende, og kontraktene alene består av mer enn 3000 sider. Tilleggene til kontraktene utgjør over 500 sider. I tillegg inngår en betalingsmodell på 10 000 sider i kontraktsforholdet. Tekniske spesifikasjoner inngår også, og utgjør om lag 9000 dokumenter. Saken krever teknisk og faglig kyndighet som klagenemnda ikke besitter. Spørsmålene i saken er ikke egnet til å bli behandlet med nemndas skriftlige saksbehandling. I tillegg er de vesentligste delene av kontraktene underlagt bevisforbudsregler.
- (22) Innklagede bestrider klagers anførsler om ulovlig direkte anskaffelse. Overdragelsen fra Siemens til NSN var forutsatt i den opprinnelige kontrakten, og forholdet er uansett foreldet.
- (23) Innholdet i kontraktene som var inngått mellom innklagede og NSN er heller ikke endret i vesentlig grad. Klager har vist til tall som baserer seg på prosjektets totale kostnadsrammer, altså ikke avtalt pris i henhold til kontrakten. De endringer som har skjedd er mindre endringer, på bare 2,8 prosent av totale investeringer, og 1 prosent av kontraktssummen. Kontraktene har en varighet på opp mot 20 år, og i et slikt kontraktsforhold er det påregnelig og påkrevet at det foretas endringer.
- (24) Det er ikke riktig at misligholdsbeføyelsene ikke er utnyttet. Innklagede har benyttet kontraktens misligholdsbeføyelser i den grad dette har vært påkrevet. Dette gjelder også forsinkelsene i prosjektet. Kontrakten har heller ikke endret karakter. Det har fortsatt vært NSNs ansvar å levere i henhold til forpliktelsene.
- (25) Når det gjelder overdragelsen av kontrakten fra NSN til Motorola kan denne under de helt spesielle omstendighetene i saken ikke anses som en vesentlig endring. Overdragelsen var uansett hjemlet i forskriften § 1-3 (2) a fordi overdragelsen var påkrevet av vesentlige sikkerhetsinteresser.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse gjennom endringer i inngåtte kontrakter om nødnettutbygging, og om det skal ilegges gebyr for dette.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (27) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (28) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge

av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.

- (29) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli eller senere.
- (30) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder forhold før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (31) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (32) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 26. september 2011. Klagen som gjelder overdragelsen av kontrakten fra NSN til Motorola ble oversendt innklagede ved brev av 22. november 2012.
- (33) Når det gjelder overdragelsen av kontrakten fra Siemens til NSN ble kontraktene overdratt fra Siemens til NSN med virkning fra 1. april 2007, og innklagede godkjente formelt overdragelsen 16. april 2007. Disse tidspunktene er mer enn to år tilbake i tid fra innklagede ble oversendt meddelelsen om at klagenemnda hadde mottatt en klage på en ulovlig direkte anskaffelse. Overdragelsen ble imidlertid formelt godkjent av Justisdepartementet 21. desember 2009. Partene er uenige om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for spørsmålet om hvorvidt klagen er rettidig.
- (34) I kontrakten som regulerer forholdet mellom kontraktene, overbygningskontrakten punkt 11, var det inntatt regler om adgangen til å overdra nødnettkontraktene:

“This Bridging Contract may not be assigned or otherwise transferred without the express written consent of the Authority.

Siemens has informed Authority of a possible merger of Siemens business in the field of mobile networks, fixed line networks and/ or corresponding services (i.e. business attributable to the business units “Mobile Networks”, “Fixed Networks” and “Carrier Services” within the Siemens division “Communication”) with the Networks business of Nokia in letters dated 20.09.2006.

In the due course of the establishment of the Nokia Siemens networks joint venture, Siemens and any subsequent assignee shall be entitled to transfer and assign this Bridging Contract and underlying contracts mentioned in clause 1 including all rights and obligations resulting from such contracts and any individual purchase order issued and/ or agreed under such contracts to any affiliate(s) of Nokia Siemens networks joint venture group without the Authority's consent.”

- (35) Ved brev til innklagede av 29. mars 2007 tok Siemens opp spørsmålet om overdragelse av Nødnett-kontrakten som ledd i den planlagte fusjonen. Overdragelsen ble godkjent av innklagede, men med forbehold fordi NSN ikke oppfylte nødnettkontraktenes krav til

leverandørens finansielle styrke. Forbeholdet innebar at kravene til finansiell styrke måtte på plass *"within a reasonable time"*. Innklagede aksepterte altså ikke kontraktsoverdragelsen ubetinget. Slik klagenemnda forstår saken er det likevel vanskelig å tenke seg at forbeholdet ville kunne foranledige en tilbakeføring av kontrakten. Det var nå NSN som var innklagedes kontraktspart, og Siemens tjente for innklagede kun en funksjon som en garantist inntil NSN selv oppfylte kravene til finansiell styrke.

- (36) Kravet om finansiell styrke ble oppfylt ved avtaler som innebar at NSNs morselskap Nokia Siemens Networks BV, søsterselskapet Nokia Siemens Networks OY og til sist Siemens, gav respektive garantier som samlet sett ble funnet akseptable for innklagede. Etter dette ble overdragelsen formelt godkjent av Justisdepartementet 21. desember 2009.
- (37) Godkjennelsen fra innklagede 16. april 2007 innebar altså at kontraktsforpliktelsene reelt sett ble overdratt fra Siemens til NSN. I den grad Siemens kunne gjøres ansvarlig, var dette som en garantist for NSNs oppfyllelse av kontraktsforpliktelsene. Godkjennelsen av 21. desember 2009 representerte kun en aksept av at de finansielle kravene, som kontrakten fastsatte, var oppfylt. I dette lys må overføringen anses å ha skjedd allerede 16. april 2007, hvilket innebærer at klagers anførsel om overdragelsen av kontrakten fra Siemens til NSN er foreldet. For øvrig er klagen rettidig. Dette innebærer at klagenemnda uten hinder av loven § 7b tredje ledd kan behandle anførselene om endringene av kontrakten når NSN var innklagedes kontraktspart, og anførselen om at overdragelsen fra NSN til Motorola representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (38) Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Avvisning i medhold av klagenemndforskriften § 9

- (39) Av loven § 7b (1) følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. På det tidspunktet konkurransen om utbyggingen av nødnettet ble kunngjort angav kunngjøringen at anskaffelsen gjaldt en tjenestekontrakt i tjenestekategori 5, hvilket innebærer at anskaffelsen i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III.
- (40) Innklagede har anmodet klagenemnda om å avvise sakene i medhold av klagenemndforskriften § 9. Bestemmelsen er praktisert slik at den også kan begrunne avvisning av anførsler, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2011/173 premiss (68).
- (41) Innklagede har vist til at sakene er svært omfattende, og at sakene krever teknisk og faglig kyndighet som klagenemnda ikke besitter. Innklagede har videre fremholdt at spørsmålene i sakene ikke er egnet til å bli behandlet med nemndas skriftlige saksbehandling, og at de vesentligste delene av er kontraktene underlagt bevisforbudsregler.

- (42) De forhold som innklagede har vist til gjør seg særlig gjeldende for anførslene om vesentlige endringer i innholdet i kontraktene da NSN var innklagedes kontraktspartner. Klagenemnda har kun tilgang til et mindre utdrag av de dokumenter som er relevant for avgjørelsen av disse anførslene. Etter en gjennomgang av de anførsler som er fremmet og den informasjonen som fremkommer i saksdokumentene, har klagenemnda kommet til at de anførsler som gjelder endringer i innholdet i kontraktene når NSN var innklagedes kontraktspartner ikke kan behandles ut fra den informasjonen som foreligger. Disse anførslene avvises derfor fra nemndsbehandling i medhold av klagenemndforskriften § 9. Når det gjelder anførselen om at overdragelsen fra NSN til Motorola representerer en ulovlig direkte anskaffelse, gjør ikke de samme forholdene seg gjeldende. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å avvise denne anførselen. I det følgende vil derfor nemnda ta stilling til anførselen om at overdragelsen fra NSN til Motorola utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (43) Kontrakten mellom innklagede og NSN ble overdratt til Motorola 13. januar 2012. Muligheten for en slik overdragelse var ikke nevnt i kontraktene.
- (44) Det rettslige utgangspunktet er at overdragelse til en annen leverandør enn den opprinnelige kontraktspartner utgjør en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, og derfor representerer inngåelse av en ny avtale. En endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse kan derfor ikke foretas uten etter en ny utlysning og tildeling av kontrakten i henhold til forskriftens regler, så fremt ikke en av forskriftens unntaksbestemmelser er anvendelig. I foreliggende sak har innklagede anført at de spesielle forhold ved overdragelsen innebærer at endringen ikke er vesentlig, alternativt at unntaket for vesentlige sikkerhetsinteresser i forskriften § 1-3 (2) a kommer til anvendelse.
- (45) For spørsmålet om overdragelsen representerer en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, og derfor representerer inngåelse av en ny avtale, er den mest sentrale rettskilden EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext). Dommen er en prejudisiell avgjørelse, og et av spørsmålene gjaldt overdragelse av en kontrakt som et ledd i en intern restrukturering. Som et utgangspunkt for vurderingen av om en endring er vesentlig uttalte domstolen i premiss 35:

"En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, 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, som oprindeligt blev antaget."

- (46) I premiss 40 uttalte EU-domstolen det nevnte utgangspunktet om at en endring av kontraktspartner i utgangspunktet skulle anses som en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse:

"I almindelighed skal udskiftningen med en ny medkontrahent af den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, betragtes som en ændring i de væsentlige bestemmelser i den pågældende offentlige kontrakt, medmindre der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktbestemmelser, f.eks. som en underentreprise."

- (47) Om endringen av kontraktspart som hadde skjedd i den konkrete saken uttalte EU-domstolen i premiss 43 at endringen *"indført i en situation som den i hovedsagen foreliggende, ikke udgør en ændring af en væsentlig kontraktbestemmelse"*. Grunnen var at endringen i det vesentligste var uttrykk for den interne omstruktureringen av oppdragsgivers medkontrahent.
- (48) Foreliggende sak gjelder ikke intern restrukturering, men en overføring som var foranlediget av helt spesielle omstendigheter, til en annen juridisk person som ikke har noen selskapsrettslig tilknytning til NSN. NSN som opprinnelig kontraktspart har ikke lenger ansvar for kontraktsforpliktelsene overfor oppdragsgiver, ansvaret for kontraktsforpliktelsene er overtatt av Motorola. Saken har altså et helt annet faktum enn det som var tilfellet i pressetext. Det fremgår likevel av pressetext at utgangspunktet er at endring av kontraktspart skal anses som en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse. Det er imidlertid ikke avklart verken i pressetext eller annen rettspraksis hvilke andre forhold som kan begrunne et unntak fra dette utgangspunktet, og hvilken terskel som skal ligge til grunn. Det er likevel grunn til å nevne at avgjørelsen i pressetext senere er vist til i for eksempel sakene C-91/08 (Wall) og traktatbruddsak C-250/07, hvor det særlig er betraktningen i pressetext premiss 35 som fremheves; At utgangspunktet for spørsmålet om en endring er vesentlig er om endringen ville kunne gjort det mulig for andre tilbudsgivere å delta, eller gjort det mulig for et annet tilbud å bli antatt. Slike betraktninger har etter omstendighetene også betydning ved endring av kontraktspart. Det er likevel også andre hensyn som har betydning, som for eksempel omgåelseshensyn. EU-domstolens avgjørelser viser også at hensyn relatert til at offentlige kontrakter normalt tildeles selskap, og at hvordan disse er organisert og regulert har betydning ved vurderingen, jf. pressetext premiss 50 flg.
- (49) På bakgrunn av disse EU-dommene må det kunne legges til grunn at spørsmålet om endring av kontraktspart er vesentlig beror på en noe sammensatt vurdering. Som utgangspunkt skal dette avgjøres ut fra forholdene i den konkrete saken. Det vil likevel være typetilfeller hvor en mer overordnet tilnærming kan være berettiget, for eksempel ved overdragelse av virksomhet. Foreliggende sak er imidlertid spesiell, og spørsmålet er altså om de konkrete forholdene i denne saken kan begrunne et unntak fra utgangspunktet om at endringen av kontraktspart utgjør en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse.
- (50) Det er innledningsvis grunn til å nevne at selv om Motorola ikke var innklagedes kontraktspart, var Motorola allerede fra kontraktsinngåelsen underleverandør for sentrale elementer i leveransen av nødnett. Kontraktenes varighet var lang, opp til 20 år, og innebar betydelige investeringer. Kontraktene ble videreført på samme vilkår som tidligere. På tidspunktet for overdragelsen var det svært lite annen virksomhet i NSN enn nødnettkontraktene, og Motorola overtok personell og utstyr i tillegg til kontrakten. Før overdragelsen gjorde KPMG en vurdering av den økonomiske og finansielle stillingen for konsernet hvor Motorola Solutions Inc er konsernspiss. Motorola Solutions Inc stilte gjennomføringsgarantier for avtaleoppfyllelsen overfor innklagede.
- (51) Foranledningen for overdragelsen var at nødnett ikke lenger var et satsningsområde for NSN. NSN hadde ved flere anledninger misligholdt kontraktsforpliktelsene i avtalene med innklagede. NSN hadde også misligholdt kontraktsforpliktelsene i relasjon til Motorola, som var NSNs underleverandør. Motorola sendte et termineringsvarsel til NSN som følge av NSNs mislighold. Konsekvensen dersom Motorola hevet ville være at NSN ikke lenger var i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Dette ville føre til

at nødnettsutbyggingen ville blitt ytterligere forsinket, og påført innklagede ytterligere utgifter. Dette ville også føre til økt risiko for tap av menneskeliv dersom det i den perioden skulle skje hendelser som det eksisterende radionettet ikke klarte å håndtere.

- (52) Overdragelsen av kontraktene skjedde om lag et halvt år etter terrorangrepene 22. juli 2011. Innklagede har forklart at staten på bakgrunn av det endrede risikobildet ikke kunne leve lengre med risikoen ved å ha NSN som kontraktspart. Klager har på sin side vist til at trusselbildet i Norge ikke egentlig ble endret som følge av terrorangrepene. PSTs vurdering var imidlertid at følgehandlinger representerte en mulig og udefinert trussel, og om ikke annet må det også kunne konstateres at angrepene den 22. juli 2011 gav staten og innbyggerne en annen oppmerksomhet omkring ivaretagelsen av innbyggernes sikkerhet. Nødnettet er en del av dette bildet.
- (53) Innklagede har argumentert for at disse helt spesielle forholdene må føre til at overføringen av kontrakten til Motorola ikke kan anses som en vesentlig endring. Det var ikke et alternativ for innklagede å la være å bygge ut nødnettet. Når Gartner vurderte statens handlingsalternativer forut for avgjørelsen om utbygging av landsdekkende nødnett var konklusjonen at en ny anskaffelsesprosess ville bli vanskelig og risikabel. Dette skyldtes primært at den delen av nettet som allerede var utbygget baserer seg på Motorola-teknologi. For ikke å måtte anse det som allerede var bygget ut som tapte investeringer, ville det vært avgjørende at en ny leverandør kunne levere ytelser kompatible med Motorolas teknologi. Dette ville i praksis kun være Motorola, noe som ville satt Motorola i en svært sterk forhandlingsposisjon. Da Gartner la frem sine vurderinger i 2010, var ikke utrulling av trinn 2 besluttet av Stortinget og nødnettet var kun bygget ut i det sentrale østlandsområdet. Gartner konkluderte gjaldt med enda større tyngde ved overdragelsen til Motorola ettersom nødnettet er utbygget i enda flere områder. På bakgrunn av ovennevnte fant staten at det eneste reelle alternativet var å gå videre med Motorola fremfor å kunngjøre dette på nytt. Sikkerhetsmessig og forretningsmessig var det kun én mulig løsning, nemlig overdragelse til Motorola.
- (54) Etter klagenemndas oppfatning kan det neppe være tvilsomt at overdragelsen av nødnettkontraktene var foranlediget av helt spesielle omstendigheter. Nødnettet er ment å fylle en helt sentral funksjon, kommunikasjonen mellom enheter i de ulike nød- og beredskapsstatene. Dersom Motorola terminerte avtalen med NSN ville dette føre til at NSN ikke kunne utbygge nødnettet som forutsatt. En ny anskaffelsesprosess ville ført til en betydelig forsinkelse i arbeidet med etablering av et landsdekkende nødnett. Det ville også påføre store utgifter, samt innebære en forhøyet risiko for prosjektet.
- (55) Om den rettslige betydningen av dette er det antatt av for eksempel av Hjelmberg, Jakobsen og Poulsen, i *"Public Procurement Law – the EU directive on public contracts"* på side 156 til 157, samt i Steinicke og Groesmeyers kommentarer til EUs udbudsdirektiver i fotnote 35 på side 778, at oppdragsgivere i ekstraordinære situasjoner kan overføre kontrakten til en ny medkontrahent. Når det gjelder betingelsene for overdragelse er en situasjon som til en viss grad kan sammenlignes med foreliggende sak, situasjonen hvor oppdragsgivers medkontrahent går konkurs. I en gjennomgang av det nye direktivforslaget i *Public Procurement Law Review 2012* på side 157 omtaler Steen Treumer kommisjonens praksis i slike tilfeller. I kommisjonens praksis ivaretas oppdragsgivers sikkerhet for gjennomføringen av kontrakten ved et krav om at det skjer en prøving av kvalifikasjonskravene hos den nye leverandøren.

- (56) Slik klagenemnda forstår saken gjorde ikke innklagede en fullstendig vurdering av hvorvidt Motorola oppfylte kvalifikasjonskravene som var stilt i den opprinnelige konkurransen. Motorolakonsernets oppfyllelse av de finansielle kravene ble imidlertid vurdert av innklagede gjennom rapporten fra KPMG, og dette må etter forholdene i saken anses som en tilstrekkelig ivaretagelse av innklagedes sikkerhet for oppfyllelsen av kontraktsforpliktelsene. Innklagede har også opplyst at det i hovedsak var Motorolas ytelse som ble vurdert i den opprinnelige konkurransen når det gjelder kvalifikasjonskravene knyttet til teknisk kompetanse. Videre har innklagede opplyst at det på tidspunktet for overdragelsen var svært lite annen virksomhet i NSN enn Nødnettkontrakten, og at Motorola overtok personell og utstyr i tillegg til kontrakten.
- (57) I rettskildene som er nevnt ovenfor er det oppstilt som en betingelse for overføring at oppdragsgiver ikke kan bebreides for den situasjonen som oppstod, og at transaksjonen ikke representerer en omgåelse av regelverket. I foreliggende sak er det ikke holdepunkter for at dette er tilfellet.
- (58) Som nevnt tidligere er det ikke avklart hvilke forhold som kan begrunne et unntak fra utgangspunktet om at endring av kontraktspart utgjør en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, eller hvilken terskel som skal ligge til grunn. Det er heller ikke nødvendig i foreliggende sak å foreta en nærmere grenseoppgang, da det er en rekke omstendigheter som i hvert fall samlet sett må innebære at overføringen av kontrakten til Motorola ikke utgjør en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse. Kontraktenes varighet var lang, opp til 20 år, og innebar betydelige investeringer. Motorola var allerede fra kontraktsinngåelsestidspunktet en betydelig underleverandør i prosjektet. På tidspunktet for overdragelsen var det svært lite annen virksomhet i NSN enn nødnettkontraktene, og Motorola overtok personell og utstyr i tillegg til kontrakten. Kontrakten ble videreført på samme vilkår som tidligere, og innklagedes sikkerhet for oppfyllelsen av kontraktsforpliktelsene er tilstrekkelig ivaretatt. Foranledningen for overdragelsen var som nevnt at NSN hadde misligholdt sine kontraktsforpliktelser, både i relasjon til innklagede, og i relasjon til Motorola. På grunn av NSNs mislighold sendte Motorola et termineringsvarsel til NSN. Konsekvensen dersom Motorola hevet ville være at NSN ikke lengre var i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Dette ville føre til en vesentlig ytterligere forsinkelse av nødnettsutbyggingen, og påført ytterligere utgifter i størrelsesorden tre til seks milliarder kroner. Dette ville også føre til økt risiko for tap av menneskeliv dersom det i den perioden skulle skje hendelser som det eksisterende radionettet ikke klarte å håndtere.
- (59) At kontrakten under disse omstendighetene ble overdratt til Motorola er ikke en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, men en videreføring av kontrakten. Klager anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Direktoratet for nødkommunikasjon har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser

Bergen, 29. april 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger