



# MARIUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Per Ole Svor

## Avtalefrihet ved anskaffelser

Om adgangen til å endre inngåtte kontrakter  
omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser

# Avtalefrihet ved anskaffelser

Om adgangen til å endre inngåtte kontrakter  
omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser

Per Ole Svor



Marlus nr. 479  
Sjørettsfondet  
Nordisk institutt for sjørett  
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2017

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet  
University of Oslo  
Scandinavian Institute of Maritime Law  
P.O. box 6706 St. Olavs plass 5  
N-0130 Oslo  
Norway

Phone: 22 85 96 00  
E-post: [sjorett-adm@jus.uio.no](mailto:sjorett-adm@jus.uio.no)  
Internet: [www.jus.uio.no/nifs](http://www.jus.uio.no/nifs)

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –  
e-mail: [trond.solvang@jus.uio.no](mailto:trond.solvang@jus.uio.no)

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen  
– The Norwegian Booktown  
Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>  
E-mail: [post@bokbyen.no](mailto:post@bokbyen.no)

Print: 07 Media AS

# Forord

De færreste, om noen, hadde nok tenkt seg at jeg skulle begå en avhandling av dette omfang, og om dette temaet.<sup>0</sup> Når det likevel har gått som det har, er det en stor glede å få mulighet til å publisere avhandlingen som artikkel her i Marius.

Denne artikkelen er i det vesentlige identisk med min masteravhandling som ble levert 15. januar 2016 ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo. Avhandlingen skrev jeg som vitenskapelig assistent ved Senter for Europarett ved Nordisk institutt for sjørett i 2015. Jeg har foretatt noen endringer i ettertid, blant annet nødvendige endringer som følge av den nye norske anskaffelseslovgivningen, og den siste relevante praksis fra EU-domstolen.

Avhandlingen hadde neppe blitt til uten hjelp og innspill fra flere hold.

Den største takken skylder jeg min veileder Finn Arnesen. Uten hans utmerkede veiledning til valg av tema, språk og struktur, og ikke minst faglig innhold, hadde jeg neppe begått denne avhandlingen. Jeg har særlig satt pris på hans evne til å stille utfordrende spørsmål og slik fått meg til å se avhandlingens tema fra ulike vinkler.

Jeg vil også takke Herman Bruserud for gode faglige diskusjoner som særlig har reist problemstillinger sett fra et kontrakts-/entrepriperspektiv.

Videre må jeg takke Carsten Eriksrud som tok seg tid til diskusjon, samt å komme med gode innspill til struktur etter gjennomlesing av førsteutkastet.

Jeg vil også rette en takk til Ola Mestad, Tarjei Bekkedal, Erling Hjelmeng, Kari Fløystad og Christoffer Conrad Eriksen for gode innspill og faglige diskusjoner om ulike problemstillinger innenfor oppgavens tema. Disse har, hver med sin bakgrunn, bidratt til at problemstillingens mange fasetter og hensyn er grundig diskutert.

---

<sup>0</sup> Parafasert fra forordet til Arnesen (1996)

Jeg er videre takknemlig for at jeg fikk presentere oppgavens tema i kontraktsrettslunsjen til fakultetets forskergruppe for kontraktsrett. Med tunge representanter fra miljøet for kontraktsrett og EØS-rett hadde diskusjonen med denne gruppen stor betydning for sentrale deler av oppgaven.

Jeg vil også takke mine sensorer Knut Kaasen og Christian Trygstad for en krevende og inspirerende diskusjon i den muntlige delen av avhandlingens sensur.

Inger Hamre, bibliotekar ved juridisk biblioteks avdeling for petroleumsrett og europarett, fortjener også en stor takk for uvurderlig hjelp til å finne relevante kilder og litteratur.

Takk til alle ved Senter for europarett og Nordisk institutt for sjørett for en lærerik og hyggelig tid. Det var ikke bare faglig påfyll som var nødvendig i skriveperioden. Jeg vil derfor også takke alle vit.ass'er som med torsdagsbiff og daglig kaffe sørget for avkobling. Jeg vil særlig trekke fram mine kolleger Espen Kheradmandi, Marie Grønvik, Emil Moss Skjelland og Alexander Arnesen for mer eller mindre interessante og opplysende samtaler på vitass-kontoret til senter for europarett.

Stor takk fortjener også familie og venner som tålmodig har vist interesse for arbeidet mitt og latt meg tilbringe store deler av år 2015 på senteret.

En takk rettes også til Goud Helge Homme Fjellheim og Henning Nordtvedt i advokatfirmaet Haavind som pekte meg i retning av oppgavens tema, og i ettertid har gitt meg spillerom til å jobbe med dette temaet i praksis. Jeg setter også pris på at jeg har fått frigjort arbeidstid i en hektisk arbeidsdag til å ferdigstille denne artikkelen.

*Oslo, april 2017*

*Per Ole Svor*

# Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	9
1.1 Tema.....	9
1.2 Rettskilder og metode .....	15
1.3 Den videre fremstilling.....	19
2 FORUTSETTE ENDRINGER.....	21
2.1 Innledning .....	21
2.2 Form- og innholdskrav .....	22
2.2.1 Innledning .....	22
2.2.2 Art og omfang.....	23
2.2.2.1 Art .....	23
2.2.2.2 Omfang.....	27
2.2.3 Vilkår for endringsmulighetenes anvendelse .....	29
2.2.3.1 Innledning.....	29
2.2.3.2 Angivelse av situasjonsbetingelser.....	29
2.2.3.3 Angivelse av virkninger.....	33
2.2.3.4 Reguleringen i standardkontraktene .....	35
2.2.3.5 Både situasjonsbetingelser og virkning?.....	40
2.3 Kvalitative begrensninger.....	46
2.3.1 Innledning .....	46
2.3.2 Endring av kontraktens overordnede karakter – generelt om vurderingen.....	47
2.3.3 Kvalitative begrensninger for endringsklausuler.....	51
2.4 Kvantitative begrensninger .....	54
2.5 Vurdering .....	55
3 UFORUTSETTE ENDRINGER.....	58
3.1 Innledning .....	58
3.2 Nødvendige tilleggsytelser .....	60
3.2.1 Innledning.....	60
3.2.2 Nødvendige suppleringer .....	60
3.2.3 Leverandørskifte ikke mulig av økonomiske og tekniske årsaker.....	65
3.2.4 Leverandørskifte forårsaker betydelige problemer eller vesentlig økning av omkostninger.....	67
3.2.5 Kumulative vilkår?.....	70
3.2.6 Kvalitative begrensninger.....	71

3.3	Uforutsette omstendigheter .....	72
3.3.1	Innledning .....	72
3.3.2	Omstendigheter en påpasselig oppdragsgiver ikke kunne forutse .....	73
3.3.2.1	Utgangspunkt.....	73
3.3.2.2	Prosjektets art og kjennetegn .....	75
3.3.2.3	God bransjepraksis.....	78
3.3.2.4	Tilgjengelige midler og forholdsmessighetsvurdering. ....	81
3.3.2.5	Force majeure .....	82
3.3.3	Særlig om misligholdssituasjoner .....	82
3.3.4	Kvalitative begrensninger.....	86
3.3.5	Kvantitative begrensninger .....	87
3.4	Offentliggjøring.....	88
3.5	Vurdering.....	88
4	MINDRE ENDRINGER .....	90
4.1	Innledning .....	90
4.2	Verdigrensene.....	91
4.2.1	Kumulative vilkår.....	93
4.2.2	Overskridelse av verdigrensene.....	93
4.2.3	Hva utgjør én endring? .....	95
4.2.4	Selvstendig avtale? .....	96
4.3	Kvalitative begrensninger .....	97
4.3.1	Kvalitative begrensninger i direktivet.....	97
4.3.2	Standardenes endringsregler .....	99
4.4	Kvantitative begrensninger .....	100
4.4.1	Innledning .....	100
4.4.2	Økninger .....	100
4.4.3	Reduksjoner.....	103
4.4.4	Standardenes endringsregler .....	105
4.5	Særlig om prisendringer .....	106
4.6	Ikke nødvendig å vurdere endringenes vesentlighet .....	109
4.7	Vurdering.....	110
5	IKKE-VESENTLIGE ENDRINGER .....	112
5.1	Innledning .....	112
5.2	Konkurransепåvirkende endringer .....	114
5.2.1	Innledning.....	114
5.2.2	Endringen ville gitt adgang til andre tilbydere .....	116
5.2.3	Endringen ville tiltrukket seg ytterligere tilbydere .....	118

5.2.4	Endringen ville gjort det mulig å akseptere et annet tilbud .....	120
5.3	Endring av kontraktens økonomiske balanse .....	122
5.4	Betydelig utvidelse .....	128
5.5	Betydningen av andre momenter .....	133
5.6	Vurdering .....	135
6	AVSLUTNING .....	136
7	KILDER .....	139
	Internasjonale kilder .....	139
	Konvensjoner .....	139
	Direktiver og forordninger .....	139
	Internasjonal rettspraksis .....	140
	EU-domstolen .....	140
	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten .....	141
	Dokumenter fra Kommisjonen, Rådet og EU-parlamentet ....	142
	Norske kilder .....	142
	Lover og forskrifter .....	142
	Forarbeider .....	143
	Standardkontrakter .....	143
	7.6.1 Rettspraksis .....	143
	7.6.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) .....	143
	Utenlandske kilder .....	144
	Utenlandske lover .....	144
	Utenlandske forarbeider .....	144
	Utenlandske standardkontrakter .....	145
	Utenlandske avgjørelser .....	145
	Engelsk underrett .....	145
	Danske Klagenævnet for Udbud .....	145
	Litteratur .....	146
	Andre kilder .....	150





# 1 Innledning

## 1.1 Tema

I kontraktsretten er to grunnleggende prinsipper bestemmende for kontraktgjennomføringen. Dette er prinsippet om at avtaler skal holdes, og prinsippet om avtalefrihet. Prinsippet om at avtaler skal holdes innebærer at kontrakter skal gjennomføres etter sitt innhold. Prinsippet om avtalefrihet medfører at partene, der det dreier seg om inngåtte kontrakter, til enhver tid fritt kan bestemme hva kontrakten heretter skal gå ut på.

Private parter antas å være rasjonelle aktører som handler i egeninteresse. Dette gir grunnlag for en presumsjon for at avtalefriheten leder til optimale løsninger som begge parter er tjent med. Avtalefriheten gir også mulighet til å foreta kontraktendringer underveis i kontraktforløpet. Denne muligheten til å tilpasse kontrakten endrede omstendigheter og behov, sikrer at også kontraktens endelige resultat blir optimalt.

Siden offentlige aktører ikke bruker «egne», men «våre» (skattebetalernes) penger, mangler disse insentivene til å handle forretningsmessig fornuftig. Dermed forsvinner noe av grunnlaget for presumsjonen for at avtalefrihet leder til optimale løsninger.<sup>1</sup>

EØS-avtalen forplikter offentlige myndigheter til å sørge for at det ikke finnes hindre for fri flyt av varer og tjenester. Dette krever likebehandling av aktører og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosedyrene. Det offentliges skjønnsutøvelse i forbindelse med anskaffelser utgjør en risiko for at disse kravene ikke blir fulgt.

Dette er noe av bakgrunnen for at offentlige aktørers avtalefrihet ved anskaffelser begrenses.<sup>2</sup> Avtalefriheten er for det første begrenset når det gjelder valg av kontraktspart. Reglene for offentlige anskaffelser krever at oppdrag og anskaffelser konkurransenutsettes. Vinneren av konkurransen er den som krever lavest vederlag, eller, der dette er tildelingskri-

---

<sup>1</sup> Se NOU 2014:4 s. 65

<sup>2</sup> Se også Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 51–52

teriet, den som gir det tilbudet som er mest økonomisk fordelaktig.<sup>3</sup> Disse reglene ville vært uten innhold hvis den endelige kontraktoppfyllelsen ikke samsvarte med det som ble forutsatt under konkurransen. Avtalefriheten må derfor begrenses når det gjelder mulighet til å endre kontrakten etter tildeling.

Også for offentlige oppdragsgivere kan det være nødvendig å tilpasse kontrakten til endrede omstendigheter og behov. Endringsadgangen kan derfor ikke være helt avskåret. Den må være vid nok til å håndtere behovet for endring, men begrenset slik at anskaffelsesreglenes formål opprettholdes.

Ved grensdragningen for tillatte endringer gjør flere kryssende hensyn seg gjeldende. På den ene siden står hensynene til kontraktspartene, på den andre anskaffelsesrettslige hensyn på nasjonalt og EØS-rettslig plan.

Fra et nasjonalt perspektiv skal regelverket skape tillit til at offentlige anskaffelser er basert på legitime hensyn og vurderinger, og sikre effektiv bruk av offentlige midler.<sup>4</sup> Siden oppdragsgiver foretar anskaffelsen for å dekke et behov, tilsier hensiktsmessig bruk av samfunnets ressurser at kontrakten kan tilpasses endrede omstendigheter, slik at anskaffelsen oppnår sitt formål.<sup>5</sup> Som Sandvik påpeker: «Er arbeidet ennå ikke utført, vil det fortone seg som betenkelig å holde fast ved en utjenlig utførelse med de langvarige ulemper dette vil medføre».<sup>6</sup> Av hensyn til øvrige tilbydere bør endringsadgangen likevel reguleres slik at det ikke er rom for vilkårlig forskjellsbehandling, noe som ville svekket tilliten til det offentlige.

Fra et EØS-perspektiv er det fremste hensynet å fremme fri flyt av varer og tjenester. Dette hensynet ivaretas gjennom kravene om konkurranseutsetting og likebehandling av økonomiske aktører. For å sikre disse kravene skal prosedyrene være gjennomsluttelige slik at det er mulig

---

<sup>3</sup> Dirketiv 2014/24/EU artikkel 67

<sup>4</sup> Anskaffelsesloven § 1

<sup>5</sup> Poulsen, (2012) s. 170

<sup>6</sup> Sandvik, (1977) s. 122

å etterprøve om anskaffelsen er foretatt på rettmessig vis.<sup>7</sup> Hensynene til fri flyt tilsier at endringer begrenses av to grunner. For det første vil endringer i form av tilleggsytelser forhindre at varer og tjenester legges ut på markedet. Dette hindrer fri vare- og tjenesteutveksling. For det andre kan endringer virke konkurransevridende ved at den som har vunnet kontrakten får utføre oppdraget på bedre vilkår enn konkurranseresultatet tilsa.

Fra et EØS-rettslig synspunkt kan endringer i enkelte tilfelle også stride med statsstøttereglene, typisk der vederlaget som betales overstiger markedsverdien på oppdraget.<sup>8</sup> En nærmere behandling av disse reglene vil sprengte avhandlingens rammer. Jeg går derfor ikke grundigere inn på denne problematikken.

Avveiningen mellom disse hensynene er bakgrunnen for den såkalte læren om vesentlige endringer. Læren er utviklet i EU-domstolens praksis, og er presisert i en avgjørelse som gjerne omtales som «presstext».<sup>9</sup> Bakgrunnen for saken var en kontrakt inngått mellom Østerrikske myndigheter og Austria Presse Agentur (APA) om nyhetsagenturtjenester.

Kontrakten ble endret ved flere tilfeller. Noen av kontraktytelsene ble overdratt til et datterselskap. I forbindelse med innføringen av Euro ble valutaen endret og prisen oppjustert i henhold til en prisindeks. Til slutt ble det tatt inn et avkall på oppsigelse og rabattene ble økt fra 15 % til 25 %.

Etter at Østerrikske myndigheter i 2004 avlo et tilbud fra presstext om nyhetsagenturytelse, fremmet presstext sak med påstand om at endringene av kontrakten innebar de facto inngåelser av nye avtaler. I den forbindelse anmodet den østerrikske domstol EU-domstolen om å ta stilling til under hvilke omstendigheter endringer av et eksisterende kontraktsforhold anses for å utgjøre ny kontraktinngåelse.

---

<sup>7</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalens avsnitt 1

<sup>8</sup> Arrowsmith, (2014) s. 579

<sup>9</sup> C-454/06 «presstext»

EU-domstolen påpekte i avsnitt 31–32 at hovedformålet til reglene om offentlige anskaffelser av tjenesteytelser er å sikre fri bevegelighet for tjenester og hindre konkurransevridning i medlemsstatene. For å fremme disse formålene anvendes prinsippet om forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, samt likebehandlingsprinsippet og det medfølgende kravet til gjennomsiktighet.

I avgjørelsens avsnitt 34 angir domstolen det overordnede vurderingstemaet for endringer i kontrakter som omfattes av regelverket om offentlige anskaffelser. EU-domstolen uttaler at endring av bestemmelser i kontraktens løpetid anses som inngåelse av ny kontrakt når bestemmelsene er «avgjørende forskjellige» sammenlignet med de opprinnelige bestemmelsene, og dette viser partenes intensjon om å reforhandle avtalens grunnleggende elementer.

I avsnitt 35–37 ble det uttalt at endringer kunne være vesentlige hvis de:

innfører vilkår som ville tillatt andre enn de eksisterende tilbydere å delta, eller gjort det mulig å akseptere et annet tilbud enn det valgte, om endringen hadde vært med i den opprinnelige anbudsprosessen

I betydelig omfang utvider avtalen til å omfatte tjenesteytelser, som ikke opprinnelig var fastsatt i denne

Endrer avtalens økonomiske balanse til fordel for tilbyderen på en måte som ikke var fastsatt i de opprinnelige anbudsvilkår

EU-domstolen fant at ingen av de endringene som var foretatt, var vesentlige.

EU-domstolens praksis gir anvisning til en helhetsvurdering av hvorvidt en endring er vesentlig. Sentralt i vurderingen er «pressetext»-momentene gjengitt over. I tillegg er det antatt at det skal mer til for å anse en endring som vesentlig hvis endringsmuligheten fremgår av

konkurransesgrunnlaget, og der endringsbehovet oppstår på grunn av uforutsette omstendigheter.<sup>10</sup>

Endringsadgangen er nå direktivfestet i artikkel 72 i direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.

Reguleringen fremstår som en kodifisering og presisering av den ulovfestede vesentlighetsvurderingen. Dette fremgår av direktivets fortale avsnitt 107. Her påpekes at det er nødvendig å *presisere* vilkårene for når endringer av inngåtte kontrakter krever ny anbudskonkurranse. Presiseringen skal gjøres «under hensyntagen til EU-domstolens relevante retspraksis».

Direktivets oppbygging medfører at fremgangsmåten ved vurderingen av om en endring er tillatt blir ganske annerledes enn under den ulovfestede vesentlighetsvurderingen. Fortalens avsnitt 107 må likevel forstås slik at direktivreguleringen ikke endrer *normen* for når en endring krever ny anbudsrunde.

Direktivets artikkel 72 nr. 1 angir vilkår for at endringer kan foretas uten ny anbudsrunde. Vilråene kjennes igjen fra den ulovfestede læren. Bokstav a gir adgang til å foreta slike endringer som følger av endringsklausuler. Bokstav b gir adgang til å foreta nødvendige tilleggssytelser, og c gir adgang til endringer på bakgrunn av uforutsette omstendigheter. Bokstav d regulerer endring av kontraktspart. Av plasshensyn behandler jeg ikke denne type endringer. Bokstav e gir adgang til å foreta endringer som ikke er vesentlige. Vesentlighetsvurderingen etter artikkel 72 nr. 4 er basert på «pressetext»-momentene. Artikkel 72 nr. 2 bestemmer at endringer som faller under nærmere angitte verdigrenser kan foretas uten at det er nødvendig å vurdere om de er vesentlige. Artikkel 72 nr. 2, som jeg omtaler som regelen om mindre endringer, må ikke forveksles med ikke-vesentlige endringer. Artikkel 72 nr. 2 er en «de-minimis-regel», som har bakgrunn i at endringer som faller inn under regelen presumtivist ikke virker konkurransevridende. Det er dermed ikke nødvendig å foreta noen nærmere vurdering av om disse tillates. Ikke-vesentlige endringer er endringer som etter vesentlighetsvurderingen ikke blir ansett som

---

<sup>10</sup> Arrowsmith, (2014) s. 579–580

vesentlige. Mindre endringer etter artikkel 72 nr. 2 er neppe vesentlige etter vesentlighetsvurderingen. Det er likevel ikke automatikk i at endringer som overstiger verdigrensene er vesentlige.

Det følger av artikkel 72 nr. 5 at det må gjennomføres ny konkurranse for endringer artikkelen ikke gir adgang til. Dette innebærer at foretatte endringer som direktivbestemmelsen ikke tillater, utgjør ulovlige direkteanskaffelser. Med den nye sanksjonen «uten virkning» som følger av artikkel 2d i direktiv 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet), kan ulovlige direkteanskaffelser få store konsekvenser. Direktivbestemmelsen åpner for at ulovlige direkteanskaffelser blir kjent uten virkning. Virkningen kan også gis tilbakevirkende kraft slik at allerede leverte ytelser må restitueres. For offentlige oppdragsgivere er det derfor avgjørende å kunne forutse hvilke endringer som kan foretas innenfor regelverket.

Siktemålet med avhandlingen er å drøfte hvilke endringer den nye direktivreguleringen tillater. Drøftelsene vil bli gjort gjennom bruk av eksempler og problemstillinger knyttet til bygge- og anleggskontrakter. Arbeidene disse kontraktene regulerer er ofte langvarige og kompliserte.<sup>11</sup> Som påpekt av Sandvik tar «selv det enkleste bolighus [...] gjerne ½–1 år å bygge. Ved større byggverk og ved veianlegg, kraftanlegg o.l., er det intet særsyn at byggetiden kommer opp i 3–5 år. Det er klart at det byr på store problemer å vurdere utviklingen over en så lang periode inn i fremtiden».<sup>12</sup> Dette fører til et utpreget behov for å kunne foreta endringer underveis i kontraktgjennomføringen. Standardkontraktene som bygge- og anleggsoppdrag gjerne reguleres av, inneholder derfor endringssystemer som skal ivareta dette behovet for fleksibilitet i prosjektstyringen. Behovet for fleksibilitet kan også ivaretas ved rene endringsavtaler mellom oppdragsgiver og leverandør.

Det foreligger ikke mye praksis i tilknytning til problemstillingen. Temaet er ikke lite aktuelt av den grunn. Omfanget av praksis er påvirket av at det gjerne både er i oppdragsgivers og valgt tilbyders interesse å foreta endringene. Siden det er snakk om endringer i kontraktgjennomføringsfasen er det få tredjeparter som har ressurser og mulighet til

<sup>11</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 21 og Berg, (2012) s. 824

<sup>12</sup> Sandvik, (1966) s. 85

å kontrollere at regelverket blir fulgt. Det er rimelig å anta at dette har betydning for antallet overtredelser som oppdages, og dermed også for antallet som klages inn.

## 1.2 Rettskilder og metode

Reglene om de fire friheter finnes i Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV). Traktaten regulerer ikke anskaffelsesspørsmål spesielt, men reglene om fritt varebytte i artikkel 34 og fri utveksling av tjenester i artikkel 56 får anvendelse på offentlige anskaffelser.<sup>13</sup> EØS-avtalen inneholder tilsvarende bestemmelser. For at disse reglene skal komme til anvendelse må det foreligge et grenseoverskridende element.

Direktiv 2014/24/EU ble vedtatt februar 2014. Gjennomføringsfristen i EU var 18. april 2016. Direktivet er gjennomført i Norge ved lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser. Bestemmelsene om endringer er inntatt i anskaffelsesforskriften kapittel 28. Reglene trådte i kraft 1. januar 2017. Direktivet får anvendelse på offentlige kjøp av varer og tjenester over en angitt terskelverdi. Det er ikke et krav om grenseoverskridende element for at disse reglene kommer til anvendelse.<sup>14</sup>

Praksis fra EU-domstolen er en sentral rettskilde ved tolkningen av traktaten og direktivet. At det foreligger begrensninger på endringsadgangen ble først fastslått av EU-domstolen i «Rennes» fra 2000.<sup>15</sup> En nærmere angivelse og presisering av vurderingstemaet ble gitt i «pressetext» i 2008.<sup>16</sup> Som nevnt er avgjørelsen retningsgivende for «læren om vesentlige endringer».<sup>17</sup> Etter direktivets fortale samsvarer direktivreguleringen i artikkel 72 i stor grad med denne ulovfestede læren.<sup>18</sup> Praksis og teori knyttet til den ulovfestede læren har derfor argumentasjonsverdi selv om kildene er eldre enn direktivbestemmelsen.

---

<sup>13</sup> Se til illustrasjon C-425/14 «Impresa Edilux Srl» avsnitt 21

<sup>14</sup> Direktiv 2014/24/EU artiklene 1 og 2

<sup>15</sup> C-337/98 «Rennes»

<sup>16</sup> C-454/06 «presstext»

<sup>17</sup> Dragsten, (2013) s. 737

<sup>18</sup> Ølykke og Nielsen, (2015) s. 351



Utgangspunktet for arbeidet med artikkel 72 var Kommisjonens forslag av 2011 til nytt direktiv.<sup>19</sup> I forbindelse med Rådets arbeid med Kommisjonens direktivforslag utarbeidet Kommisjonen kommentarer til forslagets bestemmelser. Disse kommentarene ble sendt til Rådets arbeidsgruppe for offentlige anskaffelser som grunnlag for deres arbeid med direktivet.<sup>20</sup> Da det ikke ble enighet om bestemmelsens innhold ble det våren 2013 avholdt såkalte trilogforhandlinger mellom Kommisjonen, Rådet og EU-parlamentet.<sup>21</sup> Disse forhandlingene er uformelle og dokumenteres ikke.<sup>22</sup> Etter forhandlingene var artikkel 72 endret sammenlignet med Kommisjonens forslag. Dette får betydning for bruken av bestemmelsens forarbeider.

EU-domstolen har tradisjonelt ikke lagt særlig vekt på forarbeider ved tolkingen av direktiver. Bruken av forarbeider som rettskilde har imidlertid økt i senere tid.<sup>23</sup> Særlig to nyere saker illustrerer dette.

Sak C-628/13 «Lafonta» gjaldt forståelsen av vilkåret om «presise opplysninger» i direktiv 2003/124/EF om innsidehandel og markedsmanipulering. Spørsmålet var om det kreves at man må kunne fastslå at en opplysning vil påvirke kursen i en bestemt retning for at det skal være snakk om «presise opplysninger». EU-domstolen viser til direktivets forarbeider og bemerker at et slikt krav ble slettet under arbeidet med direktivet.<sup>24</sup> Dette begrunnet at vilkåret om «presise opplysninger» ikke kunne forstås slik at det skal kunne fastslås at opplysningen vil påvirke kursen i en bestemt retning.

Sak C-461/13 gjaldt forståelsen av begrepet «forringelse af tilstanden» i direktiv 2000/60/EF om fastsettelse av rammer for fellesskapets vannpolitikk. Også her ser EU-domstolen til utviklingen i forarbeidene.

---

<sup>19</sup> KOM(2011) 896 endelig

<sup>20</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012

<sup>21</sup> Se nederst på nettsiden til Hamer (2014) og pressemelding på nettsiden til Government of Ireland (2013)

<sup>22</sup> Om trilogforhandlinger se Craig og De Búrca, (2015) s. 131–132

<sup>23</sup> Se blant annet C-477/13 «Bayerischen Architektenkammer» avsnitt 33, C-628/13 «Lafonta» avsnitt 37 og C-461/13 «Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV» avsnitt 40. Dette er også påpekt av Arnesen og Stenvik, (2015) s. 37

<sup>24</sup> C-628/13 «Lafonta» avsnitt 37

Domstolen viser til at den første versjonen av bestemmelsen kunne forstås slik at vannforekomster med bedre tilstand enn «god tilstand» kunne forringes til denne kategorien. En endring initiert av EU-parlamentet gjorde det imidlertid mulig å skille mellom plikten til å oppnå «god tilstand» og plikten til å hindre forringelse.<sup>25</sup> Domstolen bruker dette til å fastslå at direktivet pålegger både en forebyggelses- og en forbedringsplikt.

I begge sakene benytter EU-domstolen utviklingen i bestemmelsen tilblivelse for å begrunne at innholdet ikke kan forstås som i det opprinnelige forslaget.

Fenger er av den oppfatning at den «almindelige antagelse [om] at forarbejder ikke tillægges vægt ved EU-domstolens fortolkning af EU-regler [...] ikke længere er korrekt».<sup>26</sup> Med eksempler fra EU-domstolens praksis viser han at Kommisjonens forslag til bestemmelser og arbeidsgruppers dokumenter, skriftlige bemerkninger fra Europaparlamentet og dets fagutvalg og Rådets reaksjoner har spilt en betydelig rolle i EU-domstolens nyere avgjørelser.<sup>27</sup>

Direktivets fortale kan også ha en viss betydning. Domstolen har imidlertid understreket at denne ikke er rettslig bindende.<sup>28</sup>

Selv om det knytter seg usikkerhet til vekten av disse kildene, er det som fremhevet av Arnesen «liten grunn til å vektlegge [disse trekkene ved EU-domstolens rettskildebruk] i en rettsvitenskapelig avhandling når det knytter seg liten eller ingen rettspraksis til de bestemmelser som behandles».<sup>29</sup> På grunn av direktivbestemmelsens tilblivelse, og at den er helt ny, er rettspraksis tilknyttet bestemmelsen fraværende. Forarbeider og relevante deler av fortalen vil derfor bli brukt for å belyse innholdet av bestemmelsen, tross begrenset vekt og veiledning.

De norske anskaffelsesreglene gjennomfører EØS-reglene for anskaffelser som overstiger terskelverdiene i direktivet. I tillegg inneholder det

---

<sup>25</sup> C-461/13 «Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV» avsnitt 40

<sup>26</sup> Fenger, (2014) s. 293

<sup>27</sup> Fenger, (2014) s. 294–296

<sup>28</sup> C-7/11 «Caronna» avsnitt 40

<sup>29</sup> Arnesen, (1996) side 31

norske regelverket nasjonale regler som gjelder for anskaffelser med lavere verdi enn EU-tersklene. Dette gjøres i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Etter presumsjonsprinsippet skal bestemmelser gitt av norske myndigheter tolkes slik at de reglene de gir grunnlag for samsvarer med våre folkerettslige forpliktelser.<sup>30</sup> I henhold til EØS-avtalen plikter Norge å ta nødvendige skritt for å sikre at relevante rettsakter fra EU blir gjennomført i norsk rett.<sup>31</sup> Dette, og det at reglene om tillatte endringer er basert på praksis fra EU-domstolen, er grunnen til at avhandlingen retter fokuset mot direktivbestemmelsen.

Det finnes ikke norsk domstolpraksis om problemstillingen. Det foreligger en del avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Nemndas uttalelser er bare rådgivende og den rettskildemesige vekten er begrenset til argumentasjonsverdien. Likevel må det tas i betraktning at KOFA behandler et stort antall saker hvert år og har, i mangel av annen praksis, hatt en sentral rolle i rettsutviklingen.<sup>32</sup> Avgjørelser fra KOFA har likevel begrenset betydning for forståelsen av direktivet. Siden direktivbestemmelsen bygger på den ulovfestede læren vil imidlertid KOFA-avgjørelser som antas å samsvare med EU-domstolens praksis kunne belyse innholdet i direktivbestemmelsen. KOFA-avgjørelser hvor denne antagelsen ikke slår til, er begrenset til å fungere som eksempel på faktiske situasjoner som kan oppstå. Avgjørende i denne sammenheng vil være om saken omhandler en anskaffelse som overstiger EU-terskelverdiene, og om KOFA benytter uttalelser fra EU-domstolen som rettslig grunnlag. Med samme begrunnelse som for EU-rettslige forarbeider, vil jeg benytte KOFA-praksis for å demonstrere hvordan endringsreglene er forstått i praksis.

---

<sup>30</sup> Nærmere om presumsjonsprinsippet innhold og betydning, se Arnesen og Stenvik, (2015) s. 20

<sup>31</sup> EØS-avtalen artikkel 102 og 104

<sup>32</sup> Dragsten, (2013) s. 54

Praksis fra danske Klagenævnet for Udbud vil bli noe brukt i avhandlingen. Disse vil ha betydning i kraft av sin argumentasjonsverdi. Det finnes også norske dommer hvor de blir ansett som relevante i seg selv.<sup>33</sup>

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) har gitt ut en veileder for offentlige anskaffelser. Dette har også den danske Konkurrence- og forbrugerstyrelsen gjort. Der disse inneholder uttalelser av relevans for forståelsen av direktivbestemmelsen vil disse bli brukt. Vekten av disse er begrenset til argumentasjonsverdien.

### 1.3 Den videre fremstilling

Artikkel 72 er delt inn i ulike bestemmelser som hver for seg gir adgang til å foreta endringer. Det følger av artikkelens nr. 1 og nr. 5 at endringer må falle inn under en av disse bestemmelsene for å være tillatt. Fremstillingen følger strukturen i artikkel 72. Tilnærmingen er valgt fordi samspillet mellom de ulike endringsgrunnlagene da kommer rimelig klart frem. Fremstillingens rekkefølge følger også en praktisk tilnærming til endringsproblematikken.

Når oppdragsgiver skal vurdere om det er adgang til å foreta en endring, er det nærliggende å starte med å se om kontraktsforholdet åpner for endringen. Krav til endringsklausuler reguleres i artikkel 72 nr. 1 bokstav a. Spørsmål som reiser seg er hva som kreves av innhold i disse klausulene, og endringenes materielle yttergrenser. Dette behandles i kapittel 2. Siden dette er endringer oppdragsgiver må forutse i forkant av anbudsfasen omtaler jeg dette som forutsette endringer.

Foreligger ikke endringsklausuler som åpner for endringen, er det mest praktisk å undersøke om endringen faller inn under det jeg omtaler som uforutsette endringer. Slike endringer gir artikkel 72 nr. 1 bokstavene b og c en relativt vid adgang til å foreta. Dette behandler jeg i kapittel 3. Bokstav b gir anledning til å foreta nødvendige suppleringer når bytte av leverandør medfører visse utfordringer, og bokstav c åpner for

---

<sup>33</sup> Se Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 35 hvor Klagenævnet nevnes som en relevant rettskilde. Se også LB-2008-135286 om Klagenævnes relevans. I LB-2013-75034 fikk svensk underrettspraksis betydning for norsk konkurranserett på grunn av EU-rettenes stilling på rettsområdet. Det må antas at det samme er tilfelle for anskaffelsesretten.

endringer på bakgrunn av omstendigheter en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Disse reglene drøftes i henholdsvis punkt 3.2 og 3.3. Sentrale spørsmål er hvor tålegrensen for leverandørbytte ligger, og hva en aktsom oppdragsgiver kan ventes å forutse. Bestemmelsene som behandles i kapittel 2 og 3 må antas å bli praktisk viktige. Som vi skal se er reguleringene egnet til å gi oppdragsgiver nødvendig fleksibilitet, uten at dette går på bekostning av de motstående hensyn. Endringer oppdragsgiver forventes å forutse kan inntas i endringsklausuler. Samtidig foreligger en vid adgang til å tilpasse kontrakten uforutsette omstendigheter. Et viktig spørsmål blir dermed hva det er rimelig å forvente at oppdragsgiver forutser.

En annen praktisk viktig bestemmelse er artikkel 72 nr. 2 som gir oppdragsgiver anledning til å foreta mindre og mer hverdagslige endringer uten å foreta nærmere vurderinger. Dette gjelder endringer som faller under angitte verdigrenser. Spørsmål knyttet til disse verdigrensene behandles i kapittel 4.

I alle tilfeller gir artikkel 72 nr. 1 bokstav e adgang til å foreta endringer som ikke er vesentlige. Denne regelen tar jeg for meg i kapittel 5. Ikke-vesentlige endringer må ikke forveksles med «mindre endringer» i kapittel 4. Regelen som er omhandlet i kapittel 4 gjelder endringer som tillates uten noen nærmere vurdering. Kapittel 5 dreier seg om hva som gjenstår av den ulovfestede vesentlighetsvurderingen i direktivets nyregulering. I kapittel 6 rundes avhandlingen av.

## 2 Forutsette endringer

### 2.1 Innledning

Direktivets fortale påpeker i avsnitt 111 at oppdragsgiver bør ha anledning til å gi seg selv fleksibilitet i kontraktgjennomførelsen. Direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav a åpner derfor for å foreta endringer i henhold til endringsklausuler inntatt i anbudsdokumentene. Når endringsmuligheten fremgår av anbudsdokumentene skapes forutberegnelighet for tilbyderne. Tilbyderne har da like muligheter til å ta potensielle endringer i betraktning når de utformer tilbudene sine.<sup>34</sup> Kravet til likebehandling blir dermed ivaretatt og risikoen for diskriminering på tvers av landegrensene reduseres. Endringer som foretas i henhold til kjente endringsbestemmelser er derfor mindre problematiske sett fra et anskaffelsesperspektiv.

EU-domstolen har også gitt uttrykk for at det er en videre endringsadgang når endringsmuligheten fremgår av endringsklausuler. Sak C-496/99 «Succhi di Frutta» gjaldt et vedtak fra Kommisjonen om at det skulle leveres visse landbruksvarer til Georgia, Armenia, Aserbajdsjan, Kirgisistan og Tadsjikistan. Leverandørene skulle velges på bakgrunn av lisitasjon (anbud). I lisitasjonskunngjøringen var det opplyst at betaling for leveransene skulle skje i form av epler fra EUs intervensjonslagre. Etter at leverandøren var valgt og avtale inngått, viste det seg at lagrene ikke inneholdt nok epler. Kommisjonen besluttet derfor at betalingen i stedet skulle skje i form av fersken. På bakgrunn av dette gikk CAS Succhi di Frutta til sak mot Kommisjonen. CAS Succhi de Frutta anførte blant annet at endringen var i strid med likebehandlingsprinsippet og gjenomsiktighetsprinsippet. EU-domstolen gir i avgjørelsen uttrykk for at endringen kunne gjennomføres hvis muligheten fremgikk av anbudsdokumentene.

---

<sup>34</sup> Dette fremheves som noe av innholdet i kravet til likebehandling i C-496/99 «Succhi di Frutta» avsnitt 110. Se også Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 58

Begrunnelsen for å tillate endringer når endringsmuligheten fremgår av anbudsdokumentene, forutsetter at endringsklausulenes utforming oppfyller visse krav. Dette kommer blant annet frem i Sak C-340/02 «Kommissjonen mot Frankrike». Saken omhandlet rehabilitering av et renseanlegg i Chauvinière. Prosjektet var planlagt i flere faser. Første fase innebar undersøkelse av muligheten for å få renseanlegget til å oppfylle de europeiske miljønormer. Andre fase innebar å yte bistand i forbindelse med utarbeidelse av anbudsgrunnlag, konsekvensundersøkelse og vurdering av tilbydere. Tredje fase var utforming og utførelse av arbeidet.<sup>35</sup> I kunngjøringen knyttet til den første fasen av prosjektet var det opplyst at vinneren kunne anmodes om å bistå i forbindelse med prosjektets fase to, noe som også ble gjort. Frankrike gjorde gjeldende at tildelingen av fase 2 til vinner av fase 1 var tillatt så lenge muligheten fremgikk av anbudsdokumentene til fase 1. Til dette uttalte EU-domstolen at «den blotte mulighet for» at kontrakten for fase 2 kunne tildeles på grunnlag av kriterier som følger av anbudsdokumentene til fase 1, ikke kunne sidestilles med inngåelse av kontrakt i henhold til anskaffelsesreglene.<sup>36</sup>

Fortalens avsnitt 111 presiserer at slike klausuler «ikke må give [oppdragsgiver] ubegrenset spillerum». Av denne grunn må direktivet angi «i hvilken udstrækning der kan gives mulighed for ændringer i den oprindelige kontrakt.» Disse grensene er fastsatt i direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav a. Begrensningene er gitt i form av krav til innhold og utforming av endringsklausulene, og setter materielle grenser for hva endringene kan gå ut på.

## 2.2 Form- og innholdskrav

### 2.2.1 Innledning

Artikkel 72 nr. 1 bokstav a åpner for å foreta endringer hvis disse er fastsatt i «de oprindelige udbudsdokumenter» i «klare, præcise og entydige» endringsbestemmelser. EU-domstolen har stilt tilsvarende krav til

<sup>35</sup> C-340/02 «Kommissjonen v Frankrike» avsnitt 8

<sup>36</sup> C-340/02 «Kommissjonen v Frankrike» avsnitt 33–36

endringsbestemmelser. I sak C-496/99 «Succhi di Frutta» uttaler EU-domstolen at kravet til gjennomsiktighet innebærer at «alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydige i licitasjonsbekendtgørelsen eller i kontrakt-materialet». Dette må også gjelde opplysninger om eventuelle endringsmuligheter.<sup>37</sup> Formålet med kravet er at det skal være mulig for «sædvanlig påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måte».<sup>38</sup>

I teorien er det antatt at dette ulovfestede kravet til klare, presise og utvetydige formuleringer innebærer at endringsbestemmelsen må inneholde når og hvordan en endring kan finne sted. I tillegg må endringsbestemmelsene være utformet på en slik måte at forhandlingsbehovet reduseres. Man kan se det slik at endringer som blir foretatt i henhold til bestemmelser som oppfyller disse kravene, ikke er en endring *av* kontrakten, men en endring *i henhold til* kontrakten.<sup>39</sup>

Artikkel 72 nr. 1 bokstav a bestemmer at endringsklausuler må fastsette «omfanget og arten av eventuelle ændringer eller ændringsmuligheter samt betingelserne for deres anvendelse.» Sett i lys av «klarhetskravet» må dette fremgå på en slik måte at alminnelig oppgående tilbydere kan forstå klausulenes nøyaktige rekkevidde og tolke innholdet på samme måte.

Kravet innebærer at oppdragsgiver ikke kan gi seg selv fritt spillerom ved å innta helt åpne endringsbestemmelser i anbudsdokumentene.

## 2.2.2 Art og omfang

### 2.2.2.1 Art

Endringsbestemmelsen må angi arten og omfanget av potensielle endringer. Kravet om angivelse av endringens art innebærer at klausulene må inneholde hva eventuelle endringer kan bestå i. Dette kan være tilleggsytelser av typen «mer av det samme», at utførelsen eller krav til

---

<sup>37</sup> Se Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 58

<sup>38</sup> C-496/99 «Succhi di Frutta» avsnitt 111

<sup>39</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 221



kvalitet endres, at prisen justeres, at tidsfristene flyttes eller endring av andre kontraktsvilkår om for eksempel risikofordeling eller krav til finansiering. Art og omfang må angis på en slik måte at normalt oppgående tilbydere vil tolke angivelsen på samme måte, og dermed oppnå lik forståelse av hva endringen nøyaktig kan gå ut på.

Kvantitative endringer av ytelsen, altså bestilling av tilleggsytelser av samme art som anskaffelsen består i, kan blant annet gjøres som opsjoner. Både det gamle og nye direktivet åpner for bruk av opsjoner. Dette kommer til syne ved at begge direktivene fastsetter at man skal ta med eventuelle opsjoner i beregningen av anskaffelsens verdi.<sup>40</sup> Opsjoner nevnes også i 2014-direktivets fortale avsnitt 111.

En opsjon er en rett til tilleggsytelser på vilkår som er fastsatt i forbindelse med anbudsprosedyren. Leverandøren har en tilsvarende plikt til å selge på de fastsatte vilkår.<sup>41</sup> Oppdragsgiver har *anledning* til å vektlegge prisene på eventuelle opsjoner i evalueringen av tilbud. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke *plikter* å vektlegge opsjonsprisen i evalueringen hvis han vurderer det som usikkert hvorvidt opsjonen vil utløses. Hvis det er relativt klart at oppdragsgiver ikke vil benytte seg av opsjonen, vil en slik plikt medføre at oppdragsgiver må vektlegge moment som er irrelevante for anskaffelsen. I denne vurderingen er oppdragsgiver gitt et vidt skjønn.<sup>42</sup> I de tilfeller konkurransegrunnlagets utforming gir grunn til å anta at opsjonspriser vil bli tillagt vekt, tilsier likevel kravet til forutberegnelighet og likebehandling at det foreligger en plikt til å vektlegge opsjonsprisene.<sup>43</sup>

For at oppdragsgiver skal ha anledning til å vektlegge opsjonene, må tilbyderne prise disse i sine tilbud. Dette forutsetter at opsjonen er beskrevet i slik detaljgrad at tilbyderne har nok informasjon til å prissette den. Så lenge arbeider som følger av opsjonen er beskrevet slik at tilbyder er i stand til å prise arbeidet, og opsjonene er priset i de innkomne tilbud,

<sup>40</sup> Se Dirketiv 2004/18/EF artikkel 9 første ledd og Direktiv 2014/24/EU artikkel 5 første ledd

<sup>41</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 224. Dette gjelder også i entreprisesammenheng, se Nordtvedt mfl., (2013) s. 450

<sup>42</sup> 2009/220 «NOVA»

<sup>43</sup> Se for eksempel 2005/308 «Agder Naturmuseum v/ Kristiansand kommune»

må dette sies å oppfylle kravene direktivet stiller til angivelse av art, omfang og vilkår (mer om de to siste kravene nedenfor).

I slike tilfeller fremgår det konkrete endringsarbeidet av anbuds-dokumentene. Siden prisen er fastsatt på forhånd er det ikke anledning til å forhandle om denne i ettertid. I de tilfeller oppdragsgiver har vektlagt opsjonsprisen ved evalueringen av tilbud, vil opsjonsarbeidene også ha vært konkurranseutsatt på lik linje med hovedanskaffelsen. Tilbydere får dermed like muligheter i utformingen av sine tilbud. Det er også mulig å etterprøve om opsjonene er gjennomført som forutsatt i anbudsprosedyren. Hensynene bak reguleringen av tillatte endringer er dermed ivarettatt.

Endringer av ytelsen kan også gjøres ved endringsbestemmelser. For rene tilleggsytelser vil selve arbeidet allerede være beskrevet i anbuds-dokumentene. I slike tilfeller vil det antagelig være tilstrekkelig å vise til hvilken del av ytelsen det skal være mulig å bestille mer av. For eksempel kan det i kontrakten åpnes for å bestille x antall gjerdemeter i tillegg til det som er bestilt.

Både NS-kontraktene og NF/NTK formulerer arten av mulige endringer som en oppramsing av hva endringen kan bestå i.<sup>44</sup> Av bestemmelsene fremgår at oppdragsgiver kan pålegge endringer om ytelsens omfang (økning og reduksjon), utførelse, kvalitet eller art. NF og NTK gir i tillegg anledning til å endre fremdriftsplanen. Dette gir inntrykk av at oppdragsgiver i prinsippet kan pålegge endringer av hva som helst, og at han dermed har gitt seg selv et «ubegrenset spillerum» som fortalens avsnitt 111 nettopp påpeker at oppdragsgiver ikke skal ha.

Dette modifieres noe av endringsbestemmelsenes egne begrensninger. Etter NF/NTK kan oppdragsgiver ikke pålegge endringer som «samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da kontrakten ble inngått».<sup>45</sup> Denne formuleringen kommer jeg tilbake til nedenfor i dette punktet.

Når det gjelder NS-kontraktene må endringer «stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art enn

---

<sup>44</sup> Se for eksempel NS 8407 punkt 31.1 annet ledd, eller NF 07 punkt 12.1 annet ledd

<sup>45</sup> NF 07 punk 12.1 tredje ledd

det opprinnelige avtalte arbeidet».<sup>46</sup> Hvorvidt endringen står i sammenheng med det kontrakten omfatter, må vurderes med utgangspunkt i det opprinnelige kontraktarbeidet.<sup>47</sup> Ordlyden tilsier at endringen må ha en form for tilknytning til det opprinnelige arbeidet. Vurderingen vil dreie seg om endringen står i tilstrekkelig saklig sammenheng med kontraktarbeidet med kontraktens formål og objekt som ramme for omfanget av endringen.<sup>48</sup>

Endringen kan heller ikke være av «vesentlig annen art enn det opprinnelige arbeidet». Også her må vurderingen gjøres med utgangspunkt i den opprinnelige kontrakten. Avgjørende er om endringsarbeidet avviker vesentlig fra det opprinnelige arbeidets karakter.<sup>49</sup> En retningslinje for vurderingen er om endringsarbeidet ligger innenfor entreprenørens faglige kompetanse, eller hva han normalt påtar seg av oppdrag. Siden vurderingen skal ta utgangspunkt i kontrakten, er dette ikke avgjørende. Om entreprenøren har påtatt seg arbeid som han vanligvis ikke utfører, eller som han har forutsatt å bruke underentreprenører til fordi det ligger utenfor hans yrkeskompetanse, må en endring også kunne gå ut på denne type arbeid.<sup>50</sup>

Spørsmålet er imidlertid om arten er fastsatt på en klar, presis og entydig måte. Formuleringene «stå i sammenheng med det kontrakten omfatter» og «ikke være av vesentlig annen art», er hverken presise eller entydige i sin ordlyd. Argumentet for at disse formuleringene likevel skal godtas er at «klarhetskravet» relaterer seg til normalt oppegående tilbydere, og at hva som kreves av denne gruppen må ses i relasjon til yrkesgruppen disse er en del av. Dette kommer frem i generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-19/00 «SIAC». Generaladvokaten er i forslaget inne på at man ikke bare må ta ordlyden i betraktning når man vurderer «klarhetskravet», men også hvordan typiske klausuler blir

---

<sup>46</sup> Se NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd

<sup>47</sup> Nordtvedt mfl., (2013) s. 448

<sup>48</sup> Nordtvedt mfl., (2013) s. 448 og Barbo, (1997) s. 67

<sup>49</sup> Nordtvedt mfl., (2013) s. 448

<sup>50</sup> Hagstrøm og Bruslerud, (2014) s. 283

forstått av de som har erfaring med de aktuelle klausulene.<sup>51</sup> Bestemmelsene i NS-standardene er hyppig brukt innad i bygge- og anleggsbransjen i Norge. I tillegg finnes omfattende litteratur, inkludert kommentarutgaver, og en stadig rikere praksis om forståelsen av endringsbestemmelsene. Man kan riktig nok lure på om grunnen til at det foreligger så mye litteratur og praksis, nettopp er fordi bestemmelsen er uklar.

Danske AB 92 § 14 første ledd inneholder en lignende formulering. I henhold til denne har byggherren rett til å forlange endringer av arbeidets art og omfang så lenge endringen «har naturlig sammenheng med de aftalte ydelser». Hartlev og Liljenbøl og Berg mener at denne formuleringen ikke oppfyller direktivets «klarhetskrav». <sup>52</sup> Det må antas at heller ikke de norske standardene oppfyller klarhetskravet.

Dette kan stille seg annerledes hvis kontrakten benytter enhetspriser.<sup>53</sup> Enhetspriser kan utfylle den generelle klausulen ved at mulige endringer begrenses til arbeid som kan prises ved hjelp av enhetsprisene. Arbeidene vil da være beskrevet på en måte som tilfredsstillende innholdskravene som gjelder for kunngjøring og konkurransegrunnlag. En endringsbestemmelse som er utformet ved at den fastsetter at det kan bestilles tilleggsarbeider det foreligger enhetspriser for, har store likhetstrekk med opsjoner. Det som er skrevet over om opsjoner vil langt på vei gjelde også for slike endringsbestemmelser.

#### 2.2.2.2 Omfang

Klausulene må også angi omfanget av mulige endringer. Dette kan gjøres ved å sette en verdigranse for hvor store endringene kan være. Denne metoden benyttes i direktivbestemmelsene som angir omfangsbegrensninger. Det må imidlertid antas at også endringsklausuler som fastsetter omfanget med henvisning til selve ytelsen er i tråd med direktivets krav. For eksempel ved å la det fremgå av anbudsdokumentene at en veikontrakt kan endres til å omfatte x antall kilometer vei utover det som følger av kontrakten.

---

<sup>51</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-19/00 avsnitt 50–51

<sup>52</sup> Se Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 226 og Berg, (2012) s. 828–829

<sup>53</sup> I denne retning Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 226

Omfanget av endringsmuligheten i NF/NTK er begrenset ved formuleringen «Selskapet har likevel ikke rett til å foreskrive endringsarbeider som samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da kontrakten ble inngått».<sup>54</sup> Bestemmelsen gir anvisning på en skjønsmessig vurdering på bakgrunn av hva som objektivt kan sies å være partenes felles forståelse av endringsadgangen på tidspunkt for avtaleinngåelsen.<sup>55</sup>

Momenter som er relevante i vurderingen er kontraktens kompleksitet og varighet. I tillegg kan bransjepraksis bidra til vurderingen.<sup>56</sup> Er det gjennomført en prekvalifiseringsprosess kan informasjonen som kommer frem i denne gi forventninger om hvor store endringer leverandøren vil kunne tåle.<sup>57</sup> Fastsatte rater som benyttes for å justere vederlaget for endringer vil kunne si noe om hva slags endringer som forventes. I tillegg vil hvilket stadium i kontraktgjennomføringen endringen kommer på kunne spille inn.<sup>58</sup>

En omfangsbegrensning som baserer seg på en så omfattende vurdering oppfyller ikke klarhetskravet i artikkel 72 nr. 1 bokstav a.

En annen sak er hvorvidt formuleringen gir noe i det hele tatt for offentlige anskaffelser. Siden begge parter vil være klar over at det er snakk om en offentlig anskaffelse, og at reglene om endringsadgang i direktivet kommer til anvendelse, vil partene med rimelighet kunne regne med at endringene ikke kan gå utover det direktivbestemmelsen tilsier. Så lenge det ikke er inntatt andre endringsbestemmelser i kontrakten, synes dette å innebære at endringsadgangen i direktivet vil være bestemmende for hvilke endringer som kan foretas. Dette er tilfelle også uten bestemmelsen. Bestemmelsen vil dermed utelukkende fungere som endringshjæmme mellom partene, og ikke gi oppdragsgiver en utvidet endringsadgang etter artikkel 72 nr. 1 bokstav a.

---

<sup>54</sup> NF 07 punkt 12.1 tredje ledd

<sup>55</sup> Kaasen, (2006) s. 337

<sup>56</sup> Kaasen, (2006) s. 336

<sup>57</sup> Tapper, (1983) s. 137

<sup>58</sup> Kaasen, (2006) s. 336

Et eksempel på en omfangsbegrensning som oppfyller kravene, er omfangsbegrensningen i NS-kontraktene. Ifølge for eksempel NS 8407 punkt 31.1 annet ledd, kan endringer ikke gå ut over 15 % netto tillegg til kontraktssum. Det kan avtales en annen grense, men så lenge dette også gjøres ved å fastsette en prosentandel av kontraktssum, må dette sies å være klart og konkret nok til å tilfredsstille klarhetskravet.

## **2.2.3 Vilkår for endringsmulighetenes anvendelse**

### **2.2.3.1 Innledning**

Klausulene skal fastsette «betingelserne for deres anvendelse». Dette må angis på en klar, presis og utvetydig måte. «Betingelserne for deres anvendelse» kan forstås på to måter. For det første kan det innebære krav om at bestemmelsen skal angi situasjonsbetingelsene som må foreligge for å benytte seg av endringsklausulen. Dette er kanskje den mest ordlydsnære forståelsen. For det andre kan det forstås som et krav om at virkningene av eventuelle endringer skal angis.

### **2.2.3.2 Angivelse av situasjonsbetingelser**

Ordlyden tilsier at situasjonsbetingelsene må angis. Denne forståelsen støttes av at eksemplene i fortalens avsnitt 111 viser til situasjoner hvor det foreligger et endringsbehov. Eksemplene er teknologiske endringer som fører til at anskaffet kommunikasjonsutstyr ikke lenger er egnet, eller at det er oppstått tekniske vanskeligheter ved utførelsen av vedlikeholdsarbeid. Formuleringene gir ikke mye med tanke på endringsklausulenes konkrete utforming. Siden begge eksemplene er angivelser av *situasjoner* støtter dette likevel opp om at ordlyden innebærer at klausulene må angi vilkår for *når* endringsklausulen kan tas i bruk. Eksemplene i fortalen kan riktignok også ses på som rene eksemplifiseringer av hvorfor det kan være behov for å benytte seg av endringsklausuler.

Uttalelsen i fortalens avsnitt 111 om at bruk av endringsklausuler ikke må gi oppdragsgiver ubegrenset spillerom, kan ses på som et krav om begrensning av oppdragsgivers diskresjon når det gjelder kontrakt-

endringer. EU-domstolen anser myndigheters diskresjon som en potensiell restriksjon på de fire friheter. Som fremhevet av Eriksen har EU-domstolen «produced a set of requirements which specify under what conditions it may be acceptable – under EU law – to provide national administrative authorities with discretionary powers in the area of the four freedoms.»<sup>59</sup> Det kan derfor være nyttig å se til denne praksisen for å kaste lys over problemstillingen.

Ordninger som innebærer at tilgang til et marked eller utøvelse av en aktivitet avhenger av forvaltningens godkjenning, er ansett for å gjøre det mindre attraktivt for virksomheter å utøve aktiviteten.<sup>60</sup> Myndigheters frie skjønn i forbindelse med tildeling av tillatelser, utgjør på denne måten en begrensning av de fire friheter.

En avgjørelse som ble retningsgivende for begrensning av diskresjonær myndighetsutøvelse er C-205/99 «Analir». Saken omhandlet gyldigheten av Spanias regulering av maritim kabotasje mellom fastlandet og øyer. Kabotasje er innenlands transport av personer og varer hvor transportmiddelet er hjemhørende i et annet land enn det landet transporten skjer. For å sikre tilstrekkelig transport langs transportetappene, var retten til å yte transporttjenester avhengig av autorisasjon fra spanske myndigheter. EU-domstolen så ordningen som et passende middel for å sørge for tilstrekkelige transporttjenester. Ordningen kunne likevel ikke medføre at forvaltningens skjønnsutøvelse urettmessig innskrenket retten til fri flyt av varer og tjenester. For at en ordning som krever forutgående godkjenning fra forvaltningen skulle aksepteres, måtte tillatelsen bygge på «objektive kriterier, der ikke er uttrykk for forskjelsbehandling og på forhold kendt af de pågældende virksomheder, således at de lægger en ramme for de nationale myndigheders skønnsudøvelse, der dermed ikke bliver udtrykk for vilkårlighed». Dette innebar at det på forhånd skulle opplyses om arten og rekkevidden av forpliktelsene som pålegges ved den forutgående godkjenningen. Videre skulle enhver person som ble

---

<sup>59</sup> Eriksen, (2012) s. 57

<sup>60</sup> Sejersted mfl., (2011) s. 437

utsatt for et restriktivt tiltak ved denne løsningen ha tilgang til rettsmidler.<sup>61</sup>

I ettertid har EU-domstolen benyttet disse kravene til forvaltningens skjønnsutøvelse i forbindelse med forutgående tillatelse, i flere saker på flere ulike saksfelt.<sup>62</sup>

I anskaffessammenheng er den mest nærliggende sammenligningen selve oppdragstildelingen. Ved tildeling av oppdrag avgjør oppdragsgiver hvem som skal få adgang til markedet. Baseres tildelingen på oppdragsgivers diskresjon, oppstår samme problem som ved godkjenninger. Disse problemene unngås på grunn av anskaffelsesregelverket. Det er med samme begrunnelse EU-domstolen krever at anskaffelser som ikke overstiger terskelverdiene også konkurranseutsettes.<sup>63</sup>

Sammenligningen er ikke like iøyenfallende når det gjelder endringer i en allerede inngått kontrakt. Tilbyder er da allerede valgt ved å følge anskaffelsesreglene. Oppdragsgiver kan dermed ikke påvirke hvem endringen skal tilfalle. Det er dermed nærliggende å la hensyn som tilsier en adgang til å endre kontrakten gå foran. Dette taler mot at det skal stilles tilsvarende krav for å begrense åpne endringsklausuler.

Endringer til en allerede inngått kontrakt kan imidlertid også utgjøre en restriksjon. Noen kontraktendringer medfører at endringsarbeidet blir unndratt konkurranse og dermed det åpne marked. Dette gjelder for eksempel tilleggsbestillinger. En annen side er at noen endringer kan føre til at den opprinnelige anbudsrunder blir omgått. Dette vil blant annet gjelde prisendringer. Å gi adgang til slike endringer åpner for ordninger mellom oppdragsgiver og favoriserte tilbydere. Slike handlinger hindrer fri flyt av varer og tjenester. Dette tilsier at endringsklausuler ikke skal kunne formuleres slik at endringsmuligheten overlates til oppdragsgivers frie skjønn. Muligheten til å foreta endringer i henhold til endringsklausuler bør derfor bygge på objektive kriterier som er kjent på forhånd. Bruken av endringsadgangen må i tillegg være etterprøvbart.

---

<sup>61</sup> C-205/99 «Analir» avsnitt 36–38

<sup>62</sup> Eriksen, (2014) s. 286

<sup>63</sup> Se Eriksen, (2012) s. 84–85 om C-324/98 «Telaustria» avsnitt 60–62



Kommisjonens kommentarer til bestemmelsen gir inntrykk av at dette har vært EU-lovgivers hensikt. Her nevnes som eksempel muligheten til å innlemme en ekstra etappe av et prosjekt i flere etapper, gitt at den opprinnelige etappen oppnår spesifiserte krav. Et annet eksempel er muligheten til å forlenge en kontrakt hvis man får en spesifisert sum som tilleggsfinansiering.<sup>64</sup> Eksempelene har det til felles at det kun er situasjonsbetingelsene som angis.

Det fremgår av samme dokument at bestemmelsen bygger på «the same logic that was the basis of» artikkel 31 fjerde ledd bokstav b i direktiv 2004/18/EF om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige varekontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter.<sup>65</sup> Denne bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan bestille tilleggsytelser fra leverandøren som vant anbudskonkurransen ved å benytte prosedyren forhandling med konkurranse uten forutgående kunngjøring.<sup>66</sup> Det spesielle med denne bestemmelsen er at den ikke stiller noen krav til at endringsbehovet har oppstått på grunn av forhold byggherren ikke har kontroll over.<sup>67</sup> Vilklårene er at det er snakk om tilleggsytelser av samme art og tilknyttet samme prosjekt som den opprinnelige anbudskonkurransen.<sup>68</sup> Virkningene av at vilklårene er oppfylt er at det kan benyttes konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Siden det er et vilkår at tilleggsarbeidene tildeles vinneren av den opprinnelige anbudsprosedyre vil konkurranse delen i konkurranse med forhandling imidlertid bli forsvinnende liten. Dette vil i praksis innebære at oppdragsgiver kan foreta gjeldende anskaffelse som en direkteanskaffelse. Det er videre forutsatt at det skal forhandles om vilklårene for tilleggsarbeidet.<sup>69</sup>

Både eksempel og henvisningen til artikkel 31 fjerde ledd bokstav b viser at fokuset ligger på hva som skal til for at endringsklausulen kan

<sup>64</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 19

<sup>65</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 19

<sup>66</sup> Brun mfl., (2013) s. 536–537

<sup>67</sup> Steinicke og Groesmeyer, (2008) s. 883

<sup>68</sup> Poulsen mfl., (2011) s. 350

<sup>69</sup> Dragsten, (2013) s. 309

benyttes. Virkningene av eventuelle endringer nevnes ikke. Dette taler for at situasjonsbetingelsene må angis for å tilfredsstillе vilkåret om å angi «betingelserne for deres anvendelse».

Et slikt synspunkt har støtte i EU-domstolens praksis. Sak C-496/99 «*Succhi di Frutta*» gir generelle føringer på utformingen av endringsklausuler. I avgjørelsens avsnitt 118 uttaler EU-domstolen at oppdragsgiver, når den av presise grunner ønsker å endre visse kontraktsvilkår etter at tilbyder er valgt, plikter å «udtrykkelig fastsætte denne mulighet for tilpasning *samt reglerne for dens anvendelse*»(uthevet her) i kunnngjøringen. I avsnitt 126 uttaler EU-domstolen at Kommisjonen i kunnngjøringen kunne ha fastsatt «en mulighet for under bestemte omstændigheder» å endre betalingsvilkårene.

EU-domstolen stiller altså krav til at omstendighetene som utløser endringsmuligheten må fremgå av konkurransegrunnlaget.

Veilederen utgitt av danske Konkurrence- og forbrugerstyrelsen forstår reguleringen i artikkel 72 på samme måte. Veilederen påpeker at en endringsklausul ikke må medføre tvil om i hvilke situasjoner den kan anvendes. En endringsklausul må ifølge veilederen inneholde hvilke type endringer som kan foretas, endringenes forventede rekkevidde, når endringene kan foretas og hvordan endringene skal implementeres.<sup>70</sup>

På bakgrunn av dette må endringsbestemmelser angi vilkår for hva som skal til for å benytte seg av endringsadgangen for å oppfylle direktivets krav.

### 2.2.3.3 Angivelse av virkninger

Angivelse av situasjonsbetingelser reduserer risikoen for restriksjoner på vare- og tjenestebytte. Muligheten til å foreta endringer som virker konkurransevridende, og som er egnet til å omgå hensikten med anbudsprosedyrene, vil imidlertid fremdeles være der.

Ta for eksempel en kontrakt om oppføring av 20 omsorgsboliger som, så lenge vilkårene som utløser endringsmuligheten foreligger, kan endres til å omfatte ytterligere 5 boliger. Vilrårene som gjelder for de fem ekstra

---

<sup>70</sup> Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, (2016) s. 250

boligene, slik som tidsfrister, krav til utførelse og pris, vil etter dette kunne fastsettes med et innhold som overhodet ikke samsvarer med de som gjelder for de opprinnelige 20. Arbeidet på de fem ekstra boligene kan for eksempel ende opp med en pris langt høyere enn tilsvarende arbeid på de 20 opprinnelige. En slik løsning øker risikoen for ulik behandling av potensielle tilbudsgivere. Løsningen vil også kunne føre til ineffektiv bruk av samfunnets ressurser ved at vilkårene for endringsarbeidet ikke er forretningsmessig fornuftige.

Det er derfor grunn til å se om ikke også virkningene av mulige endringer må angis.

Ordlyden i artikkel 72 nr. 1 bokstav a er ikke like klar når det gjelder hvorvidt det også kreves at virkningssiden angis i klausulen. Det kan likevel ikke sies at ordlyden utelukker en slik tolking. Vilkår som angir hvordan endringen skal gjennomføres, kan også være betingelser for å anvende endringsmuligheten. Ordlyden i anskaffelsesforskriften § 19-1 annet ledd trekker i retning av det er virkningene som må angis. I følge bestemmelsen skal det «fremgå klart hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår».

I avsnitt 126 i Sak C-496/99 «Succhi di Frutta» uttaler EU-domstolen at kunngjøringen måtte inneholde «under hvilke betingelser den frugt, der udtrykkelig er nævnt som betaling af de omhandlede leveringer, kan erstattes med anden frugt.» Dette kom i tillegg til kravet om å angi bestemte omstendigheter som utløste endringsmuligheten.

EU-domstolen fremhever altså både at det må foreligge bestemte omstendigheter, og at vilkårene for endringens gjennomføring skal fastsettes i endringsklausulen. Dette må forstås som et krav om at endringsbestemmelsen også angir virkningene. Denne løsningen samsvarer best med hensynene EU-domstolen trekker fram. Om virkningene ikke angis blir det vanskelig for forbigåtte tilbydere, eventuelt klageorgan eller domstol, å etterprøve at endringsmuligheten ikke er benyttet på en måte som virker konkurransevridende, eller er egnet til å forskjellsbehandle aktører fra ulike land.

Et krav om angivelse av virkninger har støtte i en samstemt juridisk teori. Hartlev og Liljenbøl skriver at kravet til gjennomsiktighet inne-

bærer at en endringsklausul må beskrive når og hvordan en endring kan finne sted. Dette er begrunnet med at endringsklausuler som forutsetter at partene skal forhandle om endringen, medfører en risiko for forskjellsbehandling.<sup>71</sup>

Uttalelsen gjelder den ulovfestede læren. De må derfor leses i lys av at det etter denne skal foretas en helhetsvurdering der flere momenter er relevante.<sup>72</sup> Den juridiske teorien som vises til her, omtaler imidlertid tilfeller hvor endringsklausulen etter forfatterens syn gjør det unødvendig i det hele tatt å vurdere vesentligheten. Siden dette også er utgangspunktet for direktivbestemmelsen kan disse oppfatningene bidra til å kaste lys over innholdet i denne.

I den danske veilederen påpekes at det objektivt må fastlegges «hvordan prisfastsettelsen af ændringerne sker». Veilederen fremhever at «[d]ette [ikke] innebærer [...] at ændringsmulighederne nødvendigvis skal være beskrevet på et niveau, som gør, at tilbudsgiveren kan give en fast pris. Men det skal være muligt for tilbudsgiverne at forudse, hvilke ændringer der kan ske, ligesom det skal være muligt at prissætte ændringerne på det tidspunkt, hvor ændringer foretages, uden at det overlades til parterne at forhandle om prisen».<sup>73</sup>

Bestemmelsens ordlyd og Kommisjonens kommentarer til bestemmelsen fører til en viss usikkerhet rundt spørsmålet. Etter mitt syn må konklusjonen likevel bli at også vilkårene for gjennomføringen av endringen i utgangspunktet må fremgå av endringsklausulen.

#### 2.2.3.4 Reguleringen i standardkontraktene

Spørsmålet er etter dette om standardkontraktenes endringsklausuler oppfyller direktivets krav på dette punkt.

Det vanlige er at standardkontraktene gir byggherren en temmelig ubegrenset rett til å pålegge endringer. For offshorekontraktene er for-

---

<sup>71</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 221. I denne retning også Berg, (2012) s. 829–830, Arrow-smith, (2014) s. 587, Fabricius, (2014) s. 590, Dragsten, (2013) s. 739 og Brun mfl., (2013) s. 157

<sup>72</sup> Hebly og Heijnsbroek, (2013) s. 172

<sup>73</sup> Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, (2016) s. 251

muleringen at selskapet har rett til å pålegge de endringer som etter selskapets oppfatning er ønskelige.<sup>74</sup> Ordlyden legger ingen begrensninger på muligheten til å benytte seg av endringsretten. Hvorvidt det skal foretas endringer beror på byggherrens eller selskapets diskresjon.<sup>75</sup> Dette tilsier at kravet til angivelse av «betingelserne for deres anvendelse» ikke er oppfylt.

Nyere KOFA-praksis trekker også i retning av at standardenes endringsbestemmelser ikke tilfredsstillende kravene. Denne praksis knytter seg riktignok til den ulovfestede læren, men som nevnt stilles det tilsvarende krav til endringsklausulers utforming også etter denne.<sup>76</sup>

Eldre KOFA-praksis gir uttrykk for at endringer som faller inn under standardenes endringsbestemmelser må godtas. I sak 2008/5 «Storfjord kommune» ble det uttalt at slike endringer «ikke kunne anses som nye oppdrag som må kunngjøres.»<sup>77</sup> Avgjørelsen er tatt til inntekt for at endringer i henhold til standardenes endringsbestemmelser ikke vil utgjøre en vesentlig endring.<sup>78</sup> Avgjørelsens vekt svekkes av at den gjaldt en anskaffelse som ikke oversteg EU-terskelen. Det er likevel antatt at den samsvarer med EU-domstolens praksis.<sup>79</sup>

KOFA har senere modifisert seg og uttalt at det vil være en *presumsjon* for at slike endringer inngår i den kunngjorte kontrakten, men at dette ikke er avgjørende for om endringen kan gjennomføres etter reglene om offentlige anskaffelser.<sup>80</sup>

I KOFA sak 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» går KOFA lenger. Den aktuelle anskaffelsen oversteg ikke EU-terskel, men KOFA baserte avgjørelsen på «pressetext». I denne avgjørelsen uttales at «Endringsklausulen i NS 8406 punkt 19.1 [...] nok etter omstendighetene [vil] stå i et spenningsforhold til anskaffelsesregelverket».<sup>81</sup> Uttalelsen kommer

<sup>74</sup> Se for eksempel NS 8407 punkt 31.1 første ledd og NF 07 punkt. 12.1 første ledd

<sup>75</sup> Se Arvesen mfl., (2014) s. 214 og Nordtvedt mfl., (2013) s. 443

<sup>76</sup> Dragsten, (2013) s. 739

<sup>77</sup> 2008/5 «Storfjord kommune» avsnitt 58–61

<sup>78</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 131

<sup>79</sup> Goller og Kreyberg, (2012) s. 43

<sup>80</sup> 2011/349 «Rogaland fylkeskommune v/ Statens vegvesen» avsnitt 31–32

<sup>81</sup> 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» avsnitt 60

etter at KOFA redegjør for at endringsklausuler må tilfredsstille kravene til gjennomsiktighet og likebehandling. Endringsklausulen ble ikke ansett for å være av betydning for avgjørelsen av saken, og flertallet gikk ikke inn på noen grundigere vurdering av endringsbestemmelsen. Uttalelsen gir likevel inntrykk av at standardenes endringsbestemmelser ikke ble ansett for å tilfredsstille utformingskravene.

Dette forsterkes av at mindretallet, som kom til at endringen ikke var vesentlig, baserte seg på at endringen kunne foretas uten ny kunngjøring på grunn av endringsbestemmelsen. Mindretallet viste til «pressetext», og uttalte at det må «godtas at kontrakten *«provide[s]»* for de aktuelle endringer i dette tilfellet». <sup>82</sup> Mindretallet «ville prinsipielt vike tilbake for å anse omforente standardvilkår innen BA-bransjen for å være potensielt konkurranseskadelige, slik «pressetext» krever for å anta regelbrudd». <sup>83</sup> Videre viste mindretallet til at lignende endringsbestemmelser finnes i flere standardkontrakter i både Norge, Danmark, Sverige og Finland, samt at det ville være lite samfunnsøkonomisk hensiktsmessig å ikke akseptere endringer som gjøres i henhold til disse. Til slutt forankret mindretallet synspunktet i tidligere KOFA-praksis, deriblant sak 2008/5 «Storfjord kommune».

Mindretallets argumentasjon har relevante poeng, men «entreperspektivet» gis antagelig litt for mye plass. Som det fremgår over vil en endringsmulighet som avhenger av oppdragsgivers frie skjønn fra et «EU-perspektiv» utgjøre en restriksjon av retten til fri flyt av varer og tjenester. Dette er ikke behandlet i mindretallets argumentasjon. Det er heller ikke tatt hensyn til modifikasjonen man finner i KOFA-praksis etter «Storfjord kommune».

Det må etter dette antagelig legges til grunn at endringsbestemmelsen i standardkontraktene ikke oppfyller kravene direktivet stiller til endringsklausuler. Dette innebærer imidlertid ikke at endringsbestemmelsen er irrelevant i avgjørelsen om en endring er vesentlig. Endringsbestemmelsen vil kunne påvirke vurderingen som skal foretas etter artikkel 72 nr. 4 jf. nr. 1 bokstav e. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 5.

---

<sup>82</sup> 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» avsnitt 75

<sup>83</sup> 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» avsnitt 77

NS 8407 punkt 14.4 er et eksempel på en bestemmelse som regulerer kontraktendringer og som antagelig oppfyller vilkårene. Etter denne bestemmelsen skal kontraktsgjenstanden være i samsvar med lover, forskrifter og offentlige vedtak. Skjer det forandringer i noen av disse forutsetter bestemmelsen at kontraktsgjenstanden endres og foreskriver at entreprenøren kan påberope dette som en endring etter kontraktens endringssystem. Bestemmelsen angir her konkrete hendelser, endring av lover og forskrifter, som initierer en endring av kontrakten.<sup>84</sup>

Selv om standardenes endringshjæmme ikke tilfredsstiller kravene i artikkel 72 nr. 1 bokstav a, er det grunn til å se om bestemmelsene om endrings virkninger tilfredsstiller kravene.

I standardkontraktene er det detaljerte bestemmelser for endrings konsekvenser. Utgangspunktet i NS-kontraktene er at entreprenøren skal komme med tilbud på vederlagsjustering på grunn av endringer.<sup>85</sup> En slik regel legger opp til frie forhandlinger mellom partene, og tilfredsstiller dermed ikke kravet om at vilkårene for gjennomføringen fremgår av endringsbestemmelsen.

NS 8407 punkt 34.3.1 angir derimot at vederlaget skal justeres i henhold til oppgitte enhetspriser der dette foreligger. I slike tilfeller vil altså vederlagsjusteringen skje på grunnlag av objektive kriterier fastsatt på forhånd. Er enhetsprisene i tillegg vektlagt i anbudskonkurransen er prisene allerede konkurranseutsatt. Det vil da ikke være fare for at endringen påvirker konkurranse resultatet. Endringsklausuler med dette innholdet vil dermed være innenfor direktivbestemmelsen.<sup>86</sup>

Det er ikke alltid mulig å fastsette enhetspriser på endringer. Dette avhenger av hva endringen består i og hvordan endringsmuligheten er beskrevet. For endringer hvor dette ikke er mulig kan endringsbestemmelsene angi føringer på hvordan man skal gå fram for å fastlegge endringens virkning. Angis fremgangsmåten på en tilstrekkelig klar måte, vil dette bidra til å begrense forhandlingsbehovet. I juridisk teori er «open book-prinsippet» foreslått som eksempel på hvordan man kan

<sup>84</sup> Se også Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 228

<sup>85</sup> NS 8407 punkt 34.2.1

<sup>86</sup> I denne retning Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 61 og Berg, (2012) s. 829–830

regulere forhandlingene. «Open book-prinsippet» innebærer at oppdragsgiver får fullt innsyn i tilbyders beregninger av enhetsprisene i tilbudslisten. Beregningen av vederlaget for endringsarbeid skal gjøres på lik måte som i det opprinnelige tilbudet.<sup>87</sup> På denne måten vil forhandlingsrommet begrenses, og man sørger for at prisnivået opprettholder samme konkurransedyktighet som i anbudsfasen. Dette gjør det mindre sannsynlig at resultatet av konkurransen påvirkes av endringsarbeidet. Det blir også mulig å ettergå hvordan prisen er beregnet, siden tilbyders beregningsmetode i anbudsfasen fungerer som «objektivt» kriterium for hvordan prisen på endring skal fastsettes.

Spørsmålet er om også NS 8407 punkt 34.3.2 er i samsvar med direktivet. Bestemmelsen regulerer tilfeller der det ikke foreligger anvendbare enhetspriser. I slike tilfeller skal justerte enhetspriser benyttes der ytelsen i det vesentlige er likeartet med ytelsene enhetsprisene er fastsatt for. Siden enhetsprisene for lignende arbeid skal være utgangspunktet for vederlagsjusteringen, vil forhandlingsrommet være begrenset. Det fremgår imidlertid ikke klart hvordan justeringen skal foretas. Hva justeringen skal bestå i må fastsettes ved forhandlinger mellom partene. Det er altså ikke noen garanti for at de endelige prisene er like konkurransedyktige som de i det opprinnelige anbudet. Det er heller ingen måte å etterprøve fastsettelsen av prisene på. Dette er antagelig bakgrunnen til at Hartlev og Liljenbøl mener at slike bestemmelser ikke medfører at endringen kan foretas uten en vesentlighetsvurdering.<sup>88</sup> En løsning kan være å ta inn i bestemmelsen hvordan beregningen skal foretas, slik at den minner mer om «open book-klausuler». Det kan imidlertid argumenteres for at direktivet åpner for forhandlinger i visse tilfeller. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Siste utvei i NS 8407 er at endringsarbeidet utføres som regningsarbeid etter punkt 30. Dette skal etter punkt 34.4 gjøres om det ikke foreligger anvendbare enhetspriser. Regningsarbeid innebærer etter punkt 30.1 at entreprenøren skal ha dekket nødvendige kostnader med å utføre arbeid-

---

<sup>87</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 228. Der er det også et fulltekst-eksempel på en slik klausul

<sup>88</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 227



det pluss et påslag til dekning av indirekte kostander, risiko og fortjeneste. En slik bestemmelse angir hvordan endringen skal gjennomføres, men setter ikke noen begrensning på hvor stor endringen kan være. Dette skal imidlertid angis i endringsbestemmelsen for å tilfredsstille direktivets krav. Er klausulen utformet slik at endringenes art angis klart, og at omfanget presist fremgår i form av arbeidstimer eller kostnadstak, vil det antagelig være tilstrekkelig å vise til at prisen beregnes som regningsarbeid. Dette forutsetter imidlertid at påslaget er angitt i anbudet, og at det er mulig å etterprøve grunnlaget for de nødvendige kostnadene. På denne måten begrenses forhandlingsrommet, og beregningsgrunnlaget fastsettes på forhånd.

#### **2.2.3.5 Både situasjonsbetingelser og virkning?**

Over er det argumentert for at endringsklausuler må fastsette både hva som skal til for at oppdragsgiver kan benytte seg av endringsmuligheten, og på hvilke vilkår endringene eventuelt skal foretas. Endringsklausuler som angir alle disse vilkårene vil dermed tilfredsstille direktivets krav. Spørsmålet er om det i visse tilfeller kan aksepteres at situasjonsbetingelsene eller virkningene kuttes ut.

Jeg tar først for meg spørsmålet om det kan tenkes situasjoner som tilsier at man ikke krever angivelse av situasjonsbetingelser.

Innvendingen mot et krav om angivelse av situasjonsbetingelser er at dette vil redusere oppdragsgivers fleksibilitet i prosjektstyringen. Det må antas at det er ønske om å gi oppdragsgiver fleksibilitet, som ligger bak uttalelsene i fortalens avsnitt 111 om oppdragsgivers behov for å benytte seg av endringsklausuler. Oppdragsgiver vil riktignok ha mulighet til å ta inn endringsmuligheter for de eventualiteter han måtte ønske, også der det kreves at situasjonsbetingelsene angis i klausulen. Problemet oppstår hvis arbeidet med å gå gjennom alle endringsbehov som kan tenkes å oppstå, beslaglegger betydelige ressurser før oppdragsgiver føler han har sikret seg nødvendig fleksibilitet. Fokus på potensielle endringer kan føre til at mulige endringsarbeid blir tillagt for stor vekt i valg av

tilbyder. Dette kan føre til at man ikke ender opp med det tilbudet som er best slik kontraktgjennomførelsen faktisk utvikler seg.<sup>89</sup>

Angivelse av situasjonsbetingelser er begrunnet med at skjønnsfrihet kan utgjøre en hindring av fri flyt av varer og tjenester. Dette gjelder imidlertid bare der det frie skjønnnet påvirker aktørenes tilgang til markedet. Dette er tilfelle når oppdragsgiver tar nye ytelser inn under kontrakten. Andre kontraktendringer vil ikke hindre tilgang til markedet. Parallellen til forvaltningens frie skjønn er derfor ikke like fremtredende for slike endringer. Endringer av kontrakten som ikke påvirker ytelsen, kan imidlertid føre til at kontrakten etter endringen ikke samsvarer med resultatet av anbudsrunden. Slike endringer kan dermed føre til at regelverket omgås. Dette kan for eksempel være endringer som bare angår kontraktens pris eller risikofordeling.

Det følger av direktivteksten selv at prisendringer kan utføres i medhold av endringsklausuler. Spørsmålet er om det kreves at klausulen angir når prisen kan justeres, eller om det er tilstrekkelig å vise til hvordan prisen kan justeres.

Siden oppdragsgiver plikter å velge tilbyder basert på det billigste, eller det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, er pris et av elementene i kontrakten som påvirker konkurranseresultatet. Prisendringer blir derfor lettere sett på som vesentlige endringer.<sup>90</sup> Ved prisendringer er det imidlertid ikke under hvilke omstendigheter prisen endres som utgjør en fare for regelverket, men hvordan prisen justeres. Foretas prisendringen ved frie forhandlinger mellom partene, er risikoen stor for at prisen endres med konkurransevridende virkning. Slike forhandlinger er ikke i tråd med kravet til gjennomsiktighet, og kan være problematisk med tanke på statsstøttereglene.

Disse problemene oppstår ikke hvis prisendringen skjer i henhold til objektive kriterier. Foretas prisendringen på grunnlag av kriterier partene ikke kan påvirke, ville tilsvarende prisendring blitt gjennomført uavhengig av hvilken tilbyder som ble valgt. Prisen vil derfor presumtvt

---

<sup>89</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 58–59

<sup>90</sup> C-454/06 «pressetext» avsnitt 59–60 og C-496/99 «Socchi di Frutta» avsnitt 117. Se også Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 229

holde samme konkurransedyktige nivå også etter justeringen. Videre vil det være mulig å etterprøve om endringen ble gjennomført i henhold til reglementet.

Rene prisjusteringer er altså en endringstype hvor det er viktigere at klausulen angir hvordan justeringen skal foretas, enn under hvilke omstendigheter.

Spørsmålet er om tilsvarende også gjelder for opsjoner. Det har tradisjonelt ikke vært et krav om at opsjoner må inneholde hva som skal til for at disse kan benyttes. Opsjoner er blitt sett på som en ren valgtrett for oppdragsgiver. Poulsen mfl. skriver at fordelene med bruk av opsjoner er at disse «frit kan indgås med den økonomiske aktør». Dette forutsetter imidlertid at opsjonene angir omfang og hvordan prisen skal fastsettes.<sup>91</sup>

Siden omfang og pris er fastsatt på forhånd, er ytelsene oppdragsgiver har rett til under opsjonen konkurransesatt. Det er altså blitt ansett å være tilstrekkelig å angi opsjonenes vilkår på virkningssiden. Store nok opsjoner vil imidlertid kunne føre til at ytelser som kunne gått til en annen tjenesteyter, ikke blir tilgjengelig på markedet. Dette vil kunne utgjøre en restriksjon.

Arbeidene vil stå i nær tilknytning til den opprinnelige kontrakten. Det kan derfor antas at disse arbeidene ikke ville vært attraktive om de ble lagt ut på markedet. Det kan sies å være en presumsjon for at disse arbeidene likevel ville havnet hos valgt tilbyder. Dette tilsier at hensynet til oppdragsgivers fleksibilitet bør være førende.

Dette synspunktet har også støtte i juridisk teori, men med en annen begrunnelse. Simonsen skriver i sin artikkel at opsjoner hvor opsjonsprisene er trukket inn i selve tildelingsvurderingen, faller helt utenfor direktivets regulering. Opsjonene er da allerede konkurransesatt, og det er ikke «behov for å gjenta øvelsen».<sup>92</sup> Resultatet blir det samme. Om opsjonen ikke anses som omfattet av bestemmelsen, stilles ikke krav til angivelse av utløsningsfaktorer. Hartlev og Liljenbøl synes å forutsette at opsjoner er konkurransesatt i sin omtale av endringsklausuler.<sup>93</sup> Det

---

<sup>91</sup> Poulsen mfl., (2011) s. 227–228

<sup>92</sup> Simonsen (2016) s. 424–425

<sup>93</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 60

fremstår derfor som om disse ser på opsjoner som endringer også der de er tatt med i vurderingen av tilbydere. Så lenge opsjoner blir sett på som endringer, må disse også falle inn under reguleringens anvendelsesområde.

Problemet med ikke å anse opsjoner som endringer underlagt begrensningene i artikkel 72, er at dette kan åpne for omgåelser av anskaffelsesreglene. Det settes for eksempel ikke noe tak på hvor mange enheter som kan bestilles under opsjonen, så lenge hver enhetspris er tatt med i vurderingen. Hvis dette skulle være tilfelle, ville oppdragsgiver kunne bestille et ubegrenset antall enheter under opsjonen. Denne muligheten ville utgjort en potensiell restriksjon av retten til fritt varebytte.

Arrowsmith skriver at å benytte en opsjon «in form» kun er en utøvelse av en rett under kontrakten.<sup>94</sup> Dette kan forstås som at hun mener at opsjoner ikke utgjør kontraktendringer. Hun fortsetter likevel med at bruken av opsjoner «may sometimes be regarded as purchases under a new contract». Hvorvidt dette er tilfelle avhenger av en helhetsvurdering hvor det at opsjonsprisen er tillagt vekt i valg av tilbyder er et av momentene.<sup>95</sup>

På grunn av denne usikkerheten virker det som den beste løsningen er å se på alle opsjoner som endringsmuligheter som reguleres av direktivets artikkel 72. Dette synes også forutsatt i direktivets fortale avsnitt 111, som påpeker at tilstrekkelig tydelige opsjonsklausuler kan gi anledning til å endre kontrakten. Det bør da være tilstrekkelig at opsjonene angir art, omfang og virkningssiden for å oppfylle direktivets krav. På denne måten hindrer man at opsjoner benyttes til å omgå anskaffelsesregelverket. Dette synes også å være forutsatt i Kommisjonens kommentarer til bestemmelsen. Det fremgår her at «[a]n option allows the contracting authority to request (unilaterally) additional supplies».<sup>96</sup> Dette må forstås som at oppdragsgiver etter eget skjønn kan anmode om å benytte seg av opsjonen.

---

<sup>94</sup> Arrowsmith, (2005) s. 294

<sup>95</sup> Arrowsmith, (2005) s. 295

<sup>96</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 20

Etter dette er spørsmålet om det for noen endringer er tilstrekkelig å angi situasjonsbetingelsene.

De tilfellene som nevnes i direktivets fortale er gode eksempler på endringer hvor det er vanskelig med en presis angivelse av virkninger. I tilfeller hvor en endringsmulighet for eksempel er å benytte en oppgradert versjon av anskaffet kommunikasjonsutstyr, er det vanskelig å fastsette pris og leveringsvilkår på forhånd. Dette avhenger av hva oppgraderingen består i. Tilsvarende gjelder om man inntar en mulighet for å benytte nye teknikker i forbindelse med byggeprosjekt. I slike tilfeller har man ikke tilstrekkelig informasjon på forhånd til å fastsette klare vilkår for hva som skal gjelde for endringens gjennomføring. For at det skal være praktisk mulig å utforme «lovlige» endringsklausuler om disse endringsmulighetene, kan det ikke stilles like strenge krav til angivelse av virkninger.

Som det fremgår over har EU-domstolen i flere avgjørelser lagt vekt på at oppdragsgiver kunne ha formulert endringsklausuler for å ivareta et endringsbehov. Dette gjorde EU-domstolen også i sak C-549/14 «Finn Frogne». Saken gjaldt det Danske Rigspolitiets anskaffelse av felles kommunikasjonssystem til de Danske nødetatene. Etter avtaleinngåelse fikk leverandøren problemer med utførelsen av kontrakten, og det ble tvist om hvem som bar risikoen for dette. Tvisten endte etter forhandlinger mellom partene med et forlik som innebar at leverandøren bare skulle levere radiokommunikasjonssystemer til de enkelte politikretsene i Danmark. Politiet skulle også kjøpe en serverfarm fra leverandøren i stedet for å leie fra den samme leverandøren. Disse endringene medførte at anskaffelsens verdi ble redusert fra 527 millioner danske kroner til rundt 50 millioner danske kroner.

EU-domstolen fant at endringen var vesentlig. Domstolen avviste anførselene om at endringsbehovet oppsto som følge av uforutsette vanskeligheter. EU-domstolen påpekte videre at oppdragsgiver hadde mulighet til å formulere endringsklausuler for å håndtere slike endringsbehov som kunne oppstå som følge av uforutsette vanskeligheter.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> C-549/14 «Finn Frogne» avsnitt 36–38

Avgjørelsene gir inntrykk av at EU-domstolen har høye forventninger til oppdragsgiveres bruk av endringsklausuler. Avgjørelsene tilsier også at det ikke kan stilles for strenge krav til angivelse av situasjonsbetingelser og vilkår for gjennomføring av endringen. For at det skal være praktisk mulig å etterkomme Domstolens oppfordring til å formulere endringsklausuler i tilfeller som i «Finn Frogne», må oppdragsgiver gis rom til å bruke runde formuleringer som ligger innenfor hva det kan forventes at oppdragsgiver skal forutse ved utarbeidelsen av anbuds-dokumentene.

Avgjørende for krav til endringsklausulenes innhold er at oppdragsgiver ikke gir seg selv et fritt spillerom, og at krav til likebehandling og forutberegnelighet ivaretas. Disse kravene ivaretas så lenge tilbudsgiverne kan forutse hvilke endringer som kan foretas, og at forhandlingsrommet til partene begrenses i forbindelse med gjennomføringen.<sup>98</sup>

I lys av dette kan det være tilstrekkelig enten å fastsette detaljerte situasjonsbetingelser, eller detaljerte virkninger. Som nevnt over er det siste tilfelle for opsjoner. For opsjoner aksepteres det at oppdragsgiver har et fritt valg for om og når han vil benytte seg av opsjonen. Dette er begrunnet med at hva opsjonen går ut på og opsjonsprisen er fastsatt på forhånd.

For situasjoner hvor det er vanskelig å forutsi virkningene av en eventuell endring, bør det være tilstrekkelig å angi situasjonsbetingelsene så detaljert som mulig. For å unngå at partene får et fritt forhandlingsrom bør klausulen også inneholde visse overordnede retningslinjer for hvordan prisen skal fastsettes. Dette kan for eksempel være open book-klausuler som er gjennomgått i punktet rett over. Som vi skal se i punkt 4.5, følger det antageligvis av kravet til forholdsmessig opptreden at de fremforhandlede vilkårene for endringens gjennomføring ikke avviker mer fra konkurranseresultatet enn konkurransesituasjonen under forhandlingene tilsier.

---

<sup>98</sup> I denne retning Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2016) s. 251

## 2.3 Kvalitative begrensninger

### 2.3.1 Innledning

I henhold til artikkel 72 nr. 1 bokstav a siste punktum kan klausulene ikke omfatte endringer som endrer kontraktens overordnede karakter. Når det gjelder endringer i henhold til endringsklausuler vil det også være en begrensning at endringen må ligge innenfor det endringsklausulen selv åpner for. Forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter innebærer at det i tillegg er begrensninger for *hva* endringsklausulen kan gi adgang til å endre. Tilsvarende begrensning gjelder for endringer som foretas på bakgrunn av et endringsbehov som oppstår på grunn av uforutsette omstendigheter jf. artikkel 72 nr. 1 bokstav c (punkt 3.3) og mindre endringer etter nr. 2 (kapittel 4).

Ordlyden er den samme i de tre bestemmelsene, noe som tilsier at også begrensningens innhold samsvarer. Dette bekreftes av Kommisjonens kommentarer til bestemmelsen, hvor det til begrensningen for endringsklausuler står: «[i]n the same way as for paragraph 4». Setningen viser tilbake til begrensningen for mindre endringer.<sup>99</sup> Dette synes også å være forutsatt i kommentarene til §§ 179, 180 og 183 i forslaget til den nye danske udbudsloven.<sup>100</sup>

Begrensningen vil likevel kunne slå ulikt ut når den anvendes på endringer som gis adgang på bakgrunn av de ulike bestemmelsene. For eksempel er det hensyn som tilsier at det kan gjøres større endringer om adgangen følger av en endringsklausul, enn når det er snakk om adgangen til å foreta mindre endringer. Hensynene kan også slå forskjellig ut for endringsbehov som oppstår på bakgrunn av uforutsette omstendigheter.

I det følgende vil jeg redegjøre generelt for innholdet av begrensningen før jeg går inn på de særlige sidene som er aktuelle for artikkel 72 nr. 1 bokstav a.

---

<sup>99</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 20 og s. 18

<sup>100</sup> Lovforslag nr. L 164 s. 194–196

### 2.3.2 Endring av kontraktens overordnede karakter – generelt om vurderingen

Forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter er ny i direktivet. Det foreligger derfor ingen praksis som direkte belyser innholdet i vilkåret. Dette må fastsettes på bakgrunn av ordlyden sett i lys av bestemmelsens formål.

Ordlyden omfatter endringer som griper inn i kontraktens kjerne og angår kontraktens grunnleggende elementer. Oppdragsgiver er dermed gitt et relativt stort spillerom for hvilke endringer som kan foretas.

Det følger av fortalens avsnitt 109 at begrensningen omfatter endringer som «medfører, at arten af det samlede indkøb forandres, f. eks ved at erstatte de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal indkøbes, med noget andet, eller ved grundlæggende at ændre indkøbstypen, da der i en sådan situation må forudsættes en hypotetisk påvirkning af resultatet». Dette uttrykkes i forbindelse med innholdet i begrensningen for endringer foretatt på bakgrunn av uforutsette omstendigheter. Siden innholdet i begrensningen må antas å være det samme de tre stedene den er inntatt i artikkelen, får uttalelsen betydning for alle bestemmelsene.

Uttalelsene i fortalen viser for det første at visse kvalitative endringer anses som en endring av kontraktens overordnede karakter. Uttalelsene angir som vurderingstema hvorvidt endringen innebærer en hypotetisk påvirkning av konkurranseresultatet. Dette momentet er også trukket fram som særlig viktig i fortalens avsnitt 107 om bakgrunnen for en regulering av endringsadgangen. I avsnittets siste punktum påpekes at det særlig er nødvendig med ny anbudsrunde «når de ændrede vilkår ville have haft indvirkning på resultatet af proceduren, hvis de havde været del af den oprindelige procedure».

Begrensningen fremmer flere anskaffelsesrettslige hensyn. Det hindrer endringer som kan virke konkurransevridende. Dette gjøres ved å stenge for endringer som medfører en mulighet for at det valgte tilbudet ikke lenger er det mest økonomisk fordelaktige. Det fremmer også hensynet til forutberegnelighet. Endringer som er egnet til å påvirke konkurranseresultatet, er av en slik art at tilbudene kunne vært annerledes ut-



formet. Ved å forby slike endringer unngår man at valgt tilbyder får en fordel på bekostning av de forbigåtte tilbyderne. Slike endringer åpner også for muligheten for at en tilbyder med kontakter på oppdragsgiver-siden, kan gi lave tilbud i visshet om at det vil bli foretatt endringer i ettertid. Å motvirke slike ordninger er et viktig formål bak læren om vesentlige endringer.<sup>101</sup>

Forbudet er kommentert i Kommissjonens kommentarer til bestemmelsen. Det fremgår her at vilkåret er oppfylt når endringen forandrer kontrakten til «something completely different». Som eksempel nevnes å gjøre en leasing-kontrakt om til en kjøpskontrakt, eller kreve at mat som leveres til en kantine skal være organisk. At dette vil endre kontraktens overordnede karakter, begrunnes med at slike endringer kan føre til at andre aktører blir interessert i anskaffelsen.<sup>102</sup>

Den danske Konkurrence- og forbrugerstyrelsen oppsummerer med at det avgjørende er om anskaffelsen etter endringen henvender seg til et annet marked enn opprinnelig.<sup>103</sup>

Når det gjelder hvor streng normen for vurderingen er, kan praksis angående den ulovfestede læren gi veiledning. Som nevnt innledningsvis fremgår av fortalens avsnitt 107 at EU-lovgiver ikke ønsket å endre rettstilstanden vesentlig med nyreguleringen, men presisere vilkårene med utgangspunkt i relevant praksis fra EU-domstolen.

Bestemmelsene som inneholder begrensningen, angår tilfeller som under den ulovfestede læren blir sett på som moment som gjør at det skal mer til for at endringen er vesentlig.<sup>104</sup> De gir grunnlag for en utvidet endringsadgang.

Det må antas at det er denne utvidede endringsadgangen EU-lovgiver vil reflektere med det nye forbudet. Dette har støtte i det som er sagt om nyreguleringen og avsnitt 107 i fortalen. Relevant praksis som angår situasjoner som etter den ulovfestede vesentlighetsvurderingen tilsier en utvidet endringsadgang, vil derfor kunne belyse hvor streng normen for

---

<sup>101</sup> Arrowsmith, (2005) s. 288

<sup>102</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 18

<sup>103</sup> Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, (2016) s. 251

<sup>104</sup> Arrowsmith, (2014) s. 579–580

endring av kontraktens overordnede karakter er. Dette gjelder selv om vurderingstemaet skiller seg fra den ulovfestede vesentlighetsvurderingen.

Hvorvidt endringen kunne ha påvirket konkurranseresultatet er et moment som er relevant også i vesentlighetsvurderingen etter artikkel 72 nr. 4. Av artikkel 72 nr. 4 bokstav a fremgår at en endring alltid skal anses som vesentlig hvis den kan tenkes å ha påvirket konkurransen. Siden forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter gjenspeiler den utvidede endringsadgangen, må dette forbudet gi videre endringsadgang enn vesentlighetsvurderingen etter nr. 4.<sup>105</sup> Konsekvensen av dette er at det neppe kan tenkes endringer som endrer kontraktens overordnede karakter, uten at de også blir ansett som vesentlige.

Et relevant moment i vurderingen er hvorvidt endringen berører forhold som har vært særlig fremtredende i oppdragsgivers valg av tilbydere, eller påvirket potensielle tilbyderes utforming av tilbud. Dette kan tenkes å påvirke konkurranseresultatet.

Sak C-91/08 «Wall» gjaldt spørsmålet om hvorvidt bytte av underleverandør i en kontrakt om drift og vedlikehold av offentlige toaletter innebar en ulovlig direkteanskaffelse. Det fremgikk av sakens faktum at oppdragsgiver hadde valgt leverandøren nettopp på grunn av muligheten for å benytte Wall AG som underleverandør. I henhold til kontrakten var det likevel adgang til å skifte underleverandør med skriftlig samtykke fra oppdragsgiver. Dette tilsier etter den ulovfestede læren en videre endringsadgang enn om samme endring ble foretatt uten en endringsklausul.<sup>106</sup> EU-domstolen tok ikke stilling til hvorvidt endringsbestemmelsen oppfylte kravene som stilles til slike klausuler, men uttalte seg generelt om den øvre grensen for endringer som kunne foretas i henhold til endringsbestemmelser.

Etter at EU-domstolen i avsnitt 38 påpeker at konkurransevidende endringer kan være vesentlige, uttales i dommens avsnitt 39 at «[u]dskiftning af en underleverandør, *selv når muligheden herfor er fastsat i kontrakten*, [...] i særlige tilfælde [kan] udgøre en sådan ændring af et

---

<sup>105</sup> Se også Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning s. 787

<sup>106</sup> Se blant annet Arrowsmith, (2014) s. 586

af de grundlæggende elementer i koncessionskontrakten, når anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden [...] *har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten*» (uthevet her).

Endringen gjaldt bytte av underleverandør. Uttalelsen kan forstås som at et slikt bytte bare unntaksvis vil være vesentlig. Goller og Kreyberg tar i tillegg avgjørelsen til inntekt for at «også en endring som skjer i medhold av en endringsklausul kan bli ansett for å være vesentlig.»<sup>107</sup>

I avgjørelsen oppstiller EU-domstolen hvorvidt endringen virker konkurransevridende som vurderingstema. I denne vurderingen er endringens påvirkning av element som har vært avgjørende for inngåelsen av kontrakten et viktig moment. Da dette var tilfelle, ble endringen ansett for å være vesentlig selv om det forelå et annet moment, endringsklausulen, som tilsa en utvidet endringsadgang.

KOFA har også vektlagt hvorvidt endringen påvirker forhold som var retningsgivende for utforming av tilbudene. Sak 2009/208 «Drammen kommune» omhandlet endring av kontrakt om drift og vedlikehold av veier og torg i bydelene Bragernes og Strømsø i Drammen kommune. Etter tildeling ble kontrakten endret til også å omfatte vinterdrift i bydel Konnerud. Spørsmålet var om tilleggsarbeidene utgjorde vesentlig endring. Endringen ble foretatt med hjemmel i endringsbestemmelsen i NS 8406 punkt 19. Klagenemnda la i sin vurdering vekt på at vedlikehold av bydelen bevisst var holdt utenfor kunngjøringen. Dette ble «klart kommunisert til potensielle tilbydere, hvilket må tillegges meget stor betydning.»<sup>108</sup> Dette innebar at endringen ble ansett som vesentlig selv om den ble foretatt med hjemmel i en endringsbestemmelse.

Avgjørelsen viser at endringer som gjelder forhold oppdragsgiver har opplyst særskilt om, kan medføre at endringen anses for å være vesentlig selv om den foretas i henhold til en endringsklausul. Dette kan begrunnes med at kommunikasjonen fra oppdragsgiver har påvirket utformingen av tilbudene ved at potensielle tilbydere har rettet seg etter forventninger opplysningene har skapt.

---

<sup>107</sup> Goller og Kreyberg, (2012) s. 46

<sup>108</sup> 2009/208 «Drammen kommune» avsnitt 28

Disse momentene er også egnet til å inngå i vurderingen av om kontraktens overordnede karakter er endret. Momentene fanger opp konkurransevidende endringer. Endringer som fører til at forutsetninger skapt av oppdragsgivers adferd faller bort, medfører i særlig grad risiko for særbehandling av favoriserte aktører. Slike endringer kan stride mot kravet til likebehandling. Dette underbygger at endringene bør anses som endring av kontraktens overordnede karakter. Dette er i tråd med praksis angående tilsvarende situasjoner etter den ulovfestede læren.

Element som har vært avgjørende for valg av tilbyder vil kunne fremgå av egne avtaler slik som i «Wall-saken». For å kartlegge faktorer som har vært avgjørende for valg av tilbyder, kan det også være relevant å se om endringen angår eventuelle minstekrav eller særskilte krav til gjennomføring, som er stilt i anbudsdokumentene. Er det satt opp spesielle kvalifikasjonskrav, må det antas at endringer av disse trekker i retning av at kontraktens overordnede karakter er endret.

### 2.3.3 Kvalitative begrensninger for endringsklausuler

Kvalitative endringer ligger i kjernen av hva grensen for materielle endringer dekker. Slike endringer kan i særlig grad tenkes å påvirke konkurranseresultatet.<sup>109</sup>

Spørsmålet er om det at endringen blir foretatt i henhold til en endringsklausul påvirker vurderingen av hvorvidt kontraktens overordnede karakter forandres. Siden endringsmuligheten klart fremgår av anbudsgrunnlaget blir kravet til likebehandling, gjennomsiktighet og motvirkning av konkurransevidende handlinger ivarettatt.

For å gi et eksempel: Som vi skal se nedenfor følger det av KOFA-praksis at arbeid som foretas på et annet geografisk sted enn det som fremgår av anbudsdokumentene, lettere vil bli ansett for å utgjøre en endring av kontraktens overordnede karakter. Dette vil antagelig ikke være tilfelle hvis en endringsbestemmelse som oppfyller kravene, selv åpner for at det kan foretas arbeid på et annet geografisk sted.

---

<sup>109</sup> Jf. fortalen i Direktiv 2014/24/EU avsnitt 109

Et eksempel på dette er sak 2011/349 «Rogaland fylkeskommune v/ Statens vegvesen». Anskaffelsen oversteg ikke EU-terskel og det vises ikke til EU-praksis. Avgjørelsens betydning er dermed begrenset til å fungere som eksempel. Saken gjaldt en kontrakt om drift og vedlikehold av veier i Rogaland fylke og en kontrakt om asfaltarbeid. Under gjennomførelsen ble det lagt til arbeider med å opparbeide ny gang- og sykkelsti på Saunes i Sauda kommune. Endringene ble foretatt med hjemmel i endringsbestemmelsene i henholdsvis NS3430 og NS 8406. KOFA behandlet endringene i de to kontraktene hver for seg. KOFA la til grunn at det forelå en presumsjon for at endringer i henhold til endringsbestemmelsene kan gjennomføres innenfor anskaffelsesregelverket.<sup>110</sup>

I sin vurdering av asfaltkontrakten fant KOFA at arbeidene med å asfaltere den nye gang- og sykkelstien var av samme art som resten av kontrakten. Siden det fremgikk av anbudsdokumentene at hensikten var å dekke oppdragsgivers behov for asfaltarbeider i hele området, var det ikke problematisk at arbeidene skulle skje på et annet geografisk sted. Muligheten for at denne type oppdrag ville omfattes av kontrakten i form av endringsarbeider var dermed synlige for potensielle tilbydere.<sup>111</sup> Endringen var ikke vesentlig.

Når det gjaldt drifts- og vedlikeholdskontrakten kom KOFA derimot til at endringene av denne var vesentlige. I sin avgjørelse la nemnda særlig vekt på at «[k]ontrakt om bygging av en ny vei er et selvstendig bygge- og anleggsarbeid, og av en helt annen art enn drift og vedlikehold av et eksisterende vegnett».<sup>112</sup> Endringens art innebar at det ikke var avgjørende at endringene ble foretatt i henhold til en endringsklausul.

Antagelig vil tilsvarende gjelde for vurderingen om kontraktens overordnede karakter er endret. Det må antas at det aksepteres større endringer av ytelsens art der endringen foretas i henhold til en klausul som oppfyller kravene. Det at endringsmuligheten på denne måten er

---

<sup>110</sup> 2011/349 «Rogaland fylkeskommune v/ Statens vegvesen» avsnitt 31

<sup>111</sup> 2011/349 «Rogaland fylkeskommune v/ Statens vegvesen» avsnitt 36–37

<sup>112</sup> 2011/349 «Rogaland fylkeskommune v/ Statens vegvesen» avsnitt 44

kjent, gjør at det ikke er like nærliggende at anskaffelsen retter seg mot et annet marked etter endringen.

Dette gjelder imidlertid ikke uten forbehold. Forbudet mot endring av kontraktens overordnede karakter innebærer at endringsklausulene ikke kan føre til at kontrakten blir endret til «something different».<sup>113</sup> Dette utgangspunktet er i tråd med hensynet bak begrensningen som er nevnt i fortalens avsnitt 109.

Kommisjonen eksemplifiserer dette i sine kommentarer ved at en kontrakt om kjøp av biler endres til en kontrakt om leasing av biler.<sup>114</sup> I veiledningen til Konkurrence og forbrugerstyrelsen nevnes at det bestilles ikke-økologisk frukt i stedet for økologisk.<sup>115</sup> Begge disse endringene er av en slik art at det er sannsynlig at andre tilbydere enn de som ble tiltrukket den første konkurransen, kunne gitt et bedre tilbud i den andre konkurransen. Endringen er dermed egnet til å påvirke konkurranse-resultatet. Dette gjelder selv om endringen fremgår av en endringsklausul.

Eksempler fra bygge- og anleggsbransjen kan være kontrakter om prosjektering som endres til også å omfatte oppføringen, for eksempel ved at en funksjonsentreprise gjøres om til en totalentreprise. En slik endring innebærer at kontrakten henvender seg til et annet marked etter endringen. I KOFA 2013/6 ble en kontraktendring som innebar at det skulle utarbeides anbudsgrunnlag for en utførelsesentreprise i stedet for en totalentreprise, ansett for å utgjøre en vesentlig endring. Endringen ble ikke foretatt i henhold til en endringsklausul. KOFA begrunnet avgjørelsen med at endringen innebar at leverandøren skulle utføre detaljprosjekteringen, noe som førte til at oppdragets art ble endret.<sup>116</sup> I tillegg ble leveransens verdi tredoblet på grunn av større arbeidsmengde. Anskaffelsen oversteg EU-terskelverdiene og vurderingen ble foretatt på bakgrunn av «presstext»-momentene. Det må antas at en slik endring blir sett på som endring av kontraktens overordnede karakter.

---

<sup>113</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 20

<sup>114</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 18

<sup>115</sup> Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, (2016) s. 251

<sup>116</sup> 2013/6 «Lenvik II» avsnitt 46

## 2.4 Kvantitative begrensninger

Det fremgår eksplisitt av artikkel 72 nr. 1 bokstav a at endringer i henhold til endringsklausuler som oppfyller kravene kan foretas «uanset deres pengemæssige værdi». Ordlyden taler med styrke for at adgangen til å foreta endringer i henhold til denne bestemmelsen ikke er underlagt noen omfangsbegrensninger, bortsett fra de som endringsklausulen selv måtte operere med.

Spørsmålet er om endringer av ytelsens omfang likevel er underlagt visse begrensninger.

Omfangøkninger kan føre til at andre tilbydere blir avskåret fra å yte de samme tjenestene. Slike endringer er derfor egnet til å begrense fri flyt av varer og tjenester. Dette gir grunn til å begrense endringer av ytelsens omfang.

Når endringsmuligheten inntas i anbudsgrunnlaget blir imidlertid den potensielle økningen gjort kjent for mulige tilbydere. Dette innebærer at tilbyderne kan ta høyde for endringsmuligheten når de gir tilbud. En endringsklausul må inneholde omfanget av økningen for å tilfredsstille direktivkravene. I tillegg må situasjonsbetingelser og virkninger fremkomme av klausulen. De nye ytelsene blir dermed konkurransutsatt, og oppdragsgivers diskresjon begrenses.

Likevel kan det argumenteres for at store nok økninger av omfanget fører til at kontrakten blir «something completely different».<sup>117</sup> Det er ikke utenkelig at en stor nok omfangsøkning fører til at kontrakten treffer et annet marked enn det omfanget opprinnelig tilsa.

Dette fremgår også av Kommissjonens kommentarer til direktivforslaget. Det er her påpekt at «[a]s paragraph 5 does not include any cap in terms of value, the requirement that review clauses or options may not «alter the overall nature of the contract» should also be understood as prohibiting changes which would dramatically change the qualitative scope of the contract. Etter denne uttalelsen vises det til et eksempel om en kontrakt om kjøp av 10 busser, med en opsjon om å kjøpe ytterligere

---

<sup>117</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 18

100 busser.<sup>118</sup> Dette gir inntrykk av at EU-lovgiver ser det slik at ordlyden angir et utgangspunkt, men at dette ikke gjelder uten unntak. Tilsvarende standpunkt med samme eksempel er anført i teorien.<sup>119</sup>

KOFA-sak 2011/179 «Statsbygg» er et eksempel på en situasjon hvor omfangsøkningen var stor nok til at kontraktens karakter ble endret. Saken omhandlet prosjekteringstjenester i forbindelse med bygg- og anleggsarbeid på regjeringskvartalet. Kontrakten ble endret fra å angå prosjektering av rehabilitering av to bygg til også å omfatte rehabilitering av naboeiendommen, og oppføring av et nytt bygg. Dette førte til at kontraktsverdien økte fra 6,7 millioner kroner til rundt 164 millioner kroner. Statsbygg erkjente at dette utgjorde en vesentlig endring og KOFA la dette til grunn.<sup>120</sup>

For at omfangsendringer skal utgjøre endring av kontraktens overordnede karakter, må det antagelig relativt store endringer til. I den forbindelse kan det vises til at begrensningen for endringer som kan foretas på bakgrunn av uforutsette omstendigheter er 50 % av kontraktsverdi pr. endring. Endringer av samme størrelsesorden må antas også å kunne foretas under en tilstrekkelig klar endringsklausul.

## 2.5 Vurdering

Artikkel 72 nr. 1 bokstav a presiserer vilkårene for at endringsklausuler kan gi anledning til å foreta endringer uten å vurdere endringens vesentlighet. Som vi har sett har det vært varierende praksis angående betydningen av endringsklausuler. Reguleringen er blitt mer firkantet siden endringer i henhold til tilfredsstillende endringsklausuler ikke gjøres til gjenstand for en helhetsvurdering. Dette gjør det enklere for oppdragsgiver å vurdere om det er adgang til å foreta de potensielle endringene klausulene åpner for.

Det virker som EU-lovgiver har vært mest opptatt av å begrense oppdragsgivers diskresjon med tanke på hva som skal til for å utløse

---

<sup>118</sup> Rådets dokument til utbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 20

<sup>119</sup> Se Arrowsmith, (2014) s. 600 og Treumer PPLR, (2014) s. 165

<sup>120</sup> 2011/179 «Statsbygg» avsnitt 19



endringsmuligheten. Dette er fornuftig fra et diskriminerings synspunkt. Det kan imidlertid virke som om endringenes virkninger ikke er gitt tilstrekkelig oppmerksomhet. Når det ikke stilles krav til angivelse av endringers virkninger åpner dette også for ordninger mellom oppdragsgiver og en favorisert tilbyder. Muligheten begrenses riktignok av at situasjonsbetingelser må oppgis. For bygge- og anleggskontrakter er det imidlertid et notorisk endringsbehov, og det kan ikke utelukkes at man på forhånd kan være relativt sikker på at visse situasjoner som påkrever endringer vil oppstå. Av denne grunn må det som nevnt antagelig stilles visse krav til forhandlinger angående endringenes virkninger.

En annen svakhet ved bestemmelsen er at den tilsynelatende ikke gir noen begrensning på hvor store endringer som kan gjennomføres. Store nok endringer vil som nevnt også kunne være uheldig for den frie flyt av varer og tjenester. En ytre begrensning må derfor antagelig tolkes inn i forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter, selv om dette er å strekke ordlyden.

Bestemmelsen har til hensikt å gi oppdragsgiver mulighet til å sikre seg nødvendig fleksibilitet i kontraktgjennomføringen. Denne muligheten begrenses imidlertid av at situasjonsbetingelsene må angis. For at oppdragsgiver skal få den fleksibiliteten som er nødvendig, risikerer man at det brukes for mye ressurser i planleggingsfasen for å sikre seg mot alle mulige endringsbehov som måtte dukke opp. Av denne grunn bør det lempes på kravene til angivelse av situasjonsbetingelser for endringer som ikke i nevneverdig grad utgjør en risiko for fri flyt av varer og tjenester. Når det er sagt, er det ikke sikkert problemet er så stort som man kan få inntrykk av. I neste kapittel tar jeg for meg bestemmelser som gir adgang til å foreta endringer i tilfeller hvor endringsbehovet oppstår på bakgrunn av uforutsette hendelser som en påpasselig oppdragsgiver ikke kunne ventes å forutse. Hva denne bestemmelsen krever av en påpasselig oppdragsgiver, vil være bestemmende for hvilke endringer oppdragsgiver må ta høyde for i endringsklausulene. Endringer en påpasselig oppdragsgiver ventes å forutse, må tas med i tilstrekkelig klare endringsklausuler. Endringsbehov som oppstår på grunn av uforutsette omstendigheter er det ikke nødvendig å forberede klausuler for. Ser man bestem-

melsene i sammenheng, kreves det da ikke mer av oppdragsgiver enn det som kreves av andre påpasselige byggherrer. Dette kan også ha en positiv bieffekt, som kan føre til færre eksempler på enorme budsjett-overskridelser for offentlige byggeprosjekt.

## 3 Uforutsette endringer

### 3.1 Innledning

Etter den ulovfestede læren er det antatt at endringer som avhjelp av forhold utenfor oppdragsgivers kontroll kan foretas også i de tilfeller endringene ellers ville vært vesentlige.<sup>121</sup>

Muligheten til å foreta endringer begrunnet i slike omstendigheter er nå fastsatt i direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav b og c. Direktivbestemmelsene går imidlertid tilsynelatende lenger enn hva som ble antatt i den ulovfestede læren.

Vilkårene i artikkel 72 nr. 1 bokstav b og c kan kjennes igjen fra 2004-direktivets artikkel 31 fjerde ledd bokstav a. Det er derfor grunn til å kort redegjøre for denne bestemmelsen.

Både i 2004-direktivet og 2014-direktivet er det åpnet for prosedyreformen konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Prosedyreformen medfører i utgangspunktet ikke at kravet til konkurranse og likebehandling settes til side.<sup>122</sup> Likevel er det en logisk følge av noen av situasjonene hvor denne prosedyreformen kan benyttes at oppdragsgiver i prinsippet kan foreta direkteanskaffelser.<sup>123</sup>

I 2004-direktivets artikkel 31 fjerde ledd bokstav a åpnes det for å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved anskaffelse av tilleggsytelser. Vilårene går grovt sett ut på at det må dreie seg om supplerende arbeider som ikke er omfattet av den opprinnelige anskaffelsen. Disse arbeidene må ha blitt nødvendige for kontraktutførelsen på grunn av forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse. Videre kreves at de supplerende arbeidene ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den opprinnelige kontrakten uten vesentlige ulemper for oppdragsgiver, eller at arbeidene er strengt nødvendig for fullføring av kontrakten.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> Dragsten, (2013) s. 746

<sup>122</sup> Dragsten, (2013) s. 290

<sup>123</sup> Steinicke og Groesmeyer, (2008) s. 840–841

<sup>124</sup> Den gamle Anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav j

Bestemmelsen gir uttrykk for en avveining mellom hensynet til fri flyt av varer og tjenester, herunder kravet til likebehandling og gjennomsiktighet, og hensynet til oppdragsgivers prosjektstyring og samfunnsmessig effektiv pengebruk. I situasjonene som dekkes av bestemmelsen vil det være urimelig byrdefullt å kreve at oppdragsgiver gjennomfører ny anbudsprosedyre for de supplerende arbeidene.<sup>125</sup> Dette fordi det i situasjoner som oppfyller vilkårene er påkrevd med tilleggsarbeidene for å få realisert formålet med kontrakten. Siden oppdragsgiver ikke kan bebreides at endringsbehovet oppsto, er det liten grunn til å tro at tilleggsarbeidene blir anskaffet for å omgå regelverket. Dette begrunner at det legges mer vekt på hensynet til effektiv bruk av fellesskapets ressurser, enn hensynet til de fire friheter.<sup>126</sup> I situasjoner som faller inn under bestemmelsen vil det også som regel være slik at valgt tilbyder er den som kan gi det mest økonomisk fordelaktige tilbudet.<sup>127</sup> Det er altså mindre sannsynlig at en annen tilbyder ville vunnet en eventuelt ny anbudsrunde.

Bestemmelsen er ikke videreført i det nye direktivet, men vilkårene kan finnes igjen i to nye bestemmelser, artikkel 72 nr. 1 bokstav b og c.<sup>128</sup> Denne oppdelingen innebærer at hver av de nye bestemmelsene har fått et utvidet anvendelsesområde.<sup>129</sup> Det er nå en bestemmelse som åpner for rene tilleggsytelser der bytte av leverandør vil forårsake tekniske og økonomiske utfordringer, og en bestemmelse som åpner for endringer med bakgrunn i uforutsette hendelser. Som vi skal se innebærer dette at rene suppleringer ikke er avhengig av at endringsbehovet har oppstått på grunn av uforutsette forhold. Samtidig er endringsbehov på bakgrunn av uforutsette omstendigheter ikke lenger begrenset til endringer i form av tilleggsytelser. Det er heller ikke et krav om teknisk og økonomisk nødvendighet.

---

<sup>125</sup> Steinicke og Groesmeyer, (2008) s. 876

<sup>126</sup> Steinicke og Groesmeyer, (2008) s. 876

<sup>127</sup> Arrowsmith, (2014) s. 1078

<sup>128</sup> Arrowsmith, (2014) s. 601

<sup>129</sup> Treumer PPLR, (2014) s. 150

## 3.2 Nødvendige tilleggssytelser

### 3.2.1 Innledning

Direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav b åpner for å kontrahere «supplerende bygge- og anlægsarbeider [...] fra den oprindelige entreprenør». Dette gjelder hvis de supplerende arbeidene «er blevet nødvendige», og ikke er omfattet av den opprinnelige anskaffelsen. Videre kreves at endring av entreprenør ikke er mulig av tekniske eller økonomiske årsaker, og at endring av entreprenør vil forårsake betydelige problemer eller en vesentlig økning av oppdragsgivers omkostninger.

Bestemmelsen var ikke med i Kommisjonens forslag fra desember 2011.<sup>130</sup> Den dukket først opp etter trilogforhandlingene mellom Kommisjonen, Rådet og EU-parlamentet. Disse forhandlingene er uformelle, noe som fører til lite kildemateriale som belyser bestemmelsens innhold. Bestemmelsen inneholder heller ingen elementer fra den ulovfestede vesentlighetsvurderingen.

Vilkårene samsvarer imidlertid med noen av vilkårene i 2004-direktivets artikkel 31 fjerde ledd bokstav a. Teori og praksis knyttet til denne kan belyse innholdet i 2014-bestemmelsens tilsvarende vilkår.

### 3.2.2 Nødvendige suppleringer

Ordlyden tilsier at endringsadgangen er snevrere etter denne bestemmelsen enn de andre bestemmelsene i artikkelen. De andre bestemmelsene gir adgang til at det foretas «endringer», ikke bare «suppleringer».<sup>131</sup> Dette fremheves i direktivets fortale avsnitt 108. Her nevnes at oppdragsgiver kan få behov for ytterligere tjenesteytelser, og at disse kan bestå av en delvis erstatning av hovedanskaffelsen, eller en utvidelse av eksisterende ytelser.

Bestilling av tilleggssytelser kan forekomme i form av mer av det som allerede er anskaffet. Bestemmelsen er imidlertid ikke begrenset til tilleggssytelser av samme art som hovedanskaffelsen. Blir det for eksempel

---

<sup>130</sup> KOM(2011) 896 endelig

<sup>131</sup> Simonsen (2016) s. 426

nødvendig med dreneringsarbeid i forbindelse med oppføring av bygg, må denne typen arbeid kunne foretas som tilleggsanskaffelse etter denne bestemmelsen, selv om den opprinnelige anskaffelsen ikke inneholdt arbeid av denne typen. Dette forutsetter at de andre vilkårene foreligger.

I tillegg til dette synes uttalelsen i fortalens avsnitt 108 å forutsette at det også gis adgang til supplerende ytelser som delvis erstatter ytelsene under hovedanskaffelsen. Siden bestemmelsen gjelder «supplerende» ytelser, må antagelig arbeidene som trekkes ut av anskaffelsen vurderes etter de andre bestemmelsene.

Bestemmelsen er avgrenset til å omfatte tilleggstyelser «som er blevet nødvendige». Sentrale spørsmål blir dermed når en ytelse er «nødvendig», og hva som ligger i «som er blevet».

Ordet «nødvendig» viser til noe som er påkrevd for å oppnå et ønsket resultat. Det fremgår ikke eksplisitt av ordlyden hvilket «resultat» arbeidene må være nødvendige for å oppnå. En forståelse er at det er gjensstanden slik den er beskrevet i den opprinnelige anskaffelsen. En annen at arbeidene er nødvendig for å oppfylle det behovet den opprinnelige anskaffelsen skulle oppfylle. Det som skiller den andre situasjonen fra den første, er at det i den første situasjonen ikke gis adgang til å innta tilleggsarbeid som blir nødvendig fordi man ser at behovet er større enn man først antok. For eksempel at det viser seg at det er behov for større kapasitet for en planlagt barnehage. Bestemmelsen kan med den første forståelsen i slike tilfeller ikke benyttes for å bestille et bygg i tillegg til det som er beskrevet i anbudsdokumentene. Man kan imidlertid bestille endringsarbeider i form av ikke-planlagte grunnarbeider som er nødvendige for oppføringen av det opprinnelige barnehagebygget.

På dette punktet er 2004-direktivets artikkel 31 fjerde ledd bokstav a tydeligere. Her er ordlyden at tilleggsarbeidene «er blevet nødvendige for utførelsen af [...] bygge- og anlægsarbejderne som deri beskrevet». «[D]eri» viser tilbake til «de oprindelige udbud». Etter denne bestemmelsen er det altså klart at arbeidene må være nødvendige for ferdigstillingen av kontraktsgjensstanden slik den er beskrevet i anbudsdokumentene. Spørsmålet er om dette også gjelder artikkel 72 nr. 1 bokstav b.

Ølykke og Nielsens oppfatning er at tilleggssytelsene må være nødvendige for ferdigstillingen av kontraktsgjenstanden slik den er beskrevet i anbudsdokumentene.<sup>132</sup> De synes å forankre resultatet i en tolking av artikkel 72 nr. 1 bokstav b annet ledd. Bestemmelsen begrenser verdien av endringer til 50 % av verdien av «den opprindelige kontrakt». Dette forstår de som at arbeidene også må relatere seg til den opprinnelige kontrakt. Det vil si «angå de samme kontraktobjekter».

Nå kan det vel tenkes at også tilleggssytelser som ikke angår de samme kontraktobjekter, men som er begrunnet i et utvidet behov, må kunne begrenses til verdien av den opprinnelige kontrakt. Begrensningen fremstår mer som en kvantitativ begrensning av endringsadgangen enn en angivelse av hva som regnes som «supplerende [ytelser] som er blevet nødvendige».

Ølykke og Nielsen forankrer videre resultatet i sak C-601/10 «Kommissjonen mot Hellas». Denne saken gjelder blant annet 2004-direktivets artikkel 31 fjerde ledd om supplerende ytelser. Hellas ble dømt for traktatbrudd for å ha brukt prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring uten at vilkårene for dette forelå. Begrunnelsen var at tilleggssytelsene gjaldt tjenester som «ikke var inneholdt i den opprindelige aftale inngått av kommunerne».<sup>133</sup> Resultatet er imidlertid ikke oppsiktsvekkende tatt i betraktning ordlyden i den aktuelle bestemmelsen. Det er nettopp det at denne ordlyden ikke er med i artikkel 72 nr. 1 bokstav b som skaper tvil om innholdet.

At kravet er utelatt i artikkel 72 nr. 1 bokstav b kan være uttrykk for EU-lovgivers ønske om at dette ikke skal være en begrensning i den nye bestemmelsen. Dette er samfunnsøkonomisk effektivt siden man slipper fordyrende anbudsprosesser for å dekke et utvidet behov.

Denne begrunnelsen er imidlertid ikke tilstrekkelig til å tillate enhver endring av kontrakten. Endringsadgangen er begrunnet med at risikoen for konkurransevridende endringer er mindre for de aktuelle tilfellene, siden endringsbehovet ikke er initiert av oppdragsgiver. Samfunnets

<sup>132</sup> Ølykke og Nielsen, (2015) s. 355

<sup>133</sup> C-601/10 «Kommissjonen mot Hellas» avsnitt 1

vinning på å tillate endringer i disse tilfellene tillegges mer vekt enn den potensielle restriksjonen endringene kan medføre.

Problemet med at et eventuelt endret behov skal være bestemmende for hvilke tilleggsytelser som kan bestilles, er at det blir vanskelig å forutsi hva slags endringsbehov som kan komme til å oppstå. Det kan også være vanskelig objektivt å vurdere om de foretatte endringene var nødvendige på grunn av det angitt endrede behovet. Å etterprøve om endringen ble foretatt på den bakgrunn oppdragsgiver anfører blir også utfordrende. En slik forståelse fører til risiko for vilkårlige endringer som er egnet til å diskriminere.

Disse utfordringene unngås om man holder endringen opp mot hva som er nødvendig for å ferdigstille kontraktsgjenstanden slik den er beskrevet i anbudsdocumentene. Avveiningen mellom samfunnsøkonomiske hensyn og hensynene til forbigåtte anbydere taler dermed for denne løsningen. Forutsetningene for avveiningen passer best med en slik forståelse da denne løsningen er i tråd med kravet til likebehandling og gjennomsiktighet. Dette tilsier at vilkåret må forstås som artikkel 31 fjerde ledd bokstav a i 2004-direktivet.

«Nødvendig» tilsier videre at det kreves mer enn at det vil være å foretrekke for oppdragsgiver at arbeidene ble gjennomført, for eksempel ved at man kunne fått et bedre resultat ved å ta i bruk andre materialer eller teknikker. Samtidig kreves det ikke at oppdragsgiver må «tåle» at kontraktsgjenstanden ikke blir så god som beskrevet i anbudsdocumentene. Dette må gjelde selv om det kan argumenteres for at kvaliteten i det som er beskrevet ikke er nødvendig for å oppfylle behovet anskaffelsen skal dekke.

Etter dette er spørsmålet om ordene «er blevet» innebærer at bestemmelsen kun gir adgang for tilleggsytelser på grunn av behov oppdragsgiver er blitt klar over etter kontraktstildeling, eller om det også gjelder behov oppdragsgiver visste om under utarbeidelsen av anbudsdocumentene.

For å starte med det sikre: arbeider som er blitt nødvendige på grunn av forhold oppdragsgiver først er blitt oppmerksom på etter kontraktstildeling, faller klart innenfor ordlyden.



Når det gjelder forhold som også var til stede ved utarbeidelsen av anbud er ordlyden mer åpen. Ordene «er blitt» trekker i retning av noe som er oppstått i ettertid. 2004-direktivets bestemmelse inneholder krav om at arbeidene må ha blitt nødvendige på grunn av uforutsette omstendigheter. Steinicke og Groesmeyer forstår dette slik at oppdragsgiver ikke kan ha vært behovet bevisst under utarbeidelsen av anbudsdokumentene.<sup>134</sup> Da det ikke er noe som tyder på at bestemmelsen i artikkel 72 skal forstås strengere enn bestemmelsen i 2004-direktivet, må dette gjelde også for denne.

Etter dette er spørsmålet om den nye bestemmelsen også gjelder for nødvendige tilleggsarbeider som oppdragsgiver var, eller kunne vært, klar over under utarbeidelsen av anbudsdokumentene. Det at vilkåret om uforutsette omstendigheter ikke er videreført i bestemmelsen, trekker i retning av at bestemmelsen også omfatter arbeid som kan forutses. Dette forsterkes av at vilkåret om uforutsette forhold nå er inntatt i en egen bestemmelse som gir utvidet endringsadgang ved uforutsette omstendigheter.

Dette innebærer at nødvendige arbeider som strengt tatt kunne forutses, men som av ulike grunner ikke er inntatt i anbudsdokumentene, også må kunne foretas i medhold av bestemmelsen.<sup>135</sup>

Spørsmålet er om dette også gjelder arbeid som bevisst holdes utenfor anbudskonkurransen. Det foreligger ikke like gode grunner for å tillate bestilling av tilleggsytelser når dette er ytelser oppdragsgiver bevisst ikke tok med i den opprinnelige anbudskonkurransen. En slik løsning åpner for ordninger som er egnet til å omgå anskaffelsesregelverket.

Dette tilsier at ytelser som dekker et behov oppdragsgiver var klar over, men bevisst unnlot å ta med i anbudsdokumentene, ikke omfattes av bestemmelsen.

Arrowsmith synes å være av samme oppfatning. Hun legger til grunn at omstendigheter som strengt tatt kunne forutses, men som oppdrags-

---

<sup>134</sup> Steinicke og Groesmeyer, (2008) s. 879

<sup>135</sup> Steinicke og Groesmeyer, (2008) mener det motsatte om bestemmelsen i 2004-direktivet. Dette nettopp fordi bestemmelsen inneholder krav om at behovet må være uforutsett Se s. 879

giver av ulike årsaker ikke forutså, vil gi grunnlag for å bestille tilleggsytelser. Dette gjelder imidlertid bare der oppdragsgiver «failed to foresee» eller «failed to provide for them», og dermed ikke hvis oppdragsgiver med vilje har utelatt arbeidene.<sup>136</sup> Det kan nevnes at synspunktet er ubegrunnet.

Løsningen synes også å samsvare best med ordlyden. Det fremstår som anstrengt å påstå at arbeider oppdragsgiver var klar over, men unnlot å ta med i konkurransegrunnlaget, «er blitt nødvendige».

Til sist kreves at tilleggsbestillingene bestilles fra samme leverandør som vant konkurransen. Dette henger sammen med antagelsen om at det er denne som vil kunne levere det mest økonomisk fordelaktige tilbudet. Siden utløsning av endringsadgangen og valg av tilbyder er forhåndsbestemt, begrenses også oppdragsgivers diskresjon.

### 3.2.3 Leverandørskifte ikke mulig av økonomiske og tekniske årsaker

Det er ikke tilstrekkelig at tilleggsytelsene er blitt nødvendige. For å forsvare avveiningen av hensynene, kreves også at bytte av leverandør «ikke er mulig af økonomiske eller tekniske årsaker».<sup>137</sup>

Spørsmålet er hva som skal til før noe «ikke er mulig». Ordlyden gir inntrykk av at det ikke kan finnes et annet alternativ enn å la valgt tilbyder utføre tilleggsarbeidene. At det kreves faktisk umulighet støttes også av at ordlyden er endret fra 2004-direktivets tilsvarende vilkår. Etter 2004-direktivets artikkel 31 fjerde ledd bokstav a var vilkåret at arbeidet ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den opprinnelige kontrakt uten vesentlig ulempe. Den strengere ordlyden «ikke er mulig» trekker i retning av det ikke er tilstrekkelig at det vil medføre store utfordringer å bytte leverandør.<sup>138</sup>

Det ene alternativet er at bytte av leverandør ikke er mulig av tekniske grunner. Direktivbestemmelsen viser til at slike grunner kan være krav om at tilleggsleveransene må kunne erstatte eller være kompatible

---

<sup>136</sup> Arrowsmith, (2014) s. 601–602

<sup>137</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 72 første ledd bokstav b nr. i

<sup>138</sup> I denne retning også Simonsen (2016) s. 427

med eksisterende utstyr, tjenesteytelser eller installasjoner som følger av den opprinnelige kontrakten. Fortalens avsnitt 108 viser til forskjell i teknisk beskaffenhet som gjør ytelsene teknisk uforenelige.

For bygge- og anleggskontrakter vil dette være tilfelle hvis tilleggsytelsene for eksempel består av ventilasjonsanlegg, eller andre komponenter, som kun leveres av en tilbyder, og som ikke passer sammen med ventilasjonsanlegg av et annet merke. Det kan også tenkes tilfeller hvor kvaliteten avhenger av en spesiell teknikk eller sertifisering som valgt tilbyder er alene om å besitte.

Det andre alternativet er at leverandørbytte ikke er mulig av økonomiske grunner. Hva som utgjør en økonomisk umulighet er ikke helt klart. Rettskildebildet er som nevnt spinkelt, og det som skrives i juridisk teori om vilkåret er nærmest bare en gjengivelse av ordlyden.<sup>139</sup>

En streng forståelse av ordlyden tilsier at oppdragsgiver faktisk ikke klarer å dekke utgiftene et leverandørbytte vil innebære. Dette innebærer at bestemmelsen ikke gir adgang til å bestille tilleggsytelser fra valgt leverandør med mindre et leverandørbytte nærmest fører til oppdragsgivers konkurs. Slike tilfeller kan vanskelig tenkes med det offentlige som oppdragsgiver.

En noe mindre streng tolking kan være å hente inspirasjon fra det som betegnes som økonomisk force majeure.<sup>140</sup> Disse reglene kan riktignok ikke anvendes direkte, siden force majeure-vilkårene ikke sammenfaller med kravet i direktivbestemmelsen. Økonomi som hindring kan likevel tenkes å bidra til forståelsen.

Om hindringsvilkåret i kontrollansvaret følger det av forarbeidene til kjøpsloven § 27 at «Forhold av rent økonomisk art [...] også i prinsippet [kan] tenkes å utgjøre en hindring for oppfyllelse, f. eks ekstraordinær utgift- eller prisstigning». Dette utdypes med at kostnadsøkningen «[f]or at det skal foreligge en hindring etter § 27, må [...] være så omfattende at oppfyllelse av avtalen påfølger selgeren en belastning som objektivt sett ligger utenfor forutsetningene ved et kjøp av den aktuelle art». Selv om

<sup>139</sup> Se for eksempel Øylkke og Nielsen, (2015) s. 354, Arrowsmith, (2014) s. 601 og Treumer, (2014) s. 292

<sup>140</sup> I denne retning Simonsen (2016) s. 428

kjøpsloven bruker ordlyden «hindring» er meningsinnholdet tolket med samme innhold som det man tidligere omtalte som «økonomisk umulighet».<sup>141</sup> Økonomisk umulighet er i anledning CISG artikkel 79 forstått slik at økonomiske omstendigheter kan utgjøre en hindring hvis omstendighetene er av en slik art at selgeren vil bli påført urimelige kostnader sett i relasjon til kontraktsprisen.<sup>142</sup>

I lys av dette vil kravet til at leverandørbytte ikke skal være økonomisk mulig innebære en vurdering av oppdragsgivers økonomiske belastning ved et slikt bytte. I vurderingen må man se kostnadene ved bytte av tilbyder opp mot hva som må anses å være en rimelig tålegrense for den aktuelle oppdragsgiver. Dette er en konkret vurdering hvor man må ta i betraktning hva prosjektet som sådan tilsier at man bruker på leverandørbytte og økonomien til oppdragsgiver som helhet.

Denne forståelsen har mer for seg enn å kreve faktisk umulighet med tanke på å få dekket kostandene. Forståelsen er i tråd med oppfatningen av økonomisk umulighet på andre rettsområder. Siden det nærmest er utenkelig at offentlige aktører kan gå konkurs, vil krav om faktisk umulighet ha lite innhold. Denne forståelsen virker også mer i tråd med den mindre bombastiske ordlyden «cannot be done» eller tilsvarende norske «ikke kan skje». Dette uttrykket fremstår som vagere enn det mer kompromissløse «ikke er mulig».

Løsningen passer også best med bestemmelsens system. Med denne tolkingen blir det økonomiske aspektet ved leverandørbytte sett subjektivt i relasjon til oppdragsgivers tålegrense. Som vi skal se fører dette til at bestemmelsen ikke konsumerer vilkåret i bokstav b nr. ii om vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver som viser til en objektiv vurdering.

### **3.2.4 Leverandørskifte forårsaker betydelige problemer eller vesentlig økning av omkostninger**

I henhold til artikkel 72 nr. 1 bokstav b nr. ii kan tilleggsytelsene bestilles av samme leverandør når bytte av leverandør vil forårsake «betydelige problemer» eller «væsentlig forøgelse af den ordregivende myndig-

---

<sup>141</sup> Mestad, (1991) s. 294–296

<sup>142</sup> Schlechtriem og Schwenger, (2010) s. 1076

heds omkostninger». I den norske gjennomføringen er dette oversatt til «betydelige vanskeligheter» eller «vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver».<sup>143</sup>

Begge vilkårene er utpreget skjønnsmessige. Forarbeidene til bestemmelsen er på det nærmeste fraværende, og de som foreligger gir begrenset veiledning når det gjelder å fastsette innholdet i vurderingene.

Jeg tar først for meg hva som ligger «betydelige problemer».

Artikkel 31 fjerde ledd bokstav a i 2004-direktivet gir anvisning på en lignende vurdering. Ifølge denne kreves at de supplerende ytelser ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den opprinnelige kontrakt «uden væsentlige ulemper». Selv om ordlyden og vurderingstemaet ved første øyekast virker forskjellig fra den nye bestemmelsen, må det antas at innholdet ikke avviker nevneverdig.

Ulemper ved å adskille tilleggsytelser fra de opprinnelige arbeidene og ulemper ved leverandørbytte må kunne sies å overlappe. Det finnes holdepunkter i andre språkversjoner som tilsier at normen for «vesentlig ulempe» og «betydelige vanskeligheter» er noenlunde lik. Den engelske ordlyden i 2004-bestemmelsen er «without major inconvenience», mens den i 2014-bestemmelsen er «cause significant inconvenience». Den franske 2004-ordlyden er «sans inconvénient majeur», mens 2014-ordlyden er «un inconvénient majeur». Selv om det er visse forskjeller i ordlyden «vesentlig ulempe» og «betydelige vanskeligheter», og «significant» og «major», må det antas at normen ikke avviker nevneverdig. Dette viser seg ved at den franske ordlyden er lik i begge bestemmelsene. Dette tilsier at praksis og teori angående 2004-bestemmelsen må kunne bidra til å fastsette innholdet i vilkåret i 2014-bestemmelsen. En annen sak er at det er tynt med praksis også for 2004-bestemmelsen.<sup>144</sup>

«Betydelige» problemer eller vanskeligheter innebærer at oppdragsgiver må overkomme negative konsekvenser av et visst omfang.<sup>145</sup> I teorien er et hyppig brukt eksempel på «vesentlig ulempe» tilleggsytelse på en

<sup>143</sup> Anskaffelsesloven § 28-1 første ledd bokstav c nr. 2

<sup>144</sup> Dragsten, (2013) s. 307

<sup>145</sup> Dragsten, (2013) s. 307

byggeplass hvor en entreprenør allerede har etablert seg.<sup>146</sup> Det vil medføre store utfordringer om man må fjerne den gamle entreprenøren og etablere den nye. Dette vil i alle tilfeller gjelde for tilleggsarbeider som ikke kan utføres parallelt med fremdriften av det opprinnelige arbeidet.

Også for tilleggsarbeid det er mulig å utføre parallelt med det opprinnelige arbeidet kan det tenkes å oppstå vesentlige vanskeligheter. At to entreprenører må jobbe på samme byggeplass kan føre til såkalte plunder og heft-krav. Slike krav kan bli relativt store. I tillegg kan vanskeligheter med risikoplassering tilsi at tilleggsarbeidene utføres av opprinnelig entreprenør. Hvis flere entreprenører har utført arbeid som saklig hører under samme kontraktsområde kan det også være vanskelig å vurdere årsakssammenheng og andre grensedragninger i forbindelse med risikoplassering for mangler.<sup>147</sup>

I entrepriseretten diskuteres hvorvidt entreprenøren har rett til å utføre pålagt endringsarbeid. Barbo konkluderer med at dette er tilfelle under gitte forutsetninger.<sup>148</sup> Hvis det er slik at entreprenørens rett er kontraktfestet, vil dette kunne bidra til betydelige vanskeligheter ved et leverandørbytte. Er en slik rettighet bygget på lojalitetsbetraktninger, kan en lojalitetsplikt neppe føre så langt at byggherren må foreta ikke-tillatte endringer for å oppfylle den. Dette er også Barbos konklusjon.<sup>149</sup>

Hvorvidt arbeidene som bestilles ligger på «kritisk linje» kan også påvirke hvorvidt et leverandørbytte vil innebære betydelige vanskeligheter. Kritisk linje er de aktiviteter hvis fremdrift har umiddelbar virkning for om fastsatte milepæler eller leveringsdatoen nås.<sup>150</sup> Aktivitetene på kritisk linje er gjerne bundet sammen av en logisk avhengighet ved at oppstart av en aktivitet er betinget av at en annen aktivitet er utført. Varighetsendring av en aktivitet på kritisk linje, vil få direkte konsekvens for prosjektets ferdigstillelsesdato. Dette vil ikke gjelde for varighetsend-

---

<sup>146</sup> Arrowsmith, (2014) s. 1078

<sup>147</sup> Barbo, (1997) s. 93

<sup>148</sup> Barbo, (1997) s. 98

<sup>149</sup> Barbo, (1997) s. 97

<sup>150</sup> Kaasen, (2006) s. 375

ringer av andre aktiviteter.<sup>151</sup> Resultatet er at det lettere vil oppstå betydelige problemer om tilleggsytelsene ligger på kritisk linje.

Det andre vilkåret er at leverandørbytte vil medføre en «væsentlig forøgelse af den ordregivende myndigheds omkostninger».

Vurderingen er tilsynelatende sammenfallende med vilkåret om økonomisk umulighet. Dette vil i praksis innebære at vilkåret om umulighet vil bli konsumert av kravet til vesentlig kostnadsøkning. En vesentlig kostnadsøkning vil foreligge før noe er økonomisk mulig.

Dette er bare tilfelle hvis begge vurderingene skal gjøres ut fra hva som objektivt er en vesentlig kostnadsøkning eller økonomisk umulighet. Dette bygger opp om forståelsen om at kravet til økonomisk umulighet viser til en subjektiv vurdering. Kravet til vesentlig kostnadsøkning må etter dette resonnementet vise til en objektiv vurdering. Dette passer best med systembetraktninger. På denne måten ivaretar vilkårene ulike vurderinger og hensyn.

Løsningen innebærer at noe kan være så økonomisk belastende for en oppdragsgiver at det for denne oppdragsgiveren ikke vil anses som økonomisk mulig, uten at kostnadsøkningen objektivt er vesentlig. Dette er for eksempel tilfelle hvis en oppdragsgiver driver et prosjekt med veldig små marginer, slik at selv en liten kostnadsøkning velter hele prosjektet. I tillegg unngås urimelig store kostnadsøkninger, selv om disse ikke er økonomisk tyngende for oppdragsgiver.

Det foreligger lite kilder som belyser hva som utgjør vesentlige ekstrakostnader. Ordlyden tilsier at oppdragsgiver må finne seg i en del utgifter i forbindelse med et leverandørbytte før han kan påberope seg bestemmelsen.

### **3.2.5 Kumulative vilkår?**

Siden vilkårene bindes sammen med ordet «og», får man umiddelbart inntrykk av at vilkårene er kumulative. Som påpekt av Simonsen fører dette imidlertid til et visst hodebry.<sup>152</sup> Tolkingen innebærer at leveran-

---

<sup>151</sup> Helland, (2010) s. 250

<sup>152</sup> Simonsen (2016) s. 427

dørbytte både må være teknisk umulig og betydelig vanskelig. Vilkkåret om «betydelig vanskelig» vil da ikke ha noe reelt innhold. Tilsvarende gjelder vilkkårene om økonomiske utfordringer. Om vilkkårene er kumulative kreves at leverandørbytte ikke er økonomisk mulig og at det forårsaker en vesentlig kostnadsøkning. Oppdragsgiver må altså bytte leverandør selv om dette ikke er økonomisk mulig, så lenge kostnadsøkningen ikke er stor nok.

Om artikkel 72 leses i sin helhet kan ordlyden tilsi at vilkkårene er alternative. Artikkel 72 nr. 1 avslutter med ordene «i følgende tilfelle». Deretter listes de ulike endringsadgangene opp. I denne sammenheng kan ordet «og» fungere som angivelse av to likestilte situasjoner. Dette er ikke fremtredende siden «og» ikke står mellom bokstavene som oppramser endringsadgangene, men mellom to ledd i bokstav b. Likevel trekker dette i retning av at «og» ikke er ment å angi kumulative vilkår.

Dette forsterkes av at bokstav c innleder med ordenene «når samtlige betingelser er oppfylt». Dette indikerer motsetningsvis at det i denne bestemmelsen nettopp er snakk om kumulative vilkår.<sup>153</sup>

Disse nyansene fremgår dessverre ikke like godt i den norske oversettelsen i anskaffelsesforskriften § 28-1. Bestemmelsen må etter mitt syn likevel tolkes som om vilkkårene er alternative for at begge vilkkårene skal ha en funksjon.

Denne tolkingen samsvarer også bedre med bestemmelsens logiske oppbygging. Er vilkkårene alternative vil både vilkkårene om teknisk eller økonomisk umulighet, og vilkkårene om betydelige vanskeligheter eller vesentlige kostnadsøkninger gi grunn til å fortsette med samme leverandør. Denne forståelsen samsvarer best med tolkingen av vilkkårene som fremstilt over.

### 3.2.6 Kvalitative begrensninger

Endringer etter bokstav b er ikke underlagt noen eksplisitte, kvalitative begrensninger. Kvalitative endringer blir likevel begrenset av at bestemmelsen kun åpner for å foreta «suppleringer». Andre kontraktendringer,

---

<sup>153</sup> Slik også Simonsen (2016) s. 427



slik som rene prisendringer eller reduksjoner, kan ikke foretas i henhold til bestemmelsen.

Spørsmålet er om de supplerende ytelsene må være av samme type som hovedanskaffelsen.

I henhold til tolkingen over må nødvendigheten rette seg mot fullførelsen av kontrakten som er inngått. Dette påvirker hva slags endringer som kan foretas. Siden ordlyden ikke angir noen kvalitative begrensninger, kan det virke som om ikke tilleggssytelsens art er avgjørende, men hvorvidt den er nødvendig for ferdigstillingen av kontraktsgjenstanden.

Steinicke og Groesmeyer synes å være av denne oppfatning.<sup>154</sup> Meyer skriver motsetningsvis at «supplerende ytelser er *kvalitative* kontraktutvidelser».<sup>155</sup> Like over dette utsagnet tar han et lite forbehold ved at han påpeker at dette *normalt* vil være komplementære ytelser. Dette begrunner han med kravet om at tilleggssytelsen nettopp ikke kvalitativt er omfattet av hovedytelsen. Svakheten ved begrunnelsen er at kravet om at tilleggssytelsen ikke var omfattet av det opprinnelige anbud, ikke kan ses som et krav om en annen ytelsestype. Det kan like godt tenkes at det er prosjektert med for lite av en ytelse, og at det bestilles mer av denne. Meyers utsagn kan og oppfattes slik at han ikke setter opp en absolutt regel om at tilleggssytelsen må være kvalitativ ulik hovedytelsen, men at dette er det normale. Det kan så være. I denne sammenheng er poenget at tilleggssytelsen ikke er underlagt noen kvalitativ begrensning. Det avgjørende er at den er nødvendig for ferdigstillingen.

### 3.3 Uforutsette omstendigheter

#### 3.3.1 Innledning

Direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav c åpner for å foreta endringer når endringsbehovet oppstår på grunn av omstendigheter «som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed».

---

<sup>154</sup> Steinicke og Groesmeyer, (2008) s. 880

<sup>155</sup> Meyer, (1998) s. 131

I følge Kommissjonens kommentarer til bestemmelsen bygger bestemmelsen på prinsippene bak 2004-direktivets artikkel 31 fjerde ledd bokstav a. Direktivbestemmelsen er imidlertid «extend[ed] [...] considerably» siden det kun er vilkåret om uforutsette omstendigheter som er videreført.<sup>156</sup>

Bestemmelsens vide endringsadgang gir fleksibilitet i situasjoner hvor nødvendigheten for dette er størst. Hva som kreves av en «påpasselig» oppdragsgiver vil være med å trekke grensen for hvilke endringer oppdragsgiver må sørge for å ha grunnlag for i endringsklausuler. Settes grensen for hva som forventes av en aktsom oppdragsgiver rimelig, danner bestemmelsen i kombinasjon med artikkel 72 nr. 1 bokstav a et godt verktøy for oppdragsgivers prosjektstyring.

### 3.3.2 Omstendigheter en påpasselig oppdragsgiver ikke kunne forutse

#### 3.3.2.1 Utgangspunkt

Bestemmelsen gir adgang til å foreta endringer hvis behov har oppstått på grunn av uforutsette omstendigheter. Avgjørende er hva oppdragsgiver forventes å forutse på tidspunktet for anbudskonkurransen.

Av ordlyden følger at det er hva som kreves av en «påpasselig» oppdragsgiver som er avgjørende. Selv om ordlyden nå presiserer dette, er det antatt at vilkåret ikke innebærer noe annet enn det som følger av kravet i 2004-direktivets artikkel 31 fjerde ledd bokstav a.<sup>157</sup>

Ordlyden «omstendigheter» tilsier at ikke bare eksterne *hendelser*, som naturkatastrofer eller endret lovgivning begrunner endringsadgangen, men også endringsbehov på bakgrunn av omstendigheter som alltid har foreligget, men som oppdragsgiver ikke kunne ventes å vite om.

Det er hva oppdragsgiver «kunne» ha forutsett som er avgjørende. Det er altså ikke av betydning om oppdragsgiver faktisk har forutsett omstendighetene. Vurderingen skal være objektiv.

---

<sup>156</sup> Rådets dokument til utbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 20–21

<sup>157</sup> Se Treumer PPLR, (2014) s. 151 note 13 og Rådets dokument til utbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 21

Siden endringsbehovet ikke er oppstått på grunn av forhold på oppdragsgivers side, er det grunn til å la hensynet til samfunnsøkonomi og prosjektstyring gå foran hensynet til fri flyt av tjenester. Forutsetningen er at endringene ikke går lenger enn det som er nødvendig for å veie opp for den uforutsette omstendigheten. Det er mindre risiko for at slike endringer foretas på bakgrunn av vilkårlig forskjellsbehandling.<sup>158</sup> Siden vurderingen er objektiv er det mulig å etterprøve om endringen er rettmessig.

Hvilke omstendigheter oppdragsgiver objektivt sett kan forventes å forutse avhenger av hvor streng normen er. Ordlyden i direktivet fastsetter at det er hva som kan ventes av en «påpasselig» oppdragsgiver som er avgjørende. I den norske bestemmelsen er dette oversatt med «aktsom».<sup>159</sup> Uforutsette omstendigheter er også etter den ulovfestede læren antatt å gi videre adgang til å foreta endringer.<sup>160</sup> Praksis angående dette kan indikere hvor lista for hva som kan ventes av en aktsom oppdragsgiver ligger.

Som utgangspunkt vil ikke rene forglemmelser eller annet slurv fra oppdragsgivers side omfattes av bestemmelsen. Ved slike tilfeller kan oppdragsgiver ikke sies å ha vært aktsom. Dette er i tråd med hvordan Steinicke og Groesmeyer har forstått kravet i 2004-direktivets artikkel 31. fjerde ledd bokstav a.<sup>161</sup>

Den praksisen som foreligger om 2004-direktivet tilsier at avslag for aktiviteter som trenger tillatelse fra andre organ ikke utgjør en uforutsett omstendighet. Sak C-318/94 «Kommissjonen mot Tyskland» gjaldt arbeider med å utdype en elv slik at større og mer djuptgående skip kunne seile der. Slik utdyping trengte imidlertid myndighetenes godkjenning. At myndighetene hadde innvendinger ble ikke ansett for å være en uforutsett begivenhet. Dette gjaldt selv om avslaget var uventet.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> Poulsen, (2012) s. 173

<sup>159</sup> Anskaffelsesforskriften § 28-1 første ledd bokstav d

<sup>160</sup> Se blant annet Arrowsmith, (2014) s. 590 og Poulsen, (2012) s. 173

<sup>161</sup> Steinicke og Groesmeyer, (2008) s. 879

<sup>162</sup> C-318/94 «Kommissjonen v Tyskland» avsnitt 15–18

I CAS *Succhi di Frutta* som er omtalt over i punkt 2.1 anførte Kommissjonen at man måtte kunne endre kontrakten «hvis omstendighetene krever det».<sup>163</sup> EU-domstolen tok ikke dette til følge og viste til at Kommissjonen burde inntatt en endringsklausul som åpnet for den aktuelle endringen. Avgjørelsen kan forstås som at EU-domstolens oppfatning var at den aktuelle omstendigheten, mangel på epler, var noe Kommissjonen burde forutsett da de utarbeidet lisitasjonsdokumentene. Dette kan ses på som en forventning av at oppdragsgiver har kontroll over egne innsatsfaktorer og hvor langt disse strekker i planleggingen av anskaffelser.

I mangel på andre kilder blir veiledningen som gis i fortalen retningsgivende for vurderingen.<sup>164</sup> Uforutsette omstendigheter defineres i fortalens avsnitt 109 som omstendigheter som ikke kunne forutses til tross for rimelig omhyggelige forberedelser i forbindelse med anbudets planleggingsfase. Av momenter som inngår i vurderingen av rimelig omhyggelige forberedelser nevnes tilgjengelige midler, prosjektets art og kjennetegn og god praksis på området. I tillegg påpekes at man i vurderingen må ivareta et fornuftig forhold mellom ressurser som brukes på planleggingen og det endelige prosjektets verdi.<sup>165</sup>

Momentene som angis gir den fleksibiliteten som trengs i prosjektstyringen for å overkomme forhold det vanskelig kan planlegges med. Særlig vil forholdsmessighetsvurderingen hindre unødvendige fordyrende anbudsprosedyrer. Den vil også bidra til å avverge unødvendig ressursbruk i oppdragsgivers planlegging ved at det inntas endringsklausuler for alle tenkelige eventualiteter for å sørge for tilstrekkelig fleksibilitet.

### 3.3.2.2 Prosjektets art og kjennetegn

Fortalen trekker frem at prosjektets art og kjennetegn skal med i vurderingen av hva en aktsom oppdragsgiver burde ha forutsett. Prosjektets kompleksitet og varighet vil være viktige faktorer i denne vurderingen.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> C-496/99 «*Succhi di Frutta*» avsnitt 19

<sup>164</sup> Treumer PPLR, (2014) s. 151

<sup>165</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 109

<sup>166</sup> Ølykke og Nielsen, (2015) s. 356

Det er i teorien angående den ulovfestede læren argumentert for at dette spiller inn i vesentlighetsvurderingen. Begrunnelsen er at det ved langvarige prosjekter vil være vanskeligere for oppdragsgiver å forutsi mulige hendelser enn for kortere prosjekt.<sup>167</sup> Den opprinnelige entreprenøren vil underveis i prosjektet få opparbeidet erfaring og know-how knyttet til det konkrete prosjektet.<sup>168</sup> Det vil ta tid og ressurser om en ny leverandør skal opparbeide seg tilsvarende kunnskap et stykke ut i prosjektets fremgang. Dette gjelder i større grad for kompliserte prosjekt, noe som gir større grunn til å fortsette med opprinnelig entreprenør. Planleggingen vil være vanskeligere for slike prosjekt og en eventuelt ny anbudsprosedyre dyrere.<sup>169</sup>

Tidspunktet for når i kontraktforløpet endringen foretas spiller inn i vurderingen. Om en endring foretas rett etter kontraktinngåelse kan det være større grunn til å forvente at oppdragsgiver skulle tatt forholdet i betraktning. Motsatt for endringsbehov som oppstår flere år ut i gjennomføringsfasen.<sup>170</sup> Dette vil imidlertid avhenge av hva omstendigheten er, og om det at den dukket opp tidlig indikerer at man burde planlagt med dette.

At en kontrakts kompleksitet og varighet påvirker hvorvidt en endring medfører krav til ny anbudsprosedyre er lagt til grunn i nemdspraksis. I KOFA-sak 2010/212 «Helse Bergen HF» la klagenemnda vekt på at «[a]nskaffelsens art [innebar] et langvarig avtaleforhold, der det naturlig [ville] oppstå et behov for endringer og justeringer i løpet av kontraktsperioden». Klagenemnda reiser, men tar ikke stilling til, spørsmålet om hvorvidt innklagede burde tatt høyde for at behovet ville endre seg i anbudskonkurransen. På generelt grunnlag uttaler de at det må «være rom for tilpasninger av offentlige kontrakter til endrede eksterne forhold uten at det må gjennomføres en ny konkurranse».<sup>171</sup> Saken omhandlet utvidelse av en anskaffelse av diverse laboratorieinstrumenter med levetid

---

<sup>167</sup> Poulsen, (2012) s. 171

<sup>168</sup> Poulsen, (2012) s. 171

<sup>169</sup> Arrowsmith, (2014) s. 590

<sup>170</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 221

<sup>171</sup> 2010/212 «Helse Bergen HF» avsnitt 40

på minst 10 år. Klagenemnda viste til at utvidelsen var gjort på bakgrunn av et endret behov de senere årene, blant annet ved at prøvemengden hadde økt. Avgjørelsen er også et eksempel på at hensynet til samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk går foran hensynet til likebehandling og konkurranse. KOFA begrunnet avgjørelsen med at en ny konkurranse ville innebære at analyseinstrumentene måtte kasseres før utløpt levetid. Endringen ble ikke ansett som vesentlig i henhold til «pressetext»-momentene.<sup>172</sup>

Vurderingen må tas konkret for hver anskaffelse. Likevel kan det være grunn til å si noe generelt om fellestrekk for bygge- og anleggsarbeider. Som poengtert i avhandlingens innledning kjennetegnes slike arbeider ved at de er langvarige og kompliserte.<sup>173</sup>

Entreprisekontrakter er i så stor grad utsatt for endringsbehov at det blir omtalt som «uundgåelig».<sup>174</sup> Dette kan lede til tanken om at oppdragsgiver nettopp burde være forberedt på en del endringsbehov, og planlegge med dette ved å innta endringsklausuler som tilfredsstillende kravene. Dette blir imidlertid et spørsmål om ressursbruk. For langvarige og komplekse kontrakter vil det være nærmest uoverkommelig å planlegge for alle eventualiteter. Dette begrunner en utvidet endringsadgang for disse prosjekttypene. For bygge- og anleggsprosjekt vil det typiske endringsbehovet være kjent for alle parter i forkant av anbuds konkurransen. Å tillate endringer på grunn av uforutsette forhold er dermed ikke like inngripende med tanke på likebehandling og konkurranse.<sup>175</sup>

Det kan likevel virke som EU-lovgiver er av den oppfatning at endringsbehov som er typiske for visse kontrakter må tas med i endringsklausuler. Dette kommer frem i fortalens avsnitt 111, hvor teknologisk utvikling på områder hvor dette ofte forekommer nevnes som eksempel.

I sak C-337/98 «Rennes» uttalte EU-domstolen at det ved forhandlinger som strekker seg over en lang periode er naturlig at det tas hensyn

---

<sup>172</sup> 2010/212 «Helse Bergen HF» avsnitt 41–42

<sup>173</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 21 og Berg, (2012) s. 824

<sup>174</sup> Berg, (2012) s. 809

<sup>175</sup> Poulsen, (2012) s. 171

til teknologisk utvikling under forhandlingsløpet.<sup>176</sup> På bakgrunn av dette ser Berg teknologisk utvikling som en omstendighet som ikke kan forutses.<sup>177</sup> Dette er i tråd med vurderingen i henhold til fortalens avsnitt 109, hvis de aktuelle kontraktene kjennetegnes av at det ofte forekommer utvikling underveis i kontraktgjennomføringen. Eksempelbruken i fortalens avsnitt 111 synes imidlertid å forutsette at endringsbehov som er begrunnet med teknologisk utvikling må fremgå av endringsklausuler. Vekten til «Rennes» svekkes av at det er snakk om gjenopptagelse av forhandlinger og ikke kontraktgjennomføring. Det må generelt antas at det er større rom for endringer under forhandlinger enn etter kontraktinngåelse. Dette tilsier at det forventes at oppdragsgiver forutser endringsbehov som er typiske for det aktuelle kontraktområdet.

### 3.3.2.3 God bransjepraksis

Et annet moment som nevnes i fortalens avsnitt 109 er «god praksis på det pågældende område».

God bransjepraksis angir standarden for hvor grundig det er normalt å planlegge prosjektet. På denne måten fastsettes et utgangspunkt for å vurdere om oppdragsgiver i det konkrete tilfelle har foretatt seg det man kan vente av en aktsom aktør i den aktuelle bransjen når det gjelder å forutse endringsbehov.

For bygge- og anleggsprosjekter vil det avgjørende være hvor langt prosjekteringen normalt er kommet på tidspunktet for anbudskonkurransen. Dette avhenger av hva slag entreprisetype det er snakk om.

De to hovedformene for entreprisekontrakter som benyttes i dag er utførelsesentreprise og totalentreprise.<sup>178</sup>

Utførelsesentreprise kjennetegnes ved at det er byggherren som har ansvaret og risikoen for prosjekteringen.<sup>179</sup> Totalentreprise er derimot

---

<sup>176</sup> C-337/98 «Rennes» avsnitt 51

<sup>177</sup> Berg, (2012) s. 825

<sup>178</sup> Marthinussen mfl., (2010) s. 45

<sup>179</sup> Marthinussen mfl., (2010) s. 45

en entrepriseform hvor entreprenøren ikke bare har ansvaret for utføring av byggearbeidet, men også hele eller det vesentlige av prosjekteringen.<sup>180</sup>

Det som skiller en totalentreprise fra utførelsesentreprise i denne sammenheng er på hvilket stadium i prosjekteringsfasen anbudskonkurransen foretas. Dette vil være styrende for hva oppdragsgiver kan forventes å forutse.

I prosjekteringsfasen utarbeides skisseprosjekt, forprosjekt og til slutt detaljprosjektering.<sup>181</sup> Skisseprosjektet består av de første beregningene og tegningene som virkeliggjør prosjektprogrammet.<sup>182</sup> Her gjennomføres grunnundersøkelser og det utvikles tekniske krav på overordnet nivå. I forprosjektet ferdigstilles og kvalitetssikres tegninger og beskrivelser. Brukerkrav og tekniske krav skal angis på et tilstrekkelig nivå til at omfang, kvaliteter og tilhørende budsjett er definert.<sup>183</sup> Detaljprosjekteringen utarbeider tegninger og beskrivelser i detalj.<sup>184</sup> Disse skal være detaljerte nok til at selve byggearbeidet skal kunne iverksettes.<sup>185</sup>

Siden det er totalentreprenøren som har ansvaret for gjennomføringen av detaljprosjekteringen i totalentrepriser, vil anbudskonkurransen bli gjennomført på et stadium hvor det kun foreligger et skisseprosjekt, eventuelt forprosjektering. Dette begrenser hva som kan forventes av oppdragsgiver når det gjelder å forutse endringsbehov. Dermed er det større rom for å foreta endringer for slike kontrakter etter bokstav c.

I utførelsesentrepriser er det oppdragsgiver som har ansvar for prosjekteringen. Planleggingen er derfor kommet lenger på anbudsstadiet enn totalentrepriser. For slike entrepriseformer kan det altså forventes mer kunnskap av en aktsom oppdragsgiver.

Dette utgangspunktet må imidlertid modifiseres noe. Ved større og lengre prosjekt er det ikke uvanlig at de ulike fasene glir noe over i hverandre. Dette er et resultat av at man for å effektivisere arbeidet setter

---

<sup>180</sup> Nordtvedt mfl., (2013) s. 20

<sup>181</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 41

<sup>182</sup> Direktoratet for forvaltning og IKT (2015)

<sup>183</sup> Direktoratet for forvaltning og IKT (2015)

<sup>184</sup> Direktoratet for forvaltning og IKT (2015)

<sup>185</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 41



i gang utførelsen av arbeid som må ferdigstilles tidlig, før man er ferdig eller har startet på detaljprosjekteringen av arbeid som ikke skal utføres før om en stund.<sup>186</sup> Dette innebærer i praksis at ikke hele prosjektet er ferdig prosjektert når man setter arbeidet ut på anbud. Dette påvirker hva som kan forventes av en aktsom oppdragsgiver.

Noe som i særlig grad kan by på uforutsette problemer når det gjelder entreprise er grunnforholdene. Problemer kan oppstå på grunn av grunnens sammensetning, grunnvannstand, forurensning, rør og ledninger eller kulturminner.<sup>187</sup> I tråd med funksjonsfordelingen i entrepriseretten er risikoen for grunnforholdene plassert hos byggherren. Dette kommer for eksempel til syne i NS 8405 punkt 19.3 annet ledd. At dette er en kjent og typisk problemstilling i entreprisesaker tilsier at det er grunn til å stille særlig krav til at oppdragsgiver gjør det som kreves for å avdekke omstendigheter som kan føre til at kontrakten må endres. Vurdering av grunnforholdene er imidlertid vanskelig.<sup>188</sup> Så lenge oppdragsgiver har foretatt en kvalifisert vurdering bygget på materiale og prøver i henhold til god bransjepraksis, må det antas at omstendigheter knyttet til grunnforholdene vil gi grunnlag for endringer etter bokstav c.

Et eksempel fra KOFA er sak 2010/179 «Vestvågøy kommune». Saken omhandlet prosjektering og bygging av ny fjerde arm til en rundkjøring inkludert nye parkeringsplasser og kulvert. Kontrakten ble endret ved at det ble tatt ut en del arbeider i forbindelse med parkeringsplassene. Endringen ble ikke ansett for vesentlig. I avgjørelsen la KOFA vekt på at endringen «for en stor del var begrunnet i uforutsette grunnforhold, ettersom myrdybden var større enn først antatt.»<sup>189</sup> KOFA uttalte generelt at det ikke er uforenelig med regelverket at kontraktsomfanget endres uten ny konkurranse der dette skyldes uforutsette forhold.

---

<sup>186</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 42

<sup>187</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 207

<sup>188</sup> Marthinussen mfl., (2010) s. 273

<sup>189</sup> 2010/179 «Vestvågøy kommune» avsnitt 67

### 3.3.2.4 Tilgjengelige midler og forholdsmessighetsvurdering

Et annet moment i vurderingen er tilgjengelige midler. Det må antas at det med dette menes de midler som er satt av til prosjektet. Det er kun disse midlene det er naturlig å omtale som «tilgjengelige». Uttalelsen tyder på at det forventes mer av en oppdragsgiver som har masse tilgjengelige midler. Momentet er i tråd med det nå mer uttalte målet om at anskaffelsesreglene skal bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>190</sup>

I vurderingen av hva som skal til for at oppdragsgiver har gjort rimelig omhyggelige forberedelser, skal det sikres et fornuftig forhold mellom midler som benyttes på forberedelsene og den antatte verdien av anskaffelsen.

Det forventes grundigere planlegging for prosjekt med store verdier.<sup>191</sup> Når det vises til anskaffelsens forutsigelige verdi, må det i mangel av andre holdepunkter antas at oppdragsgivers beregning i henhold til direktivets artikkel 5 legges til grunn.

Forholdsmessighetsvurderingen påvirker hva som kreves av de andre momentene. For eksempel kreves mindre grundige grunnundersøkelser for små og enkle byggeprosjekt.

Det kan virke som om forholdsmessighetsvurderingen kolliderer med momentet om prosjektets art og kjennetegn. Et av entrepriseprosjekts kjennetegn er en overhengende fare for mulige endringer. Denne faren vil gjøre seg mer gjeldende jo større og mer komplekst prosjektet er. Av denne grunn er det argumentert for at det må være aksept for endringer hvis behov stammer fra uforutsette omstendigheter. Store og kompliserte byggeprosjekt vil imidlertid også ha en relativt høy verdi. Dette tilsier altså at oppdragsgiver forventes å bruke mye ressurser i forberedelsene. Antagelig vil bransjenormer være førende for om oppdragsgiver har gjort det som forventes av forberedelser i slike prosjekt.

---

<sup>190</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 2

<sup>191</sup> Ølykke og Nielsen, (2015) s. 356

### 3.3.2.5 Force majeure

Visse omstendigheter kvalifiserer etter sin art som uforutsett etter direktivbestemmelsen. Dette gjelder helt eksterne forhold som ikke ventelig vil kunne forutses uavhengig av hvor god planleggingen måtte være.

Typiske eksempler er omstendigheter som kan klassifiseres som force majeure-tilfeller, altså eksterne hendelser som partene ikke kan ventes å kontrollere.<sup>192</sup>

Som eksempel på en slik hendelse nevner Arrowsmith terroristangrep.<sup>193</sup> Et annet eksempel som ofte nevnes er endret lovgivning.<sup>194</sup>

Ikke alle eksterne omstendigheter utenfor oppdragsgivers kontroll kan forsvare at det foretas endringer. For eksempel kan ikke en økonomisk krise føre til endringer av priser og leveringsvilkår bare fordi krisen er en ekstern omstendighet.<sup>195</sup>

### 3.3.3 Særlig om misligholdssituasjoner

Et særlig spørsmål er hva som gjelder for endringer som blir foretatt i forbindelse med en misligholdssituasjon. Et eksempel hvor dette kan være aktuelt er en situasjon hvor høye dagmulktsskrav kan slå entreprenøren konkurs. I et slikt tilfelle kan det være aktuelt for oppdragsgiver å akseptere noe forsinkelse uten å håndheve dagmulktssanksjonen. Situasjonen skiller seg fra en normal kontraktendring ved at kontrakten ikke egentlig endres, men at partenes ytelser likevel blir annerledes på grunn av partenes handlinger.

Goller og Kreyberg argumenterer for at det må anvendes en noe mer fleksibel norm i slike tilfeller.<sup>196</sup> Begrunnelsen for dette kommer ikke tydelig fram. Det kan virke som om de mener at oppdragsgivers behov for fleksibilitet når det gjelder forretningsmessige forsøk på å sikre leveransen bør gå foran hensynet til likebehandling i disse tilfellene. Dette

---

<sup>192</sup> Dragsten, (2013) s. 746

<sup>193</sup> Arrowsmith, (2014) s. 590

<sup>194</sup> Se Poulsen mfl., (2011) s. 231 og Dragsten, (2013) s. 746

<sup>195</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 220

<sup>196</sup> Goller og Kreyberg, (2012) s. 57 i denne retning også Berg, (2012) s. 837

gjelder særlig der det er usikkerhet knyttet til hvilken part som er ansvarlig for misligholdet.<sup>197</sup>

Kommisjonens forslag til det nye direktivet inneholdt regulering av endringer i forbindelse med misligholdssituasjoner. I følge forslaget artikkel 72 sjuende ledd kunne oppdragsgiver ikke foreta endringer hvis målet med endringen var å rette opp kontrahentens mislighold eller konsekvensen av misligholdet. Dette gjaldt hvis oppdragsgiver kunne rette opp den mangelfulle utførelsen ved håndhevelse av kontraktens misligholdsbeføyelser. Etter bestemmelsen ville slike endringer bli ansett som vesentlige. I Kommisjonens kommentarer til bestemmelsen viser Kommisjonen til eksempel om at kontraktperioden blir forlenget for å unngå forsinkelse.<sup>198</sup>

Forslaget ble på dette punkt sterkt kritisert av Treumer.<sup>199</sup> Treumer mente at bestemmelsen innebar en bemerkelsesverdig restriktiv tilnærming når det gjaldt endringsmuligheter i misligholdssituasjoner. Treumer viser til at oppdragsgiver i slike situasjoner typisk vil ha behov for å akseptere visse endringer for å sikre oppfyllelse. Dette gjelder særlig for kompliserte kontrakter hvor det å bytte leverandør vil medføre store kostnader og forsinkelser.<sup>200</sup> Treumer mente også at forslaget stengte for endringer i situasjoner hvor dette ville vært fornuftig, for eksempel situasjoner hvor store deler av en kontrakt er ferdigstilt og gjenstående tjenester er uadskillelige fra de delene av kontrakten som allerede er ytt.<sup>201</sup>

Forslaget ble ikke med i det endelige direktivet. Dette har ifølge Treumer ført til betydelig usikkerhet rundt gjeldende rett.<sup>202</sup> Det at forslaget ikke ble fulgt opp kan tilsis at EU-lovgiver så på regelen som for rigid, og at direktivets regler om kontraktendringer også vil få anvendelse på forandringer i ytelsene på grunn av mislighold.

Dette er i tråd med det som følger av praksis.

---

<sup>197</sup> Goller og Kreyberg, (2012) s. 58–59

<sup>198</sup> Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 22

<sup>199</sup> Treumer, (2012) s. 160 flg

<sup>200</sup> Treumer, (2012) s. 161

<sup>201</sup> Treumer, (2012) s. 163

<sup>202</sup> Treumer PPLR. (2014) s. 149

I KOFA-sak 2015/27 «Eidsvoll kommune» tok KOFA stilling til en påstått ulovlig direkteanskaffelse ved at oppdragsgiver stilltiende aksepterte ikke-kontraktsmessig oppfyllelse fra leverandøren. Anskaffelsen gjaldt innsamling og transport av husholdningsavfall. I anskaffelsesdokumentene var det stilt krav om at kjøretøyene minimum skulle ha Euro-standard 4. Alle tilbydere i konkurransen hadde kjøretøy med Euro-standard 5. I kontraktgjennomføringen benyttet valgt leverandør kjøretøy med Euro-standard-3. Spørsmålet var om oppdragsgivers manglende inngripen i dette utgjorde en vesentlig endring i henhold til «presstext».

Anførselen i saken gikk altså ikke ut på at valgt leverandør og oppdragsgiver faktisk hadde avtalt en endring av kontrakten, men at oppdragsgivers manglende oppfølging og håndhevelse av kontrakten ved leverandørens mislighold måtte likestilles med at kontrakten var vesentlig endret.<sup>203</sup> Til dette uttalte KOFA at det «i relasjon til doktrinen om vesentlige endringer [...] i prinsippet [ikke er] forskjell mellom manglende håndhevelse av en kontrakt, og en tilsvarende avtalt endring.»<sup>204</sup> KOFA viser i denne forbindelse til uttalelser i teorien og en engelsk underrettsavgjørelse samt en avgjørelse fra dansk klagenævn for udbud.

På bakgrunn av at valgt tilbyder ville blitt avvist med et tilbud som gikk ut på bruk av kjøretøy med Euro-standard 3, var det mulig at oppdragsgiver ville akseptert et annet tilbud i konkurransen. Av denne grunn kom KOFA til at endringen var vesentlig.

KOFAs standpunkt har støtte i juridisk teori. Arrowsmith påpeker at også manglende håndhevelse av mislighold kan anses som en vesentlig endring av kontrakten.<sup>205</sup> Arrowsmith viser til en avgjørelse fra engelsk underrett, *J Varney & Sons Waste Management Ltd v Hertfordshire County Council*. Saken omhandlet en kontrakt om avfallshåndtering ved resirkulasjonssentre. En av partenes anførsler var at Hertfordshire County Council hadde tolerert flere kontraktsbrudd fra valgt tilbyder. Parten mente dette i praksis innebar at kontrakten ble vesentlig endret.

<sup>203</sup> 2015/27 «Eidsvoll Kommune» avsnitt 31

<sup>204</sup> 2015/27 «Eidsvoll Kommune» avsnitt 32

<sup>205</sup> Arrowsmith, (2014) s. 591

Dommeren var i prinsippet enig i at slik toleranse for ikke-kontraktsmessig oppfyllelse kunne utgjøre en vesentlig endring. Dommeren mente imidlertid at dette forutsatte at oppdragsgiver var klar over misligholdet, og likevel bevisst aksepterte ytelsene, som ikke var tilfelle i saken.<sup>206</sup>

Også dansk klagenævnspørelse har tatt stilling til spørsmålet. Norpharma AS mot Amgros IS gjaldt kontrakt om levering av legemidler til sykehusapotek. I anbudsdokumentene var det fremhevet at levering på leveringsdato 1. januar 2010 var viktig. Valgt leverandør kunne imidlertid ikke levere den oppgitte datoen. Klageren mente at manglende overholdelse av dette kravet fra oppdragsgivers side innebar at kontrakten ble vesentlig endret.<sup>207</sup> Klagenævnet tok ikke klagerens anførsel til følge på dette punkt. Dette var begrunnet med at forsinkelsen var «bagatelagtig».<sup>208</sup> Det at klagenævnet ga denne begrunnelsen tyder likevel på at forsinkelsen ble vurdert som en endring.<sup>209</sup>

Denne praksisen viser at endringer med bakgrunn i mislighold i flere medlemsstater er behandlet på lik linje med avtalte endringer. Da den foreslåtte bestemmelsen ikke ble vedtatt i det nye direktivet, må det antas at direktivets regler i tråd med denne praksisen også gjelder for endringer med bakgrunn i mislighold.

Hensynene som tilsier at endringer bør kunne foretas ved misligholdssituasjoner sammenfaller med de som gjelder for uforutsette omstendigheter. Situasjonene vil være preget av at kontraktoppfyllelsen er påbegynt og må tilpasses underveis for å samsvare med en ny realitet. Situasjonene vil også være preget av at oppdragsgiver ikke har kunnet påvirke for å unngå endringsbehovet.

Dette vil ikke gjelde uforbeholdent. Det ville stride med kravet til likebehandling om valgt leverandør gis mulighet til å gi tilbud han forsto han ikke ville klare, i visshet om at kontrakten vil bli tilpasset for å sikre ferdigstilling.

---

<sup>206</sup> [2010] EWHC 1404 (QB) «J Varney & Sons Waste Management Ltd v Hertfordshire County Council» avsnitt 208–210

<sup>207</sup> 13. oktober 2010, Norpharma AS mot Amgros IS s. 14

<sup>208</sup> 13. oktober 2010, Norpharma AS mot Amgros IS s. 24

<sup>209</sup> Se Treumer, (2012) s. 162 og Berg, (2012) s. 839

Dette tilsier at kontraktens misligholdssanksjoner må benyttes så lenge det er mulig. Behovet for å tilpasse kontrakten er størst i de tilfellene man risikerer at kontraktutførelsen stopper opp. For eksempel situasjoner hvor entreprenøren risikerer å gå konkurs på grunn av misligholdssanksjonene. Slike situasjoner minner om de der endringsbehovet oppstår på bakgrunn av omstendigheter en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Her vil ikke selve misligholdet utgjøre omstendigheten, men det at leverandøren ikke har kapasitet eller ressurser til å takle sanksjonene. I slike situasjoner bør man kunne benytte endringsadgangen i artikkel 72 nr. 1 bokstav c.

### 3.3.4 Kvalitative begrensninger

Det følger av artikkel 72 nr. 1 bokstav c nr. ii at endringen ikke kan «berøre den overordnede kontrakts karakter». Ordlyden tilsvarer den vi finner i artikkelens 72 nr. 1 bokstav a (kapittel 2) og nr. 2 (kapittel 4). Det som er skrevet om begrensningen i kapittel 2.3. vil også gjelde for denne bestemmelsen.

Direktivets fortale avsnitt 109 gjør det klart at endringer som endrer anskaffelsens art, eller erstatter anskaffelsen med noe annet, ikke rettferdiggjøres av at endringsbehovet er oppstått på bakgrunn av uforutsette omstendigheter.

Dette henger sammen med hensynet bak bestemmelsen. Det spillerommet oppdragsgiver er gitt i bokstav c er begrunnet med hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette innebærer at oppdragsgiver er gitt tilstrekkelig fleksibilitet til å sikre prosjektets framdrift tross omstendigheter som ellers kunne hindret denne. Hensynet strekker seg imidlertid ikke lenger. Også for denne bestemmelsen må «behovet for endring» vise til nødvendigheten for å ferdigstille kontraktsgjenstanden slik denne er beskrevet i anbudsdocumentene. Dette er ikke tilfelle for endringer som endrer kontraktens overordnede karakter.

Begrensingen får også betydning for hvilke ytelser som kan bestilles på grunn av uforutsette omstendigheter. Det kan ikke bestilles grøfte- og dreneringsarbeider i en kontrakt som omfatter elektriske arbeider selv om dette blir nødvendig for å ferdigstille kontraktsgjenstanden som

beskrevet i anbudsdokumentene.<sup>210</sup> En slik endring vil kunne påvirke konkurranseresultatet ved at anskaffelsen etter endringen henvender seg til et annet marked. For slike endringer går hensynet til likebehandling av aktører foran hensynet til oppdragsgivers fleksibilitet og effektiv bruk av samfunnets ressurser.

### 3.3.5 Kvantitative begrensninger

Det følger av bokstav b andre ledd og bokstav c første ledd nr. iii at «[e]n eventuell prisstigning [...] ikke må overstige 50 % af verdien af den oprindelige kontrakt». Ordlyden tilsier at prisstigningen for den samlede kontrakt etter at endringen er foretatt ikke kan overstige 50 % av den opprinnelige kontraktssum.<sup>211</sup>

50 % -begrensningen gjelder for «værdien av hver af ændringerne». Altså kan hver enkelt endring ha en verdi på opptil 50 % av kontraktssum. Dette åpner for store endringer.<sup>212</sup> Bestemmelsen presiserer at det ikke kan foretas flere endringer etter hverandre med det formål å omgå direktivet. Dette innebærer at det ikke er tillatt å dele opp en endring i flere påfølgende endringer i den hensikt å havne under 50 % -grensa.

I tillegg til denne verdibegrensningen må det antas at det også foreligger begrensninger av mer subjektiv art i relasjon til den enkelte endring. Siden begge endringsgrunnlag åpner for endringer for å avhjelpe et oppstått behov, kan omfanget antagelig ikke være større enn det som er nødvendig for å dekke behovet.

Det kan tenkes at kravet i artikkel 18 første ledd om at oppdragsgiver skal handle på en forholdsmessig måte også begrenser omfanget. Selv om bestemmelsen begrenser verdien av endringer til maksimalt å utgjøre 50 % av kontraktens verdi, er det likevel rom for ordninger hvor prisen ikke svarer til den konkrete endringen. Av denne grunn må det også for denne bestemmelsen stilles krav til at en eventuell prisøkning ikke overstiger det som er nødvendig tatt i betraktning at konkurransesitua-

---

<sup>210</sup> Se Arrowsmith, (2014) s. 600

<sup>211</sup> Ølykke og Nielsen, (2015) s. 355

<sup>212</sup> Ølykke og Nielsen, (2015) s. 355



sjonen under forhandlingene er annerledes.<sup>213</sup> Dette kommer jeg tilbake til i punk 4.5.

Det er likevel ikke grunn til å stille krav til at den økonomiske balansen ikke skal endres. Dette nettopp fordi forhandlingene under de uforutsette omstendighetene ikke er underlagt samme konkurranse-situasjon som den opprinnelige anbudskonkurransen.<sup>214</sup>

### **3.4 Offentliggjøring**

Det følger av artikkel 72 nr. 1 siste avsnitt at oppdragsgiver, ved anvendelse av endringsadgangen etter artikkelens nr. 1 bokstav b og c, skal offentliggjøre dette i den Europeiske Unions Tidende. Offentliggjøringen skal blant annet inneholde en beskrivelse av kontrakten før og etter endringen. Dette fremmer kravet til gjennomsiktighet. Vilkåret forenkler konkurrerende aktørers mulighet til å påklage påståtte urettmessige endringer. Dette er særlig viktig for endringer på bakgrunn av uforutsette omstendigheter. Endringsmuligheten for forutsette endringer vil fremgå av anbudsdokumentene. Mindre, og ikke-vesentlige endringer, presumeres å ikke kunne påvirke konkurranseresultatet. Endringer på bakgrunn av uforutsette omstendigheter vil imidlertid kunne være store nok til å påvirke konkurranseresultatet. Det er dermed viktig å forenkle adgangen til å kontrollere om vilkårene for endringsadgangen er oppfylt.

### **3.5 Vurdering**

Bestemmelsenes anvendelsesområde overlapper hverandre delvis. Mange av situasjonene som gir grunnlag for å bestille tilleggsytelser etter bokstav b vil stamme fra omstendigheter som ikke kunne forutses.<sup>215</sup> Samtidig er det ingenting i ordlyden i bokstav c som tilsier at bestemmelsen ikke gir adgang til å foreta rene tilleggsbestillinger.<sup>216</sup> Oppstår nødvendigheten

---

<sup>213</sup> Se Ølykke og Nielsen, (2015) s. 354

<sup>214</sup> Arrowsmith, (2014) s. 601

<sup>215</sup> Arrowsmith, (2014) s. 601

<sup>216</sup> I denne retning Simonsen (2016) s. 426

på bakgrunn av uforutsette omstendigheter, gir dermed begge bestemmelser adgang til å bestille tilleggsytelser.

Utover dette utfyller bestemmelsene hverandre. Burde oppdragsgiver forutsett endringsbehovet, kan tilleggsbestillinger foretas etter bokstav b. På denne måten sørges det for effektiv ressursbruk ved at oppdragsgiver gis mulighet til å ferdigstille prosjektet i tilfeller hvor dette ikke vil gå på bekostning av konkurranse og likebehandling. Bokstav b vil også kunne anvendes i situasjoner hvor forbudet mot endring av kontraktens overordnede karakter, hindrer oppdragsgiver å foreta nødvendige tilleggsbestillinger etter bokstav c. Er omstendighetene uforutsette, og tilleggsytelser ikke strekker til, sikrer bokstav c fremgang i prosjektet.

Bestemmelsene dekker en stor del av oppdragsgivers viktigste endringsbehov. Det kan derfor antas at bestemmelsene ofte vil bli påberopt som adgang til å foreta endringer.<sup>217</sup>

Som påpekt av Simonsen vil bestemmelsens store nedslagsfelt bidra til at vesentlighetsvurderingen etter artikkel 72 nr. 1 bokstav e får mindre praktisk betydning.<sup>218</sup> Simonsen gir uttrykk for at artikkel 72 nr. 1 bokstav c gir en ubegrunnet vid endringsadgang for tilleggsytelser siden det ikke stilles krav til tidsnød eller uforholdsmessige vanskeligheter. Simonsen synes å mene at vesentlighetsvurderingen er tilstrekkelig til å ta hensyn til de alminnelige grunnene for en endringsrett.<sup>219</sup> Etter min oppfatning er noe av hensikten med den nye reguleringen nettopp å begrense bruken av vesentlighetsvurderingen. Reguleringen bidrar til at fokuset for vurderingen av om det foreligger endringsadgang flyttes fra den noe vage vesentlighetsvurderingen, til de mer avgrensede vurderingene som følger av bestemmelsenes vilkår. Dette er i tråd med målet om å presisere vilkårene for lovlige endringer.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> I denne retning Simonsen (2016) s. 429–430

<sup>218</sup> Simonsen (2016) s. 430

<sup>219</sup> Simonsen (2016) s. 429

<sup>220</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 107

## 4 Mindre endringer

### 4.1 Innledning

Et spørsmål i forbindelse med den ulovfestede vesentlighetsvurderingen er om noen endringer er små nok til at størrelsen i seg selv er tilstrekkelig til å vurdere de som ikke-vesentlige. I juridisk teori synes det å være enighet om at mindre endringer ikke medfører plikt til å følge anskaffelsesregelverkets regler om nyanskaffelser.<sup>221</sup> Enigheten strekker seg imidlertid ikke så langt som til *hva* som utgjør en mindre endring.

Arrowsmith argumenterer for at visse endringer i kontraktens økonomiske balanse er tillatt, så lenge endringen er objektivt begrunnet og ikke for stor. Synspunktet forankres i uttalelser i «pressetext». I forbindelse med valutaendring til Euro ble kontraktssummen endret med underkant av 2 %. Endringen var til fordel for oppdragsgiver, men EU-domstolen ga uttrykk for at endringens ubetydelige verdi i seg selv tilsa at den var tillatt.<sup>222</sup> Hartlev og Liljenbøl gir uttrykk for at endringer som ikke i seg selv overstiger terskelverdiene bør tillates uten ny prosess.<sup>223</sup>

I tråd med uttalelsen i fortalens avsnitt 107 om at endringer med en verdi «op til et visst niveau, [altid] bør være mulige», er spørsmålet avklart i direktivet. I henhold til artikkel 72 nr. 2 kan kontraktendringer foretas uten nærmere vurdering når endringens verdi er lavere enn tersklene i artikkel 4, og 10 % av verdien av den opprinnelige kontrakt for vare- og tjenestekontrakter og 15 % av bygge- og anleggskontrakter.

Dette gjelder likevel ikke uten forbehold. Endringen kan ikke berøre «den overordnede kontrakts [...] karakter».

Bestemmelsen skal i henhold til fortalens avsnitt 107 andre del «sikre rettsikkerheden». «Rettsikkerhed» må i denne sammenhengen forstås

---

<sup>221</sup> Se blant annet Arrowsmith, (2014) s. 585, Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 218 og 219, Poulsen, (2012) s. 180–181,

<sup>222</sup> C-454/06 «pressetext» avsnitt 61–62 og Arrowsmith, (2014) s. 586

<sup>223</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 218

synonymt med forutberegnelighet. Dette støttes av at den engelske språkversjonen bruker uttrykket «to ensure legal certainty».

Hvor verdigrensene skulle ligge var sterkt debattert under arbeidet med direktivreguleringen. Resultatet ble en økning fra 5 % i Kommissjonens forslag til 10 % for varer og tjenester, og 15 % for bygge- og anleggsarbeider. I EU-parlamentets betenkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige innkjøp begrunner retsudvalget forslaget om å øke grensen med at dette er nødvendig for ikke å «lægge for stramme bånd på de ordregivende myndigheter og bebyrde processen med nye kontrakttildelingsprocedurer for det samme arbeide eller den samme tjeneste».<sup>224</sup>

Uttalelsene viser at regelens formål er å gi oppdragsgiver større grad av fleksibilitet under kontraktgjennomføringen. Regelen skal også forenkle prosessen for mindre endringer i kontrakten. Regelen skaper forutberegnelighet ved at oppdragsgiver gis en «kvote» for endringer han kan foreta uten nærmere vurderinger. Dette hindrer at oppdragsgiver for å være på den sikre siden gjennomfører uforholdsmessig kostbare anbudsprosedyrer for endringer som egentlig er tillatt.

Regelen er videre begrunnet med at det foreligger en «irrefutabel presumption that a modification is not substantial» hvis den ligger innenfor bestemmelsens begrensninger.<sup>225</sup> Denne begrunnelsen, sammen med bestemmelsens formål, trekker i retning av at EU-lovgiver har hatt endringer som ikke skaper tvil rundt kravene til likebehandling og gjennomsiktighet i tankene. Dette tilsier at bestemmelsen bare omfatter de «klare» tilfellene.

## 4.2 Verdigrensene

Bestemmelsen lister opp to krav til endringens verdi for at den skal kunne foretas uten en ny konkurranse.

Det første kravet fremgår av artikkel 72 nr. 2 punkt i). Her bestemmes at endringens verdi må være lavere enn terskelverdiene som følger av

---

<sup>224</sup> EU-Parlamentets betenkning av 11. januar 2013 s. 447

<sup>225</sup> Rådets dokument til utbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 18

direktivets artikkel 4. Terskelverdiene i artikkel 4 ble med hjemmel i direktivets artikkel 6 endret ved Kommissjonens delegerede forordning (EU) 2015/2170 af 24. november 2015 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter. Forordningens artikkel 1 setter terskelen for bygge- og anleggskontrakter til 5,225 millioner EUR.<sup>226</sup>

Det andre kravet er at endringens verdi ikke må overstige 15 % av verdien av den opprinnelige bygge- og anleggskontrakt.

Det følger av artikkel 72 nr. 2 andre ledd at det er den samlede nettoverdi av påfølgende endringer som er avgjørende. Dette innebærer at en endring som øker kontraktens verdi med 8 % ikke kan følges av en endring som øker verdien med ytterligere 8 % av den opprinnelige kontraktsverdien. Den samlede nettoverdien av disse endringene vil være 16 %. Grensen på 15 % blir dermed oversteget. Siden det er netto verdi som er avgjørende, kan man ved å foreta endringer som reduserer kontraktsverdien «lage rom» til å foreta den siste endringen. Om den reduserende endringen reduserer verdien med 2 % vil den samlede nettoverdien av endringene utgjøre 14 % som er innenfor direktivets krav.

Adgangen til å foreta endringer som øker og senker netto totalverdi, kan føre til at man sitter igjen med en kontrakt som ser ganske annerledes ut enn den man startet med. Dette leder til spørsmålet om yttergrensene for endringer som tillates i henhold til bestemmelsen. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor når jeg tar for meg begrensninger i endringsadgangen som følger av bestemmelsene.

Det at det er nettoverdien som er relevant i tilknytning til terskelkravet reiser ytterligere spørsmål. Regelen innebærer at selv en liten endring kan medføre at terskelen overskrides der det allerede er foretatt endringer som samlet sett har en verdi tett opp til terskelen. Spørsmålet er om det bare skal foretas vesentlighetsvurdering av endringen som får begeret til å renne over, eller om alle endringer skal vurderes samlet. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.2.2 nedenfor. En annen problemstilling

---

<sup>226</sup> EØS-terskelverdien er i henhold til Anskaffelsesforskriften § 5-3 første ledd 44 millioner for bygge- og anleggskontrakter

er hvordan regelen om mindre endringer forholder seg til verdireduerende endringer. Spørsmål knyttet til dette tar jeg for meg i punkt 4.4.3.

#### **4.2.1 Kumulative vilkår**

Ordlyden tilsier at når det står «følgende værdier:» og opplistingen som følger sammenbindes med «og» og ikke «eller», innebærer dette at begge vilkår må være oppfylt. Denne forståelsen har støtte i forarbeidene. Som vist i innledningskapittelet i punkt 1.2 har EU-domstolen selv brukt forarbeider ved å benytte utviklingen i bestemmelsenes tilblivelse for å begrunne at innholdet ikke kan forstås som i det opprinnelige forslaget

Når det gjelder artikkel 72 nr. 2 foreslo EU-parlamentet å endre bestemmelsen slik at «og» ble byttet ut med «eller».<sup>227</sup> Dette ble ikke fulgt opp. Dette må forstås som et bevisst ønske om at vilkårene ikke skulle være kumulative.

Dette kommer klarere frem i den engelske ordlyden. Det presiseres der at endringens verdi må være «below both of the following values».

At vilkårene er kumulative har tilsynelatende oppsiktsvekkende virkninger. Blant annet kan dette innebære at arbeid som ikke i seg selv overstiger terskelverdiene, likevel må følge direktivets prosedyrer. Forutsetningen er at det kun er endringen som medfører at tersklene blir oversteget som skal vurderes etter de andre bestemmelsene. Dette reiser igjen spørsmålet om hva som utgjør én endring. Et annet spørsmål er om det er anledning til å foreta det samme arbeidet som en selvstendig avtale som faller under terskelverdiene, og dermed unngå direktivreglene.

#### **4.2.2 Overskridelse av verdigrensene**

Først må virkningene av at verdigrensene overskrides klarlegges. Faller endringen under verdigrensene i artikkel 72 nr. 2 er det ikke nødvendig å vurdere om det er adgang til å foreta endringen. I det tilfelle verdigrensene overskrides er spørsmålet om man må vurdere adgangen til å foreta alle endringer som hittil er foretatt, eller om det er tilstrekkelig å vurdere den enkelte endringen som overskrider verdigrensen.

---

<sup>227</sup> EU-Parlamentets betænkning av 11. januar 2013 s. 127

Løsningen kommer ikke klart fram av ordlyden. «Værdien av endringen» trekker i retning av at det kun er den enkelte endring som er avgjørende. På den annen side skal verdien av flere etterfølgende endringer legges sammen. Dette kan bety at alle endringer som foretas skal vurderes samlet.

Den siste løsningen samsvarer best med det som gjelder for den ulovfestede læren. For denne er det antatt at flere endringer som i seg selv ikke er vesentlige til sammen kan føre til at kontrakten blir vesentlig endret. Dette var tilfelle i sak 2014/14 «Lenvik III»,<sup>228</sup>

Ølykke og Nielsen er også av en slik oppfatning. De skriver at hvis «de minims-grænsen overskrides, skal de samlede endringers væsentlighet vurderes i henhold til art. 72 stk 4.»<sup>229</sup> Denne forståelsen følger også av bemerkningene til § 180 i forslaget til ny dansk udbudslov.<sup>230</sup> Forslaget ble på dette punktet fulgt opp i den vedtatte udbudsloven.<sup>231</sup>

Simonsen synes å være av motsatt oppfatning. Simonsen påpeker at oppdragsgiver «[n]år kvoten er oppbrukt, må [...] ty til de øvrige hjemmelsgrunnlagene for å unngå kunngjøringsplikten.»<sup>232</sup> Dette må forstås som at det er tilstrekkelig å vurdere endringen som overskrider verdigrensene.

Den første løsningen ivaretar best formålet med å forhindre endringer som er egnet til å omgå anskaffelsesreglene. Med denne løsningen kan endringene vurderes helhetlig i lyset av hverandre. Det kan godt tenkes at den siste endringen ikke i seg selv er stor nok til å utgjøre en vesentlig endring. Endringene som er foretatt kan likevel samlet sett forandre kontrakten vesentlig.

Innvendingen er at regelens formål om økt fleksibilitet og forutberegnelighet forsvinner. Med denne forståelsen gir regelen fleksibilitet bare så lenge de totale endringene holder seg under verdigrensene. Foretas endringer som overstiger verdigrensene forsvinner fleksibiliteten. Dette

---

<sup>228</sup> 2014/14 «Lenvik III» avsnitt 38–39

<sup>229</sup> Ølykke og Nielsen, (2015) s. 362

<sup>230</sup> Lovforslag nr. L 164 s. 194

<sup>231</sup> L 2015 1564 Udbudsloven § 180

<sup>232</sup> Simonsen (2016) s. 433

vil ikke føre til noen avklaring av rettstilstanden etter den ulovfestede læren. En slik løsning vil dermed også svekke formålet om å skape forutberegnelighet når det gjelder hva slags endringer som kan foretas. I ytterste konsekvens kan man tenke seg følgende: Oppdragsgiver foretar i starten av en lengere kontraktperiode flere mindre endringer. Disse endringene foretas i den tro at de faller inn under regelen om mindre endringer. Det er altså ikke nødvendig å vurdere vesentligheten av disse endringene. Litt senere i kontraktgjennomføringen foretar oppdragsgiver ytterligere en ikke-vesentlig endring. Denne endringen har ingen tilknytning til de tidligere endringene, og var ikke forutsett av oppdragsgiver. Endringen fører til at verdigrensene overstiges. Oppdragsgiver må i en slik situasjon, med den foreslåtte forståelsen, vurdere vesentligheten av tidligere endringer som ble foretatt i den tro at dette ikke var nødvendig. Dette vil verken bidra til fleksibilitet eller forutberegnelighet for oppdragsgiver.

Formålet om å hindre omgåelse av direktivet vil ivaretas av forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter. I denne vurderingen må alle endringer ses i sammenheng.

På denne bakgrunn er det rimeligere at det bare foretas en vesentlighetsvurdering av endringen som overstiger verdigrensene. At dette avviker fra praksis angående den ulovfestede læren er ikke avgjørende. Regelen om mindre endringer er ny i direktivet og formålet om å sikre rettsvisshet og fleksibilitet må nødvendigvis innebære noen avvik fra den ulovfestede læren.

#### **4.2.3 Hva utgjør én endring?**

Etter dette er det nødvendig å avgjøre hva som utgjør én endring. Dette er ikke regulert i direktivet.

Utgangspunktet for å avgjøre hva som utgjør én endring må antagelig tas i dokumentet endringen fremgår av. For bygge- og anleggskontrakter vil dette normalt være endringsordren. Det som fremgår av samme endringsmelding må presumtivist utgjøre én endring.

Dette utgangspunktet bør imidlertid ikke være avgjørende. Det må antas at endringer som deles opp i den hensikt at deler av endringen skal



gå klar av verdigrensene, likevel må ses på som én endring. Dette følger av ordlyden i både artikkel 72 nr. 1 bokstav b siste punktum og nr. 1 bokstav c nr. iii som fastslår at etterfølgende endringer ikke må ha til formål å omgå direktivet. Hensynet til å hindre slik omgåelse er like gjeldende for artikkel 72 nr. 2. Momenter i vurderingen kan være om endringene naturlig hører sammen, om de går ut på det samme, skal avhjelpe samme behov eller oppfyller samme funksjon. Et annet moment er om endringene er foretatt nær hverandre i tid.

Dette vil for eksempel innebære at tre endringer foretatt relativt nær hverandre i tid kan bli sett på som én endring. Særlig hvis endringene går ut på tilleggsbestilling av det samme gjerdet, eller at flere endringer foretatt nær hverandre i tid gjelder arbeid på samme del av kontrakten.

#### 4.2.4 Selvstendig avtale?

Et annet spørsmål er om oppdragsgiver kan unngå direktivreglene ved å inngå en selvstendig avtale om endringsarbeidet som ville ført til at verdigrensene ble oversteget.

Utgangspunktet er at anskaffelser som ikke overstiger terskelverdiene kan foretas uten å følge direktivets detaljerte regler. Dette utgangspunktet tilsier at oppdragsgiver kan inngå en egen avtale med tilbyder om tilleggsarbeidet i stedet for å bestille arbeidet i form av en endring.

Dette vil imidlertid ikke nødvendigvis åpne for å tildele arbeidet direkte til opprinnelig leverandør. I sak C-220/06 uttalte Domstolen at likebehandlingsprinsippet og diskrimineringsforbudet innebærer et krav om gjennomsiktighet også for anskaffelser som ikke overstiger direktivenes terskelverdier. For å tilfredsstill disse kravene må offentlige oppdragsgivere sørge for at enhver offentlig anskaffelse gis passende grad av offentlighet til fordel for enhver potensiell tilbyder. Domstolen fant på denne bakgrunn at mangel på offentlig anbudsprosess ikke var forenelig med artiklene 43 EF og 49 EF (TEUV artikkel 49 og 56).<sup>233</sup>

Det kreves altså at også anskaffelser under terskelverdi offentliggjøres og konkurransesettes. Oppdragsgiver er dermed avskåret fra å tildele

<sup>233</sup> C-220/06 «Asociación Profesional» avsnitt 72–76

tilleggsarbeidene direkte til opprinnelig leverandør selv om anskaffelsens verdi er lavere enn terskelverdiene. Overstiger arbeidenes verdi nasjonal terskel, må dessuten de nasjonale anskaffelsesreglene følges. Det er dermed ikke gitt at tilleggsarbeidene kan tildeles opprinnelig leverandør. Ved å foreta en selvstendig anskaffelse oppnår man ikke effektivitetsfordelene med å tildele arbeidet som en endring. Skal arbeidene kunne foretas som en endring og uten kunngjøring, må det i henhold til direktivets artikkel 72 nr. 1 første ledd være adgang til dette i artikkelen.

### 4.3 Kvalitative begrensninger

#### 4.3.1 Kvalitative begrensninger i direktivet

Endringsadgangen etter artikkel 72 nr. 2 begrenses til endringer som ikke forandrer kontraktens overordnede karakter. Dette fordi kvalitative endringer kan forandre kontrakten slik at konkurranseresultatet påvirkes selv om endringens verdi er liten.<sup>234</sup>

Det fremgår av fortalens avsnitt 109 at anskaffelsens art ikke kan forandres ved at bygge- og anleggsarbeidene erstattes med noe annet, eller at innkjøpstypen blir grunnleggende endret. På bakgrunn av dette er spørsmålet hvor mye arbeidene kan endres innenfor disse grensene.

Det kan legges til grunn at å erstatte kontraktsgjenstanden med noe helt annet vil bli sett på som en endring av kontraktens overordnede karakter.<sup>235</sup> Dette kommer tydeligere fram i den engelske ordlyden som bruker formuleringen «nature of the contract». Det er for eksempel ikke anledning til å endre en kontrakt om bygging av parkeringsplass til å gjelde oppføring av hus, selv om anskaffelsens verdi ikke endres nevneverdig. I slike tilfeller vil endringen helt klart kunne påvirke konkurranseresultatet.

Det byr på større utfordringer å fastsette artsendringers nedre grense.

I juridisk teori er det anført at også visse justeringer av krav til anskaffelsen vil berøre kontraktens overordnede karakter. Som eksempel er

---

<sup>234</sup> Arrowsmith, (2014) s. 599

<sup>235</sup> Arrowsmith, (2014) s. 599

brukt innføring av krav til at kjøtt er slaktet etter halal-metode, eller at det innføres særskilt krav til merking og farging av det aktuelle produkt som anskaffes.<sup>236</sup> Ikke all innføring av krav til særskilt merking av produkt vil være forbudt. Så lenge merkingen kan gjennomføres uten store endringer i produksjonen kan dette neppe sies å berøre kontraktens overordnede karakter. Noe annet kan være tilfelle hvor produksjonen må legges om for å tilfredsstille eventuelle merkekrav, for eksempel krav til miljømerking.

Eksemplene illustrerer et viktig poeng. Også mindre kvalitative endringer som virker inn på fremstilling, produksjonsmetode eller utførelsen av kontrakten kan føre til at kontraktens overordnede karakter bli endret. Dette gjelder selv om endringen holder seg innenfor verdigrensene. Endringene i eksemplene er egnet til å bidra til at anskaffelsen retter seg mot et annet marked, og kan dermed tenkes å påvirke konkurranseresultatet.

KOFA-sak 2008/5 «Storjord kommune», som er omtalt over i punkt 2.2.3.4, gjaldt kontrakt om oppussingsarbeider samt oppføring av nybygg i tilknytning til et helsesenter. Etter at tilbyder var valgt ble kontrakten endret på grunn av endrede behov og økonomiske forutsetninger. Endringen besto i at oppussingsarbeidene ble tatt ut av kontrakten, og at det ble inntatt arbeider med oppføring av et helt nytt helsesenter et annet sted i kommunen. Endringen ble foretatt i henhold til endringsbestemmelsen i kapittel 33 i NS 3431, og hadde en verdi som lå innenfor endringsbestemmelsens begrensning på 15 % av kontraktssum.

KOFA foretok vurderingen på bakgrunn av at endringer i henhold til standardkontraktenes endringssystem måtte tillates.<sup>237</sup> Nemnda påpekte i avgjørelsens avsnitt 57 at endringens *omfang* ikke var vesentlig. Dette var likevel ikke avgjørende siden det var foretatt endringer i form av både fradrag og tillegg. Dette gjør saken egnet til å illustrere grensen for endringer som faller inn under verdigrensene i artikkel 72 nr. 2.

KOFA konkluderte med at det var foretatt vesentlige endringer. Begrunnelsen var at endringsarbeidet skulle utføres et annet geografisk

<sup>236</sup> Treumer, (2014) s. 293

<sup>237</sup> 2008/5 «Storjord kommune» avsnitt 58

sted, og på et annet byggeobjekt enn det opprinnelige. I tillegg var det ikke lenger snakk om ombygging, men oppføring av helt nytt bygg.

Det må antas at endring av den geografiske plasseringen av arbeidet, og endring av oppussingsarbeider til oppføring av nybygg, er endringer som kan tenkes å føre til at anskaffelsen rettes mot et annet marked. Slike endringer vil trolig utgjøre en endring av kontraktens overordnede karakter selv om ytelsen kvalitativt ikke endres nevneverdig.

### 4.3.2 Standardenes endringsregler

Det følger av NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd at endringen «må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Innholdet i denne begrensningen er gjennomgått over i punkt 2.2.2.1. Dette kan oppsummeres med at byggherrens endringskompetanse er begrenset til endringer som angår det samme byggeobjekt som den opprinnelige kontrakt. Byggherrens endringsadgang er også begrenset til tilsvarende arbeid som arbeidet i den opprinnelige kontrakten. En retningslinje i denne vurderingen er om arbeidet ligger innenfor entreprenørens kompetanse, eller samme «fag» som det opprinnelige kontraktarbeidet.<sup>238</sup>

Kravet til at endringen må ha tilknytning til kontraktens objekt og formål synes å sammenfalle med hva som ligger innenfor kontraktens overordnede karakter. Retningslinjen om at endringsarbeidet må angå samme «fag» som det opprinnelige arbeidet er egnet til å hindre endringer som fører til at kontrakten henvender seg til et annet marked. Dette tilsier at endringer som ligger innenfor standardenes endringskompetanse også vil ligge innenfor artsbegrensningene i artikkel 72 nr. 2.

Praksisen fra KOFA som er gjennomgått over er eksempler på dette. Endringen i «Storfjord kommune» ble ansett for å være vesentlig blant annet fordi endringsarbeidene ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til kontraktens objekt og formål. Endringen i sak 2011/349 «Rogaland fylkeskommune v/Statens vegvesen» ble ansett for å være vesentlig fordi arbeid med oppføring av ny vei var av en helt annen art enn drift- og

---

<sup>238</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 283

vedlikeholdsarbeid. Disse endringene ble ikke ansett for å ligge innenfor standardenes endringsklausuler.<sup>239</sup> Som nevnt over må det antas at disse endringene også ville endret kontraktens overordnede karakter.

## 4.4 Kvantitative begrensninger

### 4.4.1 Innledning

Endringsers omfang blir i artikkel 72 nr. 2 begrenset av de angitte verdigrensene. Det er dermed ikke aktuelt å vurdere hvorvidt endringer i ytelsens omfang endrer kontraktens overordnede karakter. Et mulig unntak fra dette er endringer som reduserer omfanget. Spørsmål knyttet til dette tar jeg for meg nedenfor i punkt 4.4.3.

Hvor store endringer som kan gjøres under verdigrensene vil avhenge av hvordan man beregner endringens verdi.

### 4.4.2 Økninger

Hvordan verdien av endringer skal beregnes er ikke eksplisitt regulert i direktivet. Det nærmeste man kommer en regulering av beregningen av endringsers verdi er artikkel 72 nr. 3 som bestemmer at den justerte prisen skal være referanseverdien når kontrakten inneholder en indekseklausul. Avgjørende blir derfor hva som ligger i ordlyden «værdien af ændringen» i artikkel 72 nr. 2 første ledd.

Ordlyden kan forstås på flere måter. «Værdien af ændringen» kan være endringsarbeidets faktiske pris fastsatt på bakgrunn av enhetspriser for materialer og medgåtte timer. Alternativt kan «værdien af ændringen» reflektere mulige besparelser oppdragsgiver oppnår ved å kunne foreta arbeidet som en endring. Som oftest vil oppdragsgiver og/eller leverandør anslå hva kostnadene for endringsarbeidet vil bli i forkant av at endringene bestilles. Resultatet av dette anslaget kan også tenkes å være førende for «værdien af ændringen».

---

<sup>239</sup> 2008/5 «Storfjord kommune» avsnitt 60 og 2011/349 «Rogaland fylkeskommune v/ Statens vegvesen» avsnitt 44

At endringens verdi for oppdragsgiver er avgjørende samsvarer dårlig med ordlyden. Endringens verdi for oppdragsgiver vil bestå i besparelser ved å slippe ny anbudsrunde, og eventuelle gevinster ved at kontrakts-gjenstanden blir tilpasset et endret behov. Ordlyden trekker mer i retning av at verdien må relatere seg til selve endringen som gjennomføres. Det er også denne verdien som er relevant for konkurranseresultatet.

Dette tilsier at det er verdien som knytter seg til selve endringen som er relevant. I mangel av andre holdepunkter må det antas at reguleringen av hvordan anskaffelsens verdi skal fastsettes, kan fungere som rettesnor for hvordan endringens verdi skal beregnes.

Direktiv 2014/24/EU regulerer beregning av anskaffelsens verdi i artikkel 5. Første ledd bestemmer at den anslåtte verdi beregnes på grunnlag av det samlede beløp, eksklusive moms, «der etter den ordre-givende myndighets skøn skal betales». Selv om formuleringen er noe annerledes enn artikkel 9 i 2004-direktivet, må det antas at innholdet av regelen er uendret.<sup>240</sup>

Dette tilsier at endringens verdi må fastsettes på bakgrunn av oppdragsgivers anslag. Anslaget må bygge på en forsvarlig vurdering og baseres på objektive og etterprøvbare kriterier.<sup>241</sup>

For endringsarbeid til bygge- og anleggskontrakter er det nærliggende for oppdragsgiver å ta utgangspunkt i standardkontraktens regler for vederlagsjustering ved endringer. Disse reglene baserer seg på at kontraktens generelle vederlagsnivå skal opprettholdes.<sup>242</sup> Siden kontraktens priser er gitt på bakgrunn av konkurranse, er dette det beste materialet som foreligger for å anslå pris på ytterligere arbeider.

Standardenes utgangspunkt er at vederlagsjustering for endringer fastsettes ved at entreprenøren gir oppdragsgiver et spesifisert tilbud på justering av vederlaget etter NS 8407 punkt 34.2.1. Aksepteres ikke et slikt tilbud skal vederlaget justeres ved bruk av forhåndsfastsatte enhetspriser. Er enhetsprisene ikke direkte anvendbare for endringsarbeidet, skal vederlaget for endringene bestemmes med utgangspunkt i enhets-

---

<sup>240</sup> Arrowsmith, (2014) s. 456

<sup>241</sup> Brun mfl., (2013) s. 203 og Arrowsmith, (2014) s. 456

<sup>242</sup> Hagstrøm og Bruserud, (2014) s. 270

prisene ved at disse justeres.<sup>243</sup> Foreligger ikke anvendbare enhetspriser skal endringsarbeidet utføres som regningsarbeid.<sup>244</sup> Dette innebærer at entreprenøren skal ha dekket nødvendige kostnader med å utføre arbeidet pluss et påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste. Dette påslaget er normalt avtalt i kontrakten, og ligger ofte i størrelsesorden 12 – 20 %.<sup>245</sup>

Omfanget av endringer som kan gjennomføres i henhold til artikkel 72 nr. 2, blir altså i stor grad styrt av avtalte enhetspriser og prisene for regningsarbeid. Muligheten for å hente inn tilbud fra entreprenøren reiser spørsmål om det er mulig å bli enige om en lav pris i den hensikt å holde seg under verdigrensene i artikkel 72 nr. 2. Alternativet til dette er at oppdragsgiver plikter å legge den «objektive», eller gjengse, prisen til grunn for sin vurdering.

En plikt til å legge gjengs pris til grunn, kan begrunnes med et ønske om at endringsarbeid av en viss størrelse skal konkurranseutsettes. Dette bidrar til å oppfylle formålet om å gjøre det lettere for små og mellomstore foretak å få offentlige kontrakter.<sup>246</sup>

Det er likevel vanskelig å se at det å bli enige om en lavere pris er problematisk. Etter den ulovfestede vesentlighetsvurderingen godtas endringer som endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for oppdragsgiver. I «pressetext» ble en rabattøkning fra 15 % til 25 % akseptert siden dette var til fordel for oppdragsgiver, og ikke ble ansett for å være konkurransevridende.<sup>247</sup> Er man innenfor bestemmelsens andre begrensninger bør slike løsninger aksepteres også for regelen om mindre endringer. En annen sak er at eventuelle fordeler leverandøren får av dette kan reise problemer tilknyttet statsstøttereglene.

Er endringens verdi ikke vurdert, eller vurderingen ikke er forsvarlig, tas det utgangspunkt i det som faktisk er betalt. Dette var tilfelle i KOFA-sak 2013/6 «Lenvik II». I avgjørelsen uttales at «[i] mangel av andre

<sup>243</sup> Se for eksempel NS 8407 pkt. 34.3

<sup>244</sup> Se for eksempel NS 8407 pkt. 30 jf. pkt. 34.4

<sup>245</sup> Nordtvedt mfl., (2013) s. 424

<sup>246</sup> Se blant annet Direktiv 2014/24/EU fortalens avsnitt 78

<sup>247</sup> C-454/06 «pressetext» avsnitt 85 og 86

holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag av endrings- og tilleggsarbeidenes verdi, finner klagenemnda at det beløp innklagde faktisk har betalt for de aktuelle endrings- og tilleggsarbeidene må legges til grunn jf. blant annet klagenemnda sak 2011/165 premiss (40) med videre henvisninger».

#### 4.4.3 Reduksjoner

Vi har til nå gjennomgått begrensninger av endringer som *øker* ytelsens omfang. I forlengelsen av dette er det naturlig å stille spørsmål om hvorvidt artikkel 72 nr. 2 også omfatter endringer som reduserer de anskaffede ytelsene.

Bestemmelsens utforming gir inntrykk av at EU-lovgiver i hovedsak har hatt økninger av anskaffelsen i tankene. Dette bekreftes av uttalelsene i EU-parlamentets betenkning. Det fremgår av denne at man ikke må «bebyrde processen med nye kontrakttildelingsprocedurer for det samme arbeide eller den samme tjeneste».<sup>248</sup>

Begrunnelsen for at EU-lovgiver ikke har rettet oppmerksomheten mot reduserende endringer, kan være et synspunkt om at reduksjoner i langt mindre grad enn økninger virker konkurransevidende eller diskriminerende. Dette vil antagelig langt på vei stemme.<sup>249</sup>

Visse reduksjoner kan likevel tenkes å ha slik virkning at kontrakten må gjennom ny anbudsrunde. Store nok reduksjoner av store anskaffelser vil for eksempel kunne tiltrekke seg andre tilbydere enn de som opprinnelig ga tilbud. Det er heller ikke utenkelig at å trekke ut spesifikke deler av anskaffelsen som krever spesielle ferdigheter og ressurser, vil kunne påvirke konkurranseresultatet. Dette er særlig aktuelt om ferdighetene og ressursene ble fremhevet i anbudsrunderen og tillagt vekt i valg av tilbyder. Dette tilsier at visse reduksjoner kan påvirke kontrakten på en slik måte at kontraktens overordnede karakter anses endret.

I Sak C-549/14 «Finn Frogne» kom EU-domstolen til at en endring i form av en reduksjon i ytelsen var vesentlig.

---

<sup>248</sup> EU-Parlamentets betenkning av 11. januar 2013 s 447

<sup>249</sup> Se Poulsen, (2012) s. 179



KOFA har akseptert relativt store reduksjoner av kontraktsomfang. Sak 2010/179 «Vestvågøy kommune» omhandlet arbeider med prosjektering og bygging av ny 4. arm til en rundkjøring, opparbeiding av nye parkeringsplasser og bygging av ny kulvert. Anskaffelsen ble senere endret ved at den ene parkeringsplassen ble trukket ut. Dette førte til en reduksjon av vederlaget med over 50 %. KOFA kom til at endringen ikke var vesentlig. Avgjørelsen var begrunnet med at endringen ikke ble ansett for å påvirke konkurranseresultatet, og at den var foretatt på bakgrunn av uforutsette omstendigheter. Avgjørelsen gjaldt en anskaffelse som oversteg EU-terskelen og KOFA baserte vesentlighetsvurderingen på «presstext»-momentene.

Det vil antagelig være forbeholdt unntakene at reduksjoner blir ansett som ulovlige endringer.<sup>250</sup> Det er imidlertid ingen grunn til å utelukke endringer i form av reduksjoner fra regelen om mindre endringer. Regelen om mindre endringer gjelder endringer med «værdi lavere enn følgende verdier». Denne ordlyden er ikke til hinder for at reduksjoner omfattes av 15 % -grensen.

Reduksjoner vil ikke kunne komme i konflikt med terskelverdiene i artikkel 4. Siden bestemmelsen er begrenset til å omfatte de klare tilfellene, bør imidlertid 15 % -grensen også gjelde nedover. Større reduksjoner enn dette må vurderes etter de andre bestemmelsene i artikkel 72.

For arbeid som tas ut av kontrakten kan avtalt pris brukes om arbeidet som tas ut er priset særskilt. Er ikke dette tilfelle må man basere seg på tilsvarende beregningsgrunnlag som beskrevet over. Det er grunn til å stille strengere krav til objektivitet når det gjelder verdiberegning av reduksjoner for å hindre at tilbyder får en bedre pris på gjenværende arbeid enn opprinnelig.

Hvor stort omfang av endringer som tillates påvirkes av at det er den samlede nettoverdi av flere påfølgende endringer som er avgjørende for verdigrensene. Regelen innebærer at oppdragsgiver kan trekke ut og legge til arbeid for holde seg innenfor verdigrensen. Hvis det er ønskelig at det gjennomføres endringsarbeider av en størrelse som overstiger

<sup>250</sup> Poulsen, (2012) s. 179

verdigransen, kan arbeider som anses for å være mindre viktige trekkes ut av kontrakten slik at totalsummen ender innenfor verdigransene. Det må antas at det er totalverdien av endringene slik den er på tidspunktet for endringen, som er relevant når det skal vurderes om verdigransene er overskredet. Oppdragsgiver kan altså ikke foreta en endring som overstiger verdigransene under anførsel om at han en gang i fremtiden skal foreta en reduksjon av ytelsene.

#### 4.4.4 Standardenes endringsregler

NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd siste punktum begrenser i likhet med artikkel 72 nr. 2 endringsomfanget til 15 % netto tillegg til kontraktssum. Det er den totale verdien av alle endringer som er avgjørende.<sup>251</sup> Byggherren har også etter denne bestemmelsen hjemmel til å styre endringsmulighetene ved å trekke ut arbeider for å kunne foreta større tilleggsarbeid. Dette må i tilfelle gjøres på tidspunktet for endringen. Det hjelper lite om byggherren har mulighet til senere å foreta reduksjoner av arbeidet slik at total netto verdi av endringer kommer under 15 % -grensen.<sup>252</sup> På dette punkt vil dermed byggherrens endringshjemmel i NS 8407 overlappe med adgangen i artikkel 72 nr. 2. Etter det som er sagt om artsbegrensninger i punkt 4.3.2 gir artikkel 72.nr. 2 antagelig adgang til å foreta endringer innenfor standardenes endringssystem. Dette gjelder for kontrakter med verdi opp til 293 millioner kroner. For disse kontraktene vil ikke 15 % av kontraktsverdien overstige direktivets terskelverdier.

15 % -begrensningen kan endres ved avtale. Det er relativt vanlig, blant annet for offentlige byggherrer, å ha en høyere grense i standardmalene.<sup>253</sup> Som eksempel kan nevnes at Statsbygg opererer med en grense på 25 % i sin standard.<sup>254</sup> Det følger av rettspraksis at avtaler om fravikelse av standardens 15 % -begrensning også kan inngås ved konkludent

---

<sup>251</sup> Nordtvedt mfl., (2013) s. 449

<sup>252</sup> Nordtvedt mfl., (2013) s. 449

<sup>253</sup> Nordtvedt mfl., (2013) s. 451

<sup>254</sup> Totalentrepriseboka punkt 18.1

adferd.<sup>255</sup> Benytter oppdragsgiver seg av slike avtaler vil ikke artikkel 72 nr. 2 gi adgang for endringene som overstiger 15 % begrensningen. I slike tilfeller, og for kontrakter med verdi over 293 millioner kroner, må oppdragsgiver forsikre seg om at han har endringsadgang i en av direktivets andre bestemmelser.

## 4.5 Særlig om prisendringer

Som vi skal se i punktet nedenfor er en av rettsvirkningene av at vilkårene i artikkel 72 nr. 2 er oppfylt at det ikke stilles krav til at kontraktens økonomiske balanse opprettholdes ved kontraktendringer. Dette åpner tilsynelatende for at relativt små endringer verdimessig blir overpriset, eller at det foretas reduksjoner uten å endre prisen. Slike endringer gir leverandøren større økonomisk fortjeneste enn tilbudet opprinnelig tilsa. Endringene kan dermed føre til et resultat som strider med formålene bak direktivets endringsbegrensninger.

I lys av dette reiser det seg spørsmål om det likevel oppstilles krav til prisendringer.

Ølykke og Nielsen påpeker at verdigrensene i regelen for mindre endringer kan komme i konflikt med for eksempel likebehandlingsprinsippet eller statsstøttereglene. Dette fordi regelen synes å tillate en prisstigning på 15 % uten at oppdragsgiver mottar tilsvarende tilleggssytelser. Ølykke og Nielsen fremhever at dette tilsier at man ikke fritt kan foreta endringer i henhold til regelen.<sup>256</sup>

Arrowsmith anfører at kravet til forholdsmessighet begrenser endringer av kontraktens økonomiske balanse til det som er nødvendig på grunn av manglende konkurranse rundt forhandlinger i forbindelse med kontraktendringer.<sup>257</sup> Løsningen bidrar til at man unngår resultatreguleringen skal forhindre. Anførselen er imidlertid ikke begrunnet utover

---

<sup>255</sup> Se for eksempel Borgarting lagmannsretts avgjørelse i sak LB-2000-1297

<sup>256</sup> Ølykke og Nielsen, (2015) s. 361

<sup>257</sup> Arrowsmith, (2014) s. 599

at «[i]t seems likely» at dette blir resultatet med forankring i «the general principle of proportionality».<sup>258</sup>

Kravet til forholdsmessighet er nedfelt i direktivets artikkel 18 første ledd. Av bestemmelsen fremgår at oppdragsgiver er forpliktet til å handle på en forholdsmessig måte. Selv om dette kravet er nytt i direktivet, gjaldt det også et krav til forholdsmessighet under det gamle direktivet basert på det generelle EU-rettslige proporsjonalitetsprinsippet.<sup>259</sup>

Generelt kan det sies at kravet til forholdsmessighet innebærer at handlinger eller tiltak som iverksettes skal stå i forhold til handlingens eller tiltakets formål.<sup>260</sup> I dette ligger at tiltak skal være «egnete til, og nødvendige for at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser; såfremt der er mulighet for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål».<sup>261</sup>

I anskaffelsessammenheng er kravet til proporsjonalitet særlig kommet til uttrykk i forbindelse med kvalifikasjonskrav og tekniske spesifikasjoner. Kravet til forholdsmessighet innebærer for eksempel at eventuelle minstekrav til egnethet ikke kan settes så strengt at de «skyder over målet set i forhold til det konkrete bygge- og anlægsprosjekt».<sup>262</sup> Omfanget og karakteren av tekniske krav som stilles begrenses også av at disse må stå i forhold til oppgavens karakter.<sup>263</sup>

Ved å gi valgt tilbyder en fordel gjennomfører oppdragsgiver handlinger som kan virke konkurransevridende og diskriminerende. Slike handlinger må tilfredsstille kravet til forholdsmessighet.<sup>264</sup>

Det kan tenkes at grunnen til at bestemmelsen ikke begrenser prisforhandlinger, er at endringene som faller inn under bestemmelsen blir sett på som så små at det unødvendig vil begrense oppdragsgivers fleksibilitet.

---

<sup>258</sup> Arrowsmith, (2014) s. 599

<sup>259</sup> Dette er blant annet uttalt i C-213/07 «Michaniki» avsnitt 48

<sup>260</sup> Arrowsmith, (2014) s. 628 og Dragsten, (2013) s. 187

<sup>261</sup> C-331/88 «Fedesa» avsnitt 13

<sup>262</sup> Berg, (2012) s. 198

<sup>263</sup> Berg, (2012) s. 399–400

<sup>264</sup> Trepte, (2007) s. 13

En slik argumentasjon er det lettere følge hvis verdigrensen var 5 % av kontraktens verdi slik som i Kommisjonens utkast.<sup>265</sup> Verdigrensen ble imidlertid oppjustert etter forhandlinger med EU-parlamentet.<sup>266</sup> I EU-parlamentets betenkning begrunner retsudvalget en økning av prosentgrensen med at dette er nødvendig for ikke å «lægge for stramme bånd på de ordregivende myndigheter og bebyrde processen med nye kontrakttildelingsprocedurer for det samme arbeide eller den samme tjeneste».<sup>267</sup> Uttalelsen gir inntrykk av at EU-lovgiver har hatt rene tilleggsbestillinger i tankene. Det må antas at EU-lovgiver mente at eventuelle tilleggsbestillinger ble gjennomført på noenlunde like vilkår som resten av kontrakten. Om noe annet var tilfelle ville dette åpne for løsninger som markant avviker fra hovedregelen. Det må forventes at dette i så fall ble adressert i forslaget. Dette støttes av at bestemmelsen omfatter de klare tilfellene. Større endringer av kontraktens økonomiske balanse til fordel for tilbyder vil stå i strid med presumsjonen om at endringene ikke virker konkurransevridende.

Hvis man ikke begrenser prisforhandlinger gir man, for å sette det på spissen, korruperte oppdragsgivere mulighet til å foreta en oppjustering av prisen til verdigrensen uten at ytelsen blir endret. Dette er klart konkurransevridende endringer. Å forhindre slike endringer er i tråd med artikkelens formål i henhold til fortalens avsnitt 107.

Begrenses endringer av kontraktens økonomiske balanse til det som er nødvendig på grunn av manglende konkurranse rundt forhandlingene, opprettholdes kravet til gjennomsiktighet ved at større avvik må forklares med objektive grunner på bakgrunn av forhandlingssituasjonen.

---

<sup>265</sup> KOM(2011) 896 endelig artikkel 72 fjerde ledd

<sup>266</sup> Treumer PPLR (2014) s. 151 og Treumer, (2014) s. 294

<sup>267</sup> EU-Parlamentets betenkning av 11. januar 2013 s. 447

## 4.6 Ikke nødvendig å vurdere endringenes vesentlighet

Er vilkårene oppfylt kan endringen foretas uten at «det er nødvendig at kontrollere, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er oppfylt».<sup>268</sup> Betingelsene det vises til er forhold som etter artikkel 72 nr. 4 første ledd siste punktum innebærer at endringen under alle omstendigheter er vesentlig. At det ikke er nødvendig å vurdere disse vilkårene medfører dermed at endringen kan foretas selv om den ellers ville blitt ansett som vesentlig.

Et av disse vilkårene er at endringen forandrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for tilbyder. Implikasjonene av dette er allerede gjennomgått over.

Et annet vilkår det ikke er nødvendig å kontrollere, er hvorvidt endringen ville påvirket konkurranseresultatet. Dette innebærer at endringer som ville ha påvirket konkurranseresultatet likevel kan gjennomføres om bestemmelsens vilkår er oppfylt. Dette virker oppsiktsvekkende da slike endringer særlig tilsier at det ikke gis endringsadgang. Begrunnelsen er at når det er snakk om så små endringer som bestemmelsen åpner for, og kontraktens overordnede karakter ikke endres, presumeres at endringen ikke ville hatt betydning for konkurranseresultatet.<sup>269</sup> Regelen innebærer dermed at oppdragsgiver slipper å bruke ressurser på å vurdere tilfeller som mest sannsynlig ikke ville blitt ansett som vesentlige. Dette er med på å fremme hensynet til hensiktsmessig ressursbruk.

Begrunnelsen forsterker inntrykket av at det kun er de klare tilfellene som er omfattet av bestemmelsen. Det bør ikke være fri adgang for endringer hvor presumsjonen om at konkurranseresultatet ikke påvirkes faller bort. Dette ivaretas av forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter.

---

<sup>268</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 72 andre ledd

<sup>269</sup> Arrowsmith, (2014) s. 598 og Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 18

Det tredje vilkåret man ikke trenger å kontrollere er hvorvidt endringen utvider kontrakten betydelig. Regelen bidrar på dette punkt til å klargjøre hva som skal anses for å være betydelig. Det er i alle fall sikkert at endringer under verdigrensene ikke vil føre til en betydelig utvidelse av kontrakten.

Det som nå er sagt innebærer ikke at endringer som overstiger verdigrensene automatisk blir ansett for å være vesentlige. Det kan dermed ikke utledes at endringer med verdi over 15 % av kontraktssum vil utgjøre en betydelig utvidelse av kontrakten.<sup>270</sup> Regelen er en «de minimis» regel og fastsetter kun tilfeller man ikke trenger å foreta en vesentlighetsvurdering. Tilfeller som ikke oppfyller vilkårene må vurderes ut fra de andre bestemmelsene som gir endringsadgang.

## 4.7 Vurdering

Bestemmelsen bringer klarhet rundt et usikkerhetsmoment i den ulovfestede læren. Bestemmelsen samsvarer tilsynelatende med endringsadgangen som er hjemlet i NS-kontraktene. For norske offentlige byggherers del vil bestemmelsen dermed føre til stor fleksibilitet for endringer som faller inn under verdigrensene. For anskaffelser med verdi opp til 260 millioner kroner vil 15 % av kontraktssum samsvare med, eller ligge under, gjeldende terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter. For disse anskaffelsene kan oppdragsgiver foreta endringer med hjemmel i standarden uten å vurdere nærmere hvorvidt den er vesentlig. Dette forenkler prosessen med å styre gjennomføringen av de fleste mindre kommunale og statlige byggeprosjekt. Større statlige byggeprosjekt som overskrider 260 millioner kroner, må passe på at de har adgang til å foreta endringer som overskrider verdigrensene i medhold av andre deler av artikkel 72.

Bestemmelsen bringer imidlertid ikke klarhet i spørsmålet om prisendringer. Dette er overraskende siden bestemmelsen slik den nå er formulert tilsynelatende åpner for muligheter som klart motarbeider formålet med reguleringen. Det må imidlertid antas at det ligger begrens-

---

<sup>270</sup> Arrowsmith, (2014) s. 599

ninger som i hvert fall utelukker rene omgåelser av anskaffelsesreglene. Adgangen i artikkel 72 nr. 2 vil antagelig omfatte en stor del av endringer som normalt foretas. Det er ventelig at spørsmålet om hvorvidt kontraktens overordnede karakter er endret ofte vil bli behandlet av KOFA, og etter hvert domstolene.



## 5 Ikke-vesentlige endringer

### 5.1 Innledning

Direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav e gir adgang til å foreta endringer som ikke er vesentlige. Dette gjelder «uanset deres verdi». Hva som utgjør en vesentlig endring er definert i artikkelens nr. 4.

Utgangspunktet i nr. 4 er at en endring er vesentlig hvis den medfører at «kontraktens [...] karakter er væsentlig forskjellig fra den oprindelige kontrakt.» Videre lister bestemmelsen opp tilfeller hvor endringer «under alle omstændigheder» er vesentlige. Dette gjelder riktignok ikke hvis en av artikkelens andre bestemmelser gir adgang til å foreta endringen.

De tre omstendighetene jeg tar for meg her er

- i. Endringer som ville ha gitt mulighet for et annet konkurranseresultat
- ii. Endringer som endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren
- iii. Endringer som utvider kontraktens omfang betydelig

I tillegg omtaler bestemmelsen også bytte av kontraktspart som faller utenfor avhandlingen.

Bestemmelsen fremstår som en kodifisering av den ulovfestede læren slik denne fremgår av «pressetext». De tre momentene er hentet fra avgjørelsens avsnitt 35 – 37. Utgangspunktet for hva som utgjør en vesentlig endring er hentet fra avgjørelsens avsnitt 34. Praxis i tilknytning til den ulovfestede læren er derfor relevant for å fastsette det nærmere innholdet i vurderingen.

Det skal likevel mindre til før en endring blir ansett som vesentlig i henhold til direktivreguleringen holdt opp mot den ulovfestede læren. Dette er et resultat av tydeligere og mer presise retningslinjer for hvordan vurderingen skal foretas. Av «pressetext» fremgår at en endring «*kan* betraktes som væsentlig»(uthevet her) hvis momentene er oppfylt.

Vurderingen er derfor ansett for å være en helhetsvurdering hvor også andre momenter gjør seg gjeldende.<sup>271</sup> En endring trenger altså ikke være vesentlig selv om et av momentene er oppfylt. Motsatt kan det også tenkes at en endring er vesentlig selv om momentene ikke er oppfylt.

Et eksempel på dette er sak 2010/212 «Helse Bergen HF». Saken er omtalt ovenfor i punkt 3.3.2.2. I sin vurdering la KOFA avgjørende vekt på at det var snakk om en langvarig kontrakt. I slike kontrakter måtte det tillates at det ble foretatt visse tilpasninger. Anskaffelsen skulle dessuten ut på nytt anbud om ikke lenge. Med dette som begrunnelse kom KOFA til at endringen ikke var vesentlig. Dette til tross for at utgiftsøkningen etter endringen ble omtalt som «et ikke ubetydelig beløp». Dette kunne «isolert sett tale for at det forel[å] en vesentlig endring». KOFA hadde ikke grunnlag for å vurdere hvorvidt endringen ville tiltrukket andre tilbydere siden kontrakten var inngått for 10 år siden.<sup>272</sup> I avgjørelsen ble altså andre moment tillagt vekt selv om det forelå holdepunkter som tilsa at «presstext»-momentene var oppfylt.

Etter direktivbestemmelsen er en endring vesentlig «under alle omstændigheder» hvis ett av de opplistede momentene er oppfylt. Handlingsrommet ved vurderingen er med dette innsnevret sammenlignet med den ulovfestede læren.<sup>273</sup> Når ordlyden i direktivet er så klar, er det ikke lenger mulig med en tilnærming som i «Helse Bergen HF». Isolert sett innebærer dette at vesentlighetsvurderingen blir mer rigid. Dette vil føre til mer forutberegnelighet ved at vilkårene blir mer presise, noe som er i tråd med formålet slik dette kommer fram i fortalens avsnitt 107.

Selv om vesentlighetsvurderingen isolert sett er snevret noe inn, innebærer ikke dette at adgangen til foreta endringer generelt er mindre. De viktigste av andre gjeldende moment er tatt inn i bestemmelsene som er omtalt i kapitlene ovenfor. Disse bestemmelsene åpner for endringer uten at det er nødvendig å foreta en vesentlighetsvurdering. Dette reiser spørsmålet om forhold som gir endringsadgang etter artikkelens andre

---

<sup>271</sup> Arrowsmith, (2014) s. 580, Brun mfl., (2013) s. 154 og Dragsten, (2013) s. 738

<sup>272</sup> 2010/212 «Helse Bergen HF» avsnitt 39–42

<sup>273</sup> Treumer PPLR, (2014) s. 149

bestemmelser kan trekkes inn i vesentlighetsvurderingen etter artikkelens nr. 4. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

## 5.2 Konkurransепåvirkende endringer

### 5.2.1 Innledning

I henhold til artikkel 72 nr. 4 bokstav a er en endring vesentlig hvis den fører til at anbudskonkurransen kunne forløpt annerledes. Dette er tilfelle i tre situasjoner: hvis endringen ville gitt adgang for andre tilbudsgivere enn de opprinnelig utvalgte, om det ville vært mulig å akseptere et annet tilbud enn det opprinnelige, eller om endringen hadde tiltrukket ytterligere deltakere i anbudsprosessen. Vilkårene svarer til det som fremgår av «presstext» avsnitt 35.

I fortalens avsnitt 107 påpekes at endringer «især» er vesentlige «når de ændrede vilkår ville have haft indvirkning på resultatet af proceduren, hvis de havde været del af den oprindelige procedure.» Vilkåret er særlig egnet til å hindre endringer med en slik virkning.

Vilkåret innebærer at endringer ikke kan påvirke kontrakten mer enn at det etter endringen fremdeles er sannsynlig at valgt leverandør ville hatt det beste tilbudet. Dette hindrer ordninger mellom oppdragsgiver og tilbyder som gir tilbyder en fordel han ikke ville vunnet konkurransen med. På denne måten fremmes likebehandling av partene siden valgt leverandør sannsynligvis også ville blitt valgt med endringen. Kravet til fri flyt av varer og tjenester blir også ivaretatt av vilkåret siden endringer som gjør anskaffelsen aktuell for andre utenlandske aktører er ulovlige. På denne måten hindres oppdragsgiver å favorisere lokale tilbydere.

Hvilke endringer som er tillatt avhenger av sannsynlighetskravet for at konkurransen ville forløpt annerledes med endringen.

Ordlyden «ville have givet mulighed for» trekker i retning av at det må sannsynlighetsovervekt til for at vilkåret skal oppfylles. Siden det ikke er mulig å faktisk prøve hvordan endringen påvirker konkurransen, vil det imidlertid være vanskelig å bevise en endrings eventuelle påvirk-

ning av konkurranseresultat med sannsynlighetsovervekt. Et strengt sannsynlighetskrav vil dermed føre til at det skal mye til før man kan si at endringen ville ha ført til et annet konkurranseresultat. Et slikt krav innebærer at oppdragsgiver slipper ny anbudsrunde med mindre det er relativt sikkert at resultatet ville vært annerledes med endringen. Dette fremmer hensynet til fleksibel prosjektstyring og effektiv bruk av offentlige midler.

Løsningen går imidlertid på bekostning av hensynet til fri flyt av varer og tjenester. Man risikerer at endringer som faktisk ville ha påvirket resultatet tillates på grunn av at det er vanskelig å sannsynliggjøre påvirkningen.

EU-domstolens formulering i «presstext» er også «ville ha» gjort det mulig.<sup>274</sup> Generaladvokat Kokott hadde imidlertid en annen formulering i sitt forslag til avgjørelse i «presstext». Generaladvokaten mener det er tilstrekkelig at «det ikke kan utelukkes» respons fra andre tilbydere.<sup>275</sup> Dette er et lavere sannsynlighetskrav. EU-domstolen kommenterer ikke hvorfor de bruker en annen formulering enn Generaladvokaten.

Formuleringen til Generaladvokaten har fått tilslutning i teorien. Liljenbøl bruker formuleringen «hvis det ikke kan utelukkes» med henvisning til Generaladvokat Kokotts forslag.<sup>276</sup> Hartlev og Liljenbøl opprettholder dette ved formuleringen «cannot be ruled out».<sup>277</sup>

Hvis kravet er at det ikke kan utelukkes at konkurranseresultatet ville vært annerledes med endringen, vil hensynene til fri flyt av varer og tjenester bli bedre ivaretatt. Det er da lettere å hindre endringer som gjøres for å omgå regelverket. Dette er også den løsningen som mest effektivt hindrer forskjellsbehandling på tvers av landegrenser. Alle endringer som kan tenkes å påvirke konkurranseresultatet blir omfattet med denne forståelsen. Siden vurderingen så og si alltid blir hypotetisk, vil et strengere sannsynlighetskrav innebære at få endringer hindres på bakgrunn av dette vilkåret. Dette har neppe vært EU-lovgivers hensikt.

---

<sup>274</sup> C-454/06 «presstext» avsnitt 35

<sup>275</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-454/06 avsnitt 49

<sup>276</sup> Liljenbøl, (2010) punkt 4.2

<sup>277</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 54

I fortalen nevnes uttrykkelig at endringer som får innvirkning på konkurranseresultatet særlig vil være vesentlige. Å oppstille et så strengt sannsynlighetskrav at vilkåret blir ineffektivt, er ikke i tråd med ønske om å hindre endringer med slike konsekvenser.

Løsningen synes også å passe best med vilkårene for at en endring skal anses for å påvirke konkurranseresultatet. For eksempel er det tilstrekkelig at kretsen av tilbydere ville blitt utvidet. En utvidelse av antall deltakere medfører ikke sannsynlighetsovervekt for at resultatet blir påvirket. Det kan imidlertid ikke utelukkes at dette ville vært tilfelle.

Forståelsen passer også best med artikkelens system. Når man er kommet til vesentlighetsvurderingen, har man trolig fastslått at endringen ikke faller inn under noen av de andre bestemmelsene. Kvoten for mindre endringer er oppbrukt. Endringen følger ikke av en endringsklausul som oppfyller kravene, og endringen består verken av nødvendig tilleggsarbeid eller har oppstått på grunn av uforutsette omstendigheter. Det foreligger altså ikke noen særlige grunner til å tillate endringen. Det er dermed lite som tilsier at man er «rund i kantene» ved vurderingen.

Ordlyden og EU-domstolens formuleringer skaper en viss usikkerhet med tanke på konklusjonen. Etter min mening må det være tilstrekkelig å påvise at det ikke kan utelukkes at endringen ville påvirket konkurranseresultatet.

### **5.2.2 Endringen ville gitt adgang til andre tilbydere**

En endring er under alle omstendigheter vesentlig hvis den ville gitt mulighet for å gi andre potensielle tilbydere adgang til å delta i konkurransen.

I «pressetext» er ordlyden «ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage». Uttalelsen er antatt å omfatte tilfeller hvor endringen innebærer at tilbydere som ikke ble ansett som kvalifisert kunne deltatt, og tilfeller der andre tilbydere kunne tenkt seg å inngi tilbud.<sup>278</sup>

---

<sup>278</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 216

Dette er nå presisert i direktivet.<sup>279</sup> Ordlyden nevner både tilfeller hvor nye tilbydere gis adgang, og tilfeller hvor endringen ville tiltrukket nye tilbydere. Det er det første tilfellet som omtales her.

Vilkåret er et resultat av at vurderingen er utpreget hypotetisk. Det er dermed ikke nødvendig å påvise at et annet tilbud faktisk ville blitt valgt. Det er antagelig tilstrekkelig at det ikke kan utelukkes at endringen ville gitt adgang for andre tilbydere. Vilkåret omfatter endringer som er egnet til å påvirke tilbydernes vurdering av hvorvidt de skal delta i konkurransen.

Ordlyden viser til muligheten for å gi nye tilbydere «adgang». Dette tilsier at vilkåret omfatter endringer som påvirker kretsen av tilbydere som i det hele tatt *kunne* delta. Hvorvidt endringen ville gjort det *ønskelig* for andre å delta faller inn under vilkåret som behandles i punktet rett under.

Vilkårets bakgrunn er at endringer som påvirker kretsen av tilbydere som kunne deltatt i konkurransen, gir mulighet for flere deltakere. Hadde flere deltatt i konkurransen kan det ikke utelukkes at en av disse ville gitt et bedre tilbud enn det som opprinnelig ble valgt. Endringer med slike konsekvenser utgjør en restriksjon på fri flyt av varer og tjenester, siden tilbydere som kunne deltatt med endringen, ble hindret.

I anbudskonkurranser vil krav som stilles til tilbudene påvirke hvem som kan delta i konkurransen. Dette kan skje i form av kvalifikasjonskrav i åpne anbudskonkurranser eller i forbindelse med en prekvalifiseringsprosess i begrensede anbudskonkurranser.<sup>280</sup>

Hvilke krav oppdragsgiver kan stille til tilbydere er regulert i artikkel 58 i 2014-direktivet. Disse reglene samsvarer i stor grad med de som følger av 2004-direktivet.<sup>281</sup> Oppdragsgiver kan etter bestemmelsen stille krav til egnethet til å utføre kontrakten, økonomisk og finansiell stilling og tekniske krav. Når det gjelder tekniske krav kan disse baseres på faglig

---

<sup>279</sup> Treumer PPLR (2014) s. 149

<sup>280</sup> Bakken og Nordby, (2013) s. 128 –130

<sup>281</sup> Høringsnotat 2 – Ny forskrift om offentlige anskaffelser s. 14

kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet.<sup>282</sup> Disse kravene skal være relatert til, og stå i forhold til, den aktuelle kontrakten.

Endringer som påvirker kvalifikasjonskravene vil lettere anses vesentlige.<sup>283</sup> Endringer som innebærer at visse kvalifikasjonskrav ikke lenger er aktuelle, kan føre til at flere tilbydere vil møte kvalifikasjonskravene etter endringen. Det kan dermed ikke utelukkes at flere tilbydere ville fått adgang om endringen hadde vært med i konkurransen.

Endringer som fører til at kvalifikasjonskravene ikke lenger anses for å være relatert til, eller stå i forhold til anskaffelsen, kan også få slike konsekvenser. Dette er antagelig mest praktisk for reduserende endringer, for eksempel ved at arbeidene som tas ut krever særskilte egenskaper eller erfaring.

Også endringer av kontraktsvilkår kan påvirke kvalifiseringen. For eksempel vil reduserte krav til garantier som skal stilles av tilbyderne påvirke krav til finansiering som er oppstilt som kvalifikasjonskrav.<sup>284</sup>

### 5.2.3 Endringen ville tiltrukket seg ytterligere tilbydere

En endring er også vesentlig hvis den ville ha tiltrukket ytterligere tilbydere hadde den vært del av anbudskonkurransen. Begrunnelsen er den samme som over. Hadde flere tilbydere gitt tilbud, kan det ikke utelukkes at et av disse tilbudene ville vært bedre enn det valgte.

Vurderingen må ta utgangspunkt i det som fremkommer av kunngjøringen.<sup>285</sup> Opplysningene i kunngjøringen gjelder ofte avtalens grunnleggende elementer.<sup>286</sup> Kunngjøringen danner grunnlaget for ulike aktørers stillingtagen til om de skal delta i anbudsrunder eller ikke. Endringer som fører til at kontrakten avviker fra kunngjøringens opplysninger, gir derfor lettere grunnlag for en antagelse om at potensielle tilbydere som valgte ikke å delta i konkurransen, ville valgt annerledes om endringen hadde vært del av kunngjøringen.

---

<sup>282</sup> Anskaffelsesforskriften § 17-4

<sup>283</sup> Arrowsmith, (2014) s. 581

<sup>284</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 216

<sup>285</sup> I denne retning Arrowsmith, (2014) s. 580

<sup>286</sup> I denne retning Poulsen, (2012) s. 175

I sak 2010/179 «Vestvågøy kommune» ble kontrakten endret ved at det ble trukket ut arbeider i forbindelse med opparbeiding av parkeringsplasser. KOFA fant at det ikke forelå holdepunkter for at andre tilbydere ville deltatt eller vunnet konkurransen hadde arbeidene allerede fra starten vært utenfor kontrakten. KOFA støttet denne vurderingen på at kunngjøringen ikke oppga hvor mange parkeringsplasser som var omfattet av anskaffelsen. I tillegg påpeker KOFA at prosjektet inneholdt et omfattende spekter av oppgaver som krevde bred kompetanse og høy kapasitet. Dette tilsa at reduksjon av antall parkeringsplasser ikke ville tiltrukket ytterligere tilbydere.

Også kvalifikasjonskrav og hvordan markedet for anskaffelsen ser ut kan påvirke vurderingen.

Sak 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» gjaldt en kontrakt om trafiksikkerhetstiltak langs ulike veier. Kontrakten ble endret ved at oppdragsgiver aksepterte en annen type rekkverk enn etterspurt, og at det ble brukt stålstooper i stedet for trestooper. Rekkverket ble akseptert fordi rekkverk av den leverte typen i ettertid ble godkjent i kunngjøringens etterspurte styrkeklasse. Utførelsen ble også endret ved at stolpene ble banket ned i bakken i stedet for at rekkverkshullene ble boret. KOFA vurderte både hvorvidt endringene innebar at den økonomiske balansen ble forandret, og hvorvidt endringen kunne åpne for andre tilbydere eller et annet tilbud. KOFA kom til at endringen ikke ville tiltrukket seg ytterligere tilbydere. Dette var begrunnet med at markedet for denne typen tjenester er begrenset, og at få tilbydere møtte kvalifikasjonskravene.<sup>287</sup>

Endringer av kontraktsgjenstanden kan utgjøre en vesentlig endring hvis utførelsen blir endret til å gå ut på noe visse leverandører har spesialisert seg på. Tilstrekkelige økninger i omfang vil kunne tiltrekke seg tilbydere som mente den opprinnelige anskaffelsen var for liten.<sup>288</sup> Tilsvarende vil reduksjoner kunne tiltrekke seg mindre aktører som ikke hadde kapasitet til å begi seg ut på den opprinnelige anskaffelsen.

---

<sup>287</sup> 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» avsnitt 71

<sup>288</sup> Arrowsmith, (2014) s. 581



Et eksempel på at endringer av ytelsen kan føre til at ytterligere tilbydere kunne vært interessert er EU-domstolens avgjørelse i «Succhi di Frutta». I avgjørelsens avsnitt 116 uttaler Domstolen at oppdragsgiver ikke kan endre vilkår i anbudsdokumentene som «ville have gjort det muligt for de bydende at afgive et væsentligt andet bud.» Dette var tilfelle når betalingen ble endret fra epler til fersken. Generaladvokaten påpeker i sitt forslag til avgjørelse at å bytte ut en av kontraktens hovedytelser vil utgjøre en vesentlig endring. Ulike næringsdrivende kunne ha større interesse av ferskener enn epler og motsatt.<sup>289</sup>

At endringer av ytelsen lettere vil utgjøre vesentlige endringer er i tråd med fortalens avsnitt 107. Her fremkommer at vesentlige endringer «især» vil forekomme ved endringer i «anvendelsesområdet og indholdet i parternes gensidige rettigheter og pligter».

#### **5.2.4 Endringen ville gjort det mulig å akseptere et annet tilbud**

Dette vilkåret retter seg direkte mot det valgte tilbudet. Om en endring ville gjort det mulig å akseptere et annet tilbud, er endringen vesentlig.

Vilkåret hindrer endringer som innebærer at valgt tilbyder ikke ville hatt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet hadde endringen vært del av den opprinnelige anskaffelsen. På denne måten fremmes kravet til likebehandling av aktører og gjennomsiktighet. Vilkåret innebærer at en anskaffelse ikke kan endres på en måte som er forbundet med usikkerhet om oppdragsgivers favorisering av valgt tilbyder. Vilkåret bidrar også til effektiv bruk av offentlige midler ved å hindre at anskaffelser tildeles en tilbyder som ikke reelt har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det følger av fortalens avsnitt 2 at dette, i tråd med Europa 2020-strategien, er et av formålene med å modernisere anskaffelsesreglene.

Avgjørende er hvordan det valgte tilbudet står seg mot de andre tilbudene etter endringen. Dette tilsier at vilkåret ikke er oppfylt hvis det valgte tilbudet også ville vært det beste med endringen. På denne måten

---

<sup>289</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-496/99 avsnitt 74

unngår man kostbare anbudsrunder hvis det er sannsynlig at valgt leverandør også ville blitt valgt med endringen.

Også i denne vurderingen gir anbudsdokumentene et godt grunnlag for vurderingen. I denne sammenheng må det antas at konkurransegrunnlaget vil spille en sentral rolle. Konkurransegrunnlaget inneholder ofte utfyllende og detaljert informasjon som er nødvendig for at tilbyderne skal kunne prise tilbudene sine. Endringer av forhold som har vært bestemmende for prisingen, kan innebære at man kunne akseptert et annet tilbud. Konkurransegrunnlaget inneholder også tildelingskriterier<sup>290</sup> hvor det kommer frem hvor stor vekt som blir tillagt ulike forhold ved tilbudene. Endringer i relasjon til disse kriteriene kan påvirke hvilke tilbud som blir ansett for å være det økonomisk mest fordelaktige.<sup>291</sup> Motsetningsvis vil endringer som ikke får innvirkning på tildelingskriteriene, eller ville påvirket alle tilbydere på samme måte, lettere aksepteres.<sup>292</sup>

I sak 2014/139 «Statens vegvesen Region sør», som er omtalt over i punkt 5.2.3, vurderte KOFA hvorvidt endringene gjorde det mulig å akseptere et annet tilbud. KOFA presiserte at vurderingen må gjøres med utgangspunkt i at endringsforslagene kom fra tilbyder. Vurderingen synes å bli strengere på grunn av dette, da det ikke var oppdragsgivers behov som foranlediger endringene. Da feil rekkverk var priset ble klagers tilbud gitt et påslag på seks millioner. Endringen innebar imidlertid at det leverte rekkverket lignet det som var priset i klagers tilbud. Prisingen av rekkverkene var det eneste punktet partenes tilbud avvek fra hverandre. KOFA mente at pristilbudene ville ha ligget meget nær hverandre dersom de gjennomførte endringene hadde vært del av konkurransen. Det var en nærliggende mulighet for at utfallet av konkurransen under denne forutsetningen hadde blitt et annet.<sup>293</sup> Avgjørelsen er et eksempel på at den konkrete prisingen i tilbudene påvirker vurderingen.

---

<sup>290</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 13-2 annet ledd og 17-1 første ledd bokstav b nr. 4 jf. 22-2 annet ledd

<sup>291</sup> Arrowsmith, (2014) s. 581

<sup>292</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 217

<sup>293</sup> 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» avsnitt 72–73

Foreligger konkrete holdepunkter for at det valgte tilbud er det beste også med endringen, kan dette påvirke hvorvidt endringen anses for å være konkurransepåvirkende.

Sak 2013/128 «Statens vegvesen Region vest» omhandlet arbeider på et kaianlegg i Lavik. I forbindelse med arbeidene var det behov for å opprette en midlertidig liggekai på Brekke kai på andre siden av fjorden. Dette ble inntatt som tilleggsarbeid i kontrakten om Lavik kai. Arbeidet skjedde på et annet geografisk sted enn hovedanskaffelsen, og oppdragsgiver var klar over behovet for arbeidene allerede ved den opprinnelige anbudskonkurransen. KOFA mente dette skjerpet kravene til vesentlighetsvurderingen. Endringen var likevel ikke vesentlig. Det var ikke holdepunkter for å si at andre leverandører ville deltatt i konkurransen hadde arbeidene vært med i den opprinnelige prosessen. Oppdragsgiver hadde holdt en egen anbudskonkurranse for arbeidene på Brekke kai. Inngitte tilbud lå imidlertid mer enn 100 % over innhentede kostnadsoverslag. Opprinnelig tilbyder kunne gjøre arbeidene for omtrent det overslaget tilsa. Dette tydet på at konkurransen ikke ville blitt annerledes. Anskaffelsen oversteg EU-terskel og vurderingen er basert på «presstext»-momentene.

### **5.3 Endring av kontraktens økonomiske balanse**

Artikkel 72 nr. 4 bokstav b bestemmer at en endring er vesentlig hvis den endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for tilbyder på en måte som den opprinnelige kontrakt ikke ga mulighet for. Momentet er hentet fra «presstext» avsnitt 37.

Ordlyden tilsier at endringer i den økonomiske balansen tillates hvis de ikke er til gunst for tilbyder. Altså vil endringer som medfører at anskaffelsen blir mer lønnsom for oppdragsgiver tillates. Dette kan være endringer hvor kontraktsgjenstanden beholder samme kvalitet som forutsatt, men til en lavere pris. Eller at kvaliteten eller omfanget øker uten at prisen øker tilsvarende.

I «presstext» gikk en av endringene EU-domstolen vurderte ut på en økning i rabatt for østerrikske myndigheter fra 15 % til 25 %. End-

ringen ble ikke ansett for å være vesentlig. Domstolen begrunnet dette med at endringer som satte ned tilbyders vederlag sammenlignet med det opprinnelig avtalte, ikke endret avtalens økonomiske balanse til fordel for tilbyder. En økning i rabatter for oppdragsgiver virket ikke konkurranseskadelig til skade for andre potensielle tilbydere.<sup>294</sup>

Endringer i den økonomiske balanse til fordel for tilbyder tillates hvis dette følger av kontrakten eller anbudsdokumentene. Hva dette innebærer kommer jeg tilbake til nedenfor i punkt 5.5.

Det at det bare er endringer i den økonomiske *balansen* som omfattes tilsier at det ikke stilles krav til *hva* som kan endres, eller *hvor mye*, men *hva som skal skje* ved kontraktendringer. Endringer som generelt vedrører de økonomiske sidene ved kontrakten utgjør ikke i seg selv et problem etter bestemmelsen.

For at den økonomiske balansen skal kunne opprettholdes i en kontrakt, kreves at endringer i en ytelse reflekteres i endringer i motytelsen. Prisøkninger tillates så lenge de følges av tilsvarende økning i tilbyders ytelse.<sup>295</sup> Det kreves ikke at leverandøren over hodet ikke får fortjeneste på endringsarbeidene, men leverandøren kan ikke få en større forholdsmessig fortjeneste på endringsarbeidet enn på det opprinnelige kontraktarbeidet. Er fortjenesten opprinnelig 5 % må den også være det for endringsarbeidene.<sup>296</sup> I denne vurderingen må også andre forhold enn pris tas i betraktning. Får leverandøren andre fordeler av endringen, som lavere risiko for å betale mulkt eller den gjør det lettere å opparbeide bonus, må dette også medregnes når man anslår kontraktens balanse.<sup>297</sup>

I sak 2014/139 «Statens vegvesen Region sør», som er omtalt i punktene over, ble det påvist at endringene førte til at tilbyder fikk flere millioner i besparelser.<sup>298</sup> KOFA påpekte at innklagede skulle ha krevd å ta del i disse besparelsene. KOFA viser i den forbindelse til reglene om vederlagsjustering i NS 8406 punkt 22.2. Da oppdragsgiver ikke krevde

---

<sup>294</sup> C-454/06 «presstext» avsnitt 85 – 87

<sup>295</sup> Arrowsmith, (2014) s. 584

<sup>296</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 220

<sup>297</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 220

<sup>298</sup> 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» avsnitt 67

vederlaget justert for besparelsen endringene medførte, fant KOFA at kontraktens økonomiske balanse var endret. Dette viser at standardenes regler for vederlagsjustering må benyttes for å unngå at endringer i henhold til standardenes endringsbestemmelser påvirker den økonomiske balansen.

At reduksjoner i ytelsen uten tilsvarende vederlagsjustering endrer av kontraktens økonomiske balanse er ikke overraskende. Tilsvarende vil en økning i tilbyders ytelse uten korresponderende vederlagsjustering stort sett aksepteres siden dette er i favør oppdragsgiver.

Forholdene må imidlertid vurderes konkret. Prisreduksjoner gir umiddelbart inntrykk av en endring som går i favør oppdragsgiver. Generaladvokat Kokott påpeker imidlertid i forslaget til avgjørelse i «presstext» at det ikke er utelukket at en avtale om lavere vederlag også kan virke konkurransevridende.<sup>299</sup> Dette er for eksempel tilfelle hvis prisenivået på tidspunktet for endringen er lavere enn vederlagsreduksjonen. Andre tilbydere kunne da gitt lavere tilbud hadde kontrakten blitt konkurranseutsatt i stedet for at det ble foretatt en endring.<sup>300</sup>

Utsagnet synes å være underlagt en av to forutsetninger. Enten at kontraktens økonomiske balanse ikke skal vurderes isolert, men sett i lys av prisenivået i markedet. Eller at vurderingen av markedsrespons skal gjøres ut fra situasjonen på endringstidspunktet og ikke tidspunktet for anbudsrundene.

Jeg tar for meg den siste forutsetningen først. Generaladvokatens utsagn gjelder et tilfelle hvor prisreduksjonen ikke er stor nok fordi et lavt prisenivå tilsier at andre tilbydere kunne gitt et lavere tilbud. Dette er en vurdering av markedsresponsen heller enn en vurdering av kontraktens økonomiske balanse. Problemet er at om man skal ta i betraktning prisenivået slik det er på endringstidspunktet, må vurderingen av markedsresponsen også vurderes ut fra situasjonen på endringstidspunktet. Som vi har sett skal denne vurderingen foretas som om endringen hadde vært med i den opprinnelige konkurransen. Da må det også tas utgangspunkt i det opprinnelige prisenivået. Det er konkurransesituasjo-

<sup>299</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-454/06 avsnitt 90

<sup>300</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-454/06 avsnitt 91

nen slik den forelå på tidspunktet for anbudsrunder som er avgjørende for hvilke bud som hadde vunnet konkurransen.<sup>301</sup>

Alternativt er forutsetningen at det generelle prisnivået spiller inn på kontraktens økonomiske balanse. Det generelle prisnivået kan for det første tenkes å spille inn på ytelsens faktiske kostnader. Er dette tilfelle må det antas at kontraktens økonomiske balanse ikke endres hvis leverandøren ikke øker sin fortjeneste. Er leverandørens fortjeneste 5 % både for de opprinnelige arbeidene og endringsarbeidene, må det antas at konkurranseresultatet er opprettholdt selv om markedet har endret seg. Dette vil imidlertid bare være relevant hvis det må forhandles om prisen på endringene. Finnes enhetspriser som var del av konkurransen, må disse legges til grunn. Disse har allerede vært konkurranseutsatt. Bruken av disse endrer dermed ikke kontraktens økonomiske balanse.

Prisnivået for den aktuelle tjeneste kan også tenkes å påvirke hva markedet tillater leverandørene å ta i fortjeneste. La oss si at valgt tilbyder vant anbudet med en fortjeneste på 5 %. I ettertid er markedet blitt slik at man for å være konkurransedyktig ikke kan ta mer enn 3 % fortjeneste. Spørsmålet blir da om kontraktens økonomiske balanse forandres om leverandøren opprettholder 5 % fortjeneste på endringsarbeid.

Ser man kontrakten isolert er den økonomiske balansen i eksempelet over ikke endret. Endringer i prisnivå og marked i etterkant, må anses som en risiko både tilbyder og oppdragsgiver tar idet man inngår kontrakten med oppgitte priser. Dette tilsier at tilbyder kan opprettholde nivået på fortjenesten for endringsarbeid. En annen sak er at oppdragsgiver kan forhandle seg til lavere priser. Dette kan skje under «trussel» om å la andre foreta de aktuelle endringene. Hvis oppdragsgiver kan få andre til å gjennomføre endringene til en lavere pris, er det ikke noe i veien for at oppdragsgiver benytter seg av denne muligheten. Opprinnelig leverandør blir da nødt til å velge mellom å tilby konkurransedyktige priser, eller risikere å ikke få utføre endringsarbeidet.

I slike tilfeller er det grunn til å være særlig oppmerksom på vederlagsjusteringen. Det må tas hensyn til «fordelen» leverandøren får ved at endringene ikke settes ut på anbud i vurderingen av om kontraktens

---

<sup>301</sup> Se Poulsen, (2012) s. 174

økonomiske balanse er endret.<sup>302</sup> For å sørge for en mulighet til å justere prisene, kan oppdragsgiver innlemme en slik mulighet i en endringsklausul.

Juridisk teori påpeker at en prisreduksjon i sammenheng med utvidelse av kontraktsomfang kan utgjøre en vesentlig endring. Dette gjelder selv om endringen tilsynelatende går i favør oppdragsgiver. Dette fordi det kan tenkes andre tilbydere som ville gitt en enda bedre pris på en anskaffelse av det nye omfanget.<sup>303</sup> Det virker imidlertid ikke helt trefende å begrunne at disse endringene er vesentlig med at den økonomiske balansen endres. Den økonomiske balansen i den opprinnelige kontrakten kan godt være overholdt selv om andre tilbydere kunne gitt en bedre pris. Ut fra begrunnelsen som brukes i teorien fremstår det mer nærliggende å ta denne vurderingen under momentet om påvirkning av markedsrespons.

Arrowsmith mener at en endring kun vil være vesentlig om endringen ville hatt betydning for kontraktstildelingen.<sup>304</sup> Hun støttes av Liljenbøl og Poulsen.<sup>305</sup>

Begrunnelsen for et slikt syn må være at det ikke er rimelig å kreve en fordyrende anbudskonkurranse i tilfeller det ikke kan antas at resultatet ville blitt annerledes. Problemet med denne forståelsen er at tilbyder da kan vinne konkurransen med et lavt bud i visshet om at det senere foretas kontraktendringer med et høyt vederlag, men ikke høyere enn at tilbudet fremdeles ville vært det beste. På denne måten vil man kunne tilpasse tilbudet den resterende konkurransen. Dette medfører at konkurransens formål forsvinner. Oppdragsgiver vil slik kunne favorisere lokale tilbydere på bekostning av utenlandske.

Løsningen passer også dårlig med direktivets system. Det er overflødig å ha en egen bestemmelse om den økonomiske balansen om det likevel kreves at konkurranseresultatet ville blitt annerledes. Det er nærlig-

---

<sup>302</sup> Se Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 56

<sup>303</sup> Se Arrowsmith, (2014) s. 585, Poulsen, (2012) s. 180 og Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 219–220

<sup>304</sup> Arrowsmith, (2005) s. 288

<sup>305</sup> Liljenbøl, (2010) punkt 4.2 og Poulsen, (2012) s. 170

gende å se det slik at bestemmelsen heller utfyller momentet om konkurransepåvirkning. Endringer i den økonomiske balansen vil typisk kunne påvirke konkurranseresultatet. Det kan også nevnes at Arrowsmith i den nye utgaven av boka har endret oppfatning.<sup>306</sup> Etter dette må en endring anses som vesentlig om den økonomiske balansen endres, også der det ikke er nærliggende å tro at konkurranseresultatet vil bli påvirket.

En annen problemstilling er om enhver endring av den økonomiske balanse utgjør en vesentlig endring, eller om mindre endringer aksepteres. Formuleringen i «pressetext» tilsier at enhver endring av den økonomiske balanse representerer en vesentlig endring. Det er imidlertid argumentert for at mindre endringer bør aksepteres.<sup>307</sup> I denne retning går også KOFAs uttalelse i sak 2014/139 «Statens vegvesen Region sør».<sup>308</sup>

Endringer i den økonomiske balansen utgjør en risiko for fri flyt av varer og tjenester, samt kravet til likebehandling av aktører. Slike endringer er egnet til å omgå anskaffelsesregelverket. Det er derfor gode grunner for at selv mindre endringer er vesentlige.

Forfattere som argumenterer for at mindre endringer bør tillates, argumenterer med at det kan foreligge saklige grunner for å gjøre endringen. Slike argumenter passer imidlertid ikke inn i ordlyden i det nye direktivets artikkel 72 nr. 4. Denne åpner som nevnt ikke for samme helhetsvurdering. Heller ikke for dette vilkåret er det grunn til å være «rund i kantene». Det er snakk om endringer som ikke er gitt adgang etter de andre bestemmelsene i artikkelen. De hensyn som tilsier at mindre endringer i kontraktens økonomiske balanse bør aksepteres, blir ivaretatt av artikkel 72 nr. 1 bokstavene a–c og nr. 2. Dette taler for at selv mindre endringer av den økonomiske balanse bør ses på som vesentlige.

Unntaket fra dette utgangspunktet er muligens ubetydelige endringer som kan forklares objektivt.<sup>309</sup> Den objektive begrunnelsen må ut fra argumentasjonen over være noe annet enn de hensyn som bli ivaretatt

---

<sup>306</sup> Arrowsmith, (2014) s. 584

<sup>307</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 219

<sup>308</sup> 2014/139 «Statens vegvesen Region sør» avsnitt 63

<sup>309</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 219



av de andre bestemmelsene i artikkel 72.<sup>310</sup> I «presstext» tillot fro eksempel EU-domstolen at prisene ble avrundet i forbindelse med overgangen til Euro. Avrundingen ble forklart med at den gjorde det lettere å gjennomføre faktureringen. Dette ble akseptert av EU-domstolen. Avrundingen førte til at prisen ble nedsatt i underkant av 2 %.<sup>311</sup> Prisendringen var i favør oppdragsgiver. Begrunnelsen om at justeringen var ubetydelig og objektivt begrunnet ble likevel brukt som en selvstendig begrunnelse.<sup>312</sup>

## 5.4 Betydelig utvidelse

Etter artikkel 72 nr. 4 bokstav c er en endring vesentlig hvis den medfører en betydelig utvidelse av kontraktens anvendelsesområde. Momentet er hentet fra «presstext» avsnitt 36.

Bestemmelsen omfatter bare endringer i form av utvidelser. Endringer som reduserer kontraktytelsen blir ikke rammet. I sak 2010/179 «Vestvågøy kommune» ble kontraktens omfang redusert slik at prosjektet kostnadsmessig ble redusert med 55 %.<sup>313</sup> KOFA uttalte at reduksjonen utgjorde «et ikke ubetydelig beløp».<sup>314</sup> Likevel var ikke endringen vesentlig. Avgjørelsen viser at selv store reduksjoner i ytelsen ikke i seg selv er problematiske. For slike endringer kan de andre vilkårene imidlertid gjøre seg gjeldende.

Bestemmelsens ordlyd omfatter utvidelser av «kontraktens [...] anvendelsesområde». Den engelske ordlyden er «scope of the contract». Det norske forslaget lyder «kontraktens [...] omfang». Ordlyden må forstås som at den omfatter både kvalitative og kvantitative utvidelser. Dette er i tråd med hvordan uttalelsen i «presstext» er oppfattet.<sup>315</sup>

En endring utvider avtalen hvis den innebærer at det skal ytes mer av det avtalen allerede går ut på. Dette kan være endringer som medfører

<sup>310</sup> Se Arrowsmith, (2014) s. 586

<sup>311</sup> C-454/06 «presstext» avsnitt 61–62

<sup>312</sup> Se Arrowsmith, (2014) s. 586

<sup>313</sup> 2010/179 «Vestvågøy kommune» avsnitt 20

<sup>314</sup> 2010/179 «Vestvågøy kommune» avsnitt 66

<sup>315</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 218

at det skal leveres et større kvantum enn opprinnelig avtalt, eller at avtalen skal vare lenger enn avtalefestet. En endring utvider også avtalen om den innebærer at det skal leveres ytelser som opprinnelig ikke var med i kontrakten.<sup>316</sup>

Spørsmålet er når en utvidelse er betydelig.

Hva som er betydelig avhenger av hva man sammenholder endringen med. En endring fra 1 til 10 vil lettere kunne ses på som betydelig enn en økning fra 101 til 110.

Når det gjelder endringer av en kontraktytelse inngått i henhold til anskaffelsesreglene, er kontraktssummen og gjeldende terskelverdi relevante sammenligningsgrunnlag.

I sak C-160/08 «Kommissjonen mot Tyskland» tok EU-domstolen stilling til om det var foretatt en vesentlig endring i en kontrakt om ambulansetjenester. I forbindelse med forlengelse av en kontrakt inngått før anskaffelsesdirektivet trådte i kraft, ble det bestemt at kontrakten skulle omfatte ytterligere en ambulansestasjon. Spørsmålet var om denne endringen var vesentlig slik at det i realiteten var inngått en ny kontrakt som skulle fulgt anskaffelsesreglene. Domstolen viser til vurderingstemaet i «presstext».<sup>317</sup> Etter dette kommenterer Domstolen kort at verdien av den aktuelle endringen var «673 719,92 EUR, hvilket er væsentlig høyere end de terskelverdier, der er fastsatt i artikkel 7 i direktiv 92/50 eller direktiv 2004/18.»<sup>318</sup> Domstolen fant at endringen var vesentlig. Dette trekker i retning av at endringen må holdes opp mot de aktuelle terskelverdier.

I sitt forslag til avgjørelse i samme sak la Generaladvokaten imidlertid utelukkende vekt på at endringen utgjorde en økning på 25 % av kontraktområdets areal, og 15 % av kontraktens totale verdi.<sup>319</sup> Dette indikerer at det er relevant å holde endringen opp mot selve kontrakten.

Det er uklart om Domstolens korte bemerkning var motivert av at den ikke mente det var behov for mer argumentasjon når verdien av

---

<sup>316</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 218

<sup>317</sup> C-160/08 «Kommissjonen v Tyskland» avsnitt 99

<sup>318</sup> C-160/08 «Kommissjonen v Tyskland» avsnitt 100

<sup>319</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-160/08 avsnitt 135

endringen oversteg terskelverdiene i vesentlig grad, eller om Domstolen mente at det utelukkende er terskelverdiene som er av interesse i vurderingen.

Norsk nemdspraksis tar utgangspunkt i kontraktsverdien når tilleggets størrelse skal anvendes.

KOFA uttaler generelt i flere saker at det sentrale i vurderingen er om «[kontrakten] med endringen får et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort».<sup>320</sup>

Denne formuleringen må forstås slik at den norske klagenemden legger vekt på endringens betydning holdt opp mot kontrakten. Dette viser seg også i KOFA's konkrete vurderinger.

I sak 2012/119 «Lenvik I» var det gjort tilleggsarbeid i forbindelse med oppføring av et sykehjem. Tilleggsarbeidet gikk ut på diverse utomhusarbeid i forbindelse med sykehjemmet. Klagenemda la i sin vurdering blant annet vekt på at endringene hadde en verdi på til sammen 3 600 000 NOK som var et beskjedent beløp sammenlignet med kontraktens verdi på 141 093 000 NOK.<sup>321</sup> Endringen var ikke vesentlig.

I sak 2013/6 «Lenvik II» gikk endringen ut på at valgte tilbyder i stedet for å utarbeide anbudsgrunnlag for totalentreprise, skulle utarbeide grunnlag for anbud av delentreprise. Dette innebar blant annet at leverandøren også skulle foreta prosjekteringen av arbeidet. I sin vurdering la nemda blant annet vekt på at endringen førte til en tredobling av leveransens verdi i forhold til det opprinnelige anslaget.<sup>322</sup> Dette tilsa i seg selv at endringen var vesentlig.

I sak 2013/128 «Statens vegvesen Region vest» ble det utført tilleggsytelser i form av arbeid på en liggekai på andre siden av fjorden enn den kaia kontrakten opprinnelig omhandlet. I vurderingen av om endringen var vesentlig ble det lagt vekt på at tilleggsarbeidet kun ut-

---

<sup>320</sup> Se sakene 2012/119 «Lenvik I» avsnitt 37, 2013/6 «Lenvik II» avsnitt 45, 2013/128 «Statens vegvesen Region vest» avsnitt 35 og 2014/14 «Lenvik III» avsnitt 37

<sup>321</sup> 2012/119 «Lenvik I» avsnitt 42

<sup>322</sup> 2013/6 «Lenvik II» avsnitt 46

gjorde 1 % av kontraktens samlede verdi.<sup>323</sup> Endringen var ikke vesentlig.

Denne praksisen indikerer at endringens betydning må ses i forhold til den opprinnelige kontrakten. Praksisen gjelder anskaffelser som overstiger EU-tersklene og avgjøres på grunnlag av «presstext»-momentene.

På bakgrunn av det som nå er gjennomgått må det antas at endringen må holdes opp mot både aktuelle terskelverdier og kontraktens opprinnelige verdi. EU-domstolens avgjørelse i «Kommissjonen mot Tyskland» er neppe til hinder for denne forståelsen. Denne forståelsen er også lagt til grunn i teorien.<sup>324</sup> Det kan i denne forbindelse bemerkes at Arrowsmith nøyter seg med å påpeke at rettstilstanden er usikker.<sup>325</sup> Nemdspraksisen som refereres over tilsier at man også må vurdere endringen opp mot kontrakten. Dette er også løsningen som EU-lovgiver valgte å benytte i artikkel 72 nr. 2 om mindre endringer. Dette tilsier at både terskelverdiene og opprinnelig kontraktsverdi er av interesse i vurderingen av endringens størrelse.

Etter dette blir det relevant å spørre om det er tilstrekkelig at en av disse innfallsvinklene er oppfylt, eller om endringen både må overstige terskelverdiene og anses for å utvide kontrakten betydelig sett i forhold til kontraktens opprinnelige verdi.

Spørsmålet er mest interessant for de tilfellene hvor verdien av endringen er lavere enn terskelverdien. Det er argumentert for at slike endringer ikke vil være vesentlige.<sup>326</sup> Problemstillingen er imidlertid mindre aktuell etter reguleringen i direktivet. EU-lovgiver har nå tatt stilling, ved at direktivet har innført regelen om at mindre endringer alltid kan foretas etter artikkelens nr. 2. Etter denne regelen er det ikke alene tilstrekkelig at endringens verdi er lavere enn terskelverdien. Tilsvarende må gjelde for hva som utgjør en betydelig utvidelse. En anskaffelse med verdi 40 millioner kroner må sies å bli betydelig utvidet hvis

---

<sup>323</sup> 2013/128 «Statens vegvesen Region vest» avsnitt 39

<sup>324</sup> Se blant annet Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 218

<sup>325</sup> Arrowsmith, (2014) s. 583

<sup>326</sup> Hartlev og Liljenbøl, (2011) s. 218

det bestilles tilleggsarbeider for 38 millioner kroner selv om tilleggsarbeidene ikke overstiger terskelverdien.

Det er også et spørsmål om det at verdien av endringen overstiger gjeldende terskelverdier automatisk innebærer at endringen er vesentlig selv om endringens verdi sett i forhold til kontrakten er beskjeden. EU-domstolens avgjørelse i «Kommisjonen mot Tyskland» kan trekke i retning av at det er tilstrekkelig at endringens verdi overstiger terskel. I denne saken var imidlertid endringen stor også sett i forhold til opprinnelig kontraktsverdi. Det er usikkert hvorvidt EU-domstolen tok dette i betraktning i sin vurdering. Arrowsmith påpeker at rettstilstanden er usikker, men heller mot at det ikke er noen automatikk i endringers vesentlighet fordi de overstiger terskelverdiene.<sup>327</sup>

Denne løsningen passer også best med direktivets system. Det er neppe slik at en endring som overstiger verdigrensene i artikkelens nr. 2 automatisk anses som vesentlig. Det ville da ikke vært nødvendig å ta med en egen regel om betydelige utvidelser. Det samme må gjelde for terskelverdiene. Riktignok vil forbudet mot betydelig utvidelse omfatte endringer som ikke overstiger terskel. Det må likevel antas at endringer som overstiger tersklene ikke automatisk er vesentlige. Dette ville minimert anvendelsesområdet til direktivets vesentlighetsvurdering. Dette kan ikke ha vært EU-lovgivers intensjon.

Etter dette må det antas at vurderingen av om en endring utvider kontrakten betydelig må gjøres konkret for hvert tilfelle, uten at det kan settes opp absolutte grenser. Dette synes også å forutsettes i artikkelens nr. 1 bokstav e. Bestemmelsen åpner for endringer som ikke er vesentlige «uanset deres værdi». Denne ordlyden tilsier at det ikke settes opp en generell øvre verdigrense for endringer.

Praksisen som er nevnt kan belyse hvor grensen for betydelige utvidelser går. I sak C-160/08 «Kommisjonen mot Tyskland» var endringens verdi 673 719,92 EUR. Den aktuelle terskelen var på 200.000 EUR. Endringen var altså rundt tre ganger over terskelen. Det må imidlertid antas at også mindre endringer enn dette vil bli ansett for å utvide kontrakten betydelig.

---

<sup>327</sup> Arrowsmith, (2014) s. 584

Sak 2015/57 «Trøgstad kommune» omhandlet utvikling av omsorgsboliger. Hovedanskaffelsen innebar utvikling av 12 omsorgsboliger. I tillegg hadde oppdragsgiver gitt tilsagn om utbygging av ytterligere 12 omsorgsboliger, men avventet kontraktinngåelsen av disse. Siden det ikke var inngått noen avtale enda, kom KOFA til at det ikke forelå noen ulovlig direkteanskaffelse. KOFA påpeker imidlertid at en dobling av ytelsen ville utgjort en vesentlig endring.<sup>328</sup> Anskaffelsens anslåtte verdi lå rett under EU-terskel. KOFA avgjorde imidlertid saken med «presse-text» som rettsgrunnlag.

De andre bestemmelsene i artikkel 72 kan fungere som retningslinje for hvor store endringer som aksepteres. I artikkelens nr. 1 bokstav b og c er det satt en øvre verdigrense på 50 % av opprinnelig kontraktsom for hver enkelt endring. EU-lovgiver mener altså at dette er en øvre grense selv for endringer det foreligger særlige grunner for å foreta. Er man kommet til vesentlighetsvurderingen i nr. 4, innebærer dette antagelig at slike særlige grunner ikke foreligger. Hva som anses som betydelig utvidelse bør i hvert fall ikke ligge over de angitte verdigrensene. Siden det presumtvt ikke foreligger særlige grunner for endringen vil antagelig grensen ligge noe lavere.

## 5.5 Betydningen av andre momenter

I kapittel 2 så vi at direktivet gir adgang til å foreta endringer i henhold til godkjente endringsklausuler. For slike endringer er det ikke nødvendig å foreta en vesentlighetsvurdering.

Spørsmålet er om endringsklausuler som ikke tilfredsstillter kravene etter artikkel 72 nr. 1 bokstav a, likevel påvirker vurderingen av om en endring er vesentlig.

Direktivets regulering har ført til at vurderingen av om en endring tillates, ikke lenger bærer preg av å være en helhetsvurdering. Hvorvidt en endring tillates må ta utgangspunkt i vilkårene i artikkel 72 nr. 1 bokstavene a–e og nr. 2. Disse bestemmelsene reflekterer moment som inngikk i helhetsvurderingen etter den ulovfestede læren. Reguleringen

---

<sup>328</sup> 2015/57 «Trøgstad kommune» avsnitt 20–24

skal skape forutberegnelighet og rettsvisshet angående endringsadgangen.<sup>329</sup> En samlet vurdering vil føre til at den rettsavklarende effekten ikke blir så stor som den kunne vært.

Det vil være å motarbeide formålet med artikkel 72 nr. 1 bokstav a om en endring i henhold til en endringsklausul som ikke oppfyller bestemmelsens vilkår, ble akseptert etter bokstav e fordi den følger av en endringsklausul. Dette gjelder selv om endringsklausulen kun er et av flere moment i vurderingen.

Til dette utgangspunkt finnes imidlertid et unntak. Ordlyden i artikkel 72 nr. 4 bokstav b nevner eksplisitt at endringer i kontraktens økonomiske balanse aksepteres der muligheten fremgår av den opprinnelige kontrakten. Dette vilkåret må ses i sammenheng med artikkelens nr. 1 bokstav a. Det kan antagelig ikke stilles samme krav til kontrakten etter nr. 4 bokstav b som etter nr. 1 bokstav a. Det ville da ikke vært nødvendig å ha med vilkåret i nr. 4 bokstav b. For at vilkåret i nr. 4 bokstav b skal få selvstendig betydning må også klausuler som ikke tilfredsstiller kravene i nr. 1 bokstav a påvirke vurderingen av hvorvidt kontraktens økonomiske balanse er endret.

Spørsmålet er så om det er rom for andre momenter i vesentlighetsvurderingen enn de som er opplistet i nr. 4.

Ordlyden gjør det klart at det ikke er rom for å se de opplistede vilkårene som ledd i en helhetsvurdering. Er et av vilkårene oppfylt, er endringen vesentlig.

Utgangspunktet for vesentlighetsvurderingen fremgår imidlertid av nr. 4 første punktum. En endring er vesentlig hvis endringen medfører at kontrakten blir «væsentligt forskjellig» fra den opprinnelige kontrakt. Bestemmelsens system utelukker ikke at en endring kan gjøre kontrakten avgjørende forskjellig selv om vilkårene *ikke* er oppfylt. Det finnes altså et rom for at endringen er vesentlig selv om vilkårene som er gjennomgått over ikke er oppfylt.<sup>330</sup>

Antagelig er det ikke mange endringer som faller utenfor vilkårene og likevel blir ansett som vesentlige. Vurderingen er imidlertid egnet til

<sup>329</sup> Se fortalens avsnitt 107 og Arrowsmith, (2014) s. 597

<sup>330</sup> Se Simonsen (2016) s. 440

å fange opp endringer som bærer preg av omgåelse av regelverket, uten at noen av vilkårene dekker endringen.

## **5.6 Vurdering**

Med den nye direktivbestemmelsen har momentene om avtaleklausul og uforutsette omstendigheter blitt utskilt i egne bestemmelser. Dette tilsier at det ikke er anledning til å vektlegge disse momentene i vesentlighetsvurderingen. Antagelig vil bestemmelsen av denne grunn tolkes strengt. Dette fordi endringen nettopp ikke har adgang etter noen av de andre bestemmelsene, hvor det foreligger særlige grunner for å tillate endringen.

Presiseringen i artikkel 72 nr. 4 medfører at en endring alltid er vesentlig hvis ett av de angitte momentene er oppfylt. Disse forholdene gjør vesentlighetsvurderingen mer rigid, og reduserer preget av helhetsvurdering. Vurderingen av tillatte endringer blir dermed mindre smidig sammenlignet med den ulovfestede læren. Til gjengjeld er det lettere for oppdragsgiver å avgjøre hvilke endringer som kan foretas uten ny anbudsrunde.

Denne innsnevringen av vesentlighetsvurderingen resulterer i at det for større endringer er mest hensiktsmessig å se om noen av de andre bestemmelsene gir adgang, før man eventuelt vurderer vesentligheten. Vesentlighetsvurderingen blir slik et «sikkerhetsnett» for endringer som ikke tillates etter de andre bestemmelsene, men som likevel ikke er problematiske etter anskaffelsesreglene.



## 6 Avslutning

I avhandlingen har jeg drøftet endringsadgangen for kontrakter inngått i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. Vi har sett at avtalefriheten begrenses både når det gjelder valg av kontraktspart og når det gjelder adgangen til å foreta endringer under kontraktgjennomføringen. Disse begrensningene skaper gnisninger mellom kontraktsrettens og anskaffelsesrettens regler. Mens kontraktsretten ivaretar hensynet til kontraktens parter og gjennomførelse, ivaretar anskaffelsesretten hensynet til fri konkurranse og dermed markedet som helhet.<sup>331</sup>

Disse innfallsvinklene slår ulikt ut for spørsmålet om tillatte kontraktendringer. Fra et kontraktsrettslig synspunkt tilsier avtalefriheten at endringer tillates så lenge det foreligger enighet mellom partene. Fra et EU-rettslig synspunkt har vi sett at avtalefriheten kan utgjøre en restriksjon på fri flyt av varer og tjenester. Reguleringen av tillatte endringer reduserer hindringspotensialet gjennom å begrense oppdragsgivers diskresjon. På denne måten reduseres risikoen for favorisering av lokale tilbydere, og at offentlige myndigheter ledes av andre hensyn enn økonomiske. Fra et nasjonalt synspunkt, og til en viss grad fra et EU-synspunkt, skal reglene også fremme effektiv bruk av offentlige midler.<sup>332</sup> Dette forklarer at endringer som er nødvendige for at anskaffelsen skal oppfylle sitt formål tillates, mens endringer som først og fremst virker konkurransevridende forhindres.

Adgangen til å benytte seg av endringsklausuler etter artikkel 72 nr. 1 bokstav a, og til å foreta endringer for å tilpasse seg endrede omstendigheter etter artikkel 72 nr. 1 bokstav c, blir antagelig to viktige endringsgrunnlag for oppdragsgivere. I den forbindelse blir vurderingen av hva en aktsom oppdragsgiver forventes å forutse sentral. Siden det er denne vurderingen som trekker grensen mellom bestemmelsenes anvendelsesområde, blir vurderingen avgjørende for avveiningen av de motstående hensyn. Legges en for streng norm til grunn blir handlingsrommet for

<sup>331</sup> Liljenbøl, (2010) punkt 3

<sup>332</sup> Anskaffelsesloven § 1 og Liljenbøl, (2010) punkt 3

å bøte på uforutsette omstendigheter for lite, og hensynet til fleksibilitet og effektiv ressursbruk skadelidende. En for romslig norm gir derimot oppdragsgiver anledning til å foreta direktetildelinger på bekostning av fri flyt og kravet til likebehandling uten at det foreligger omstendigheter som tilsier at hensynet til effektiv ressursbruk skal gå foran. Med en rimelig aktsomhetsnorm vil bestemmelsene tilsammen gi strekkelig fleksibilitet til å håndtere endrede omstendigheter og behov.

Momentene for aktsomhetsvurderingen synes å være egnet til at normen settes på et rimelig nivå. Særlig gir momentene om oppdragets art og kjennetegn, tilgjengelige midler og forholdsmessighetsvurderingen mellom kontraktens verdi og ressursbruk i forberedelsesfasen grunnlag for å komme til et rimelig resultat.

I tillegg til disse bestemmelsene vil antagelig artikkel 72 nr. 2 om mindre endringer bli praktisk viktig. Regelen forenkler prosessen, og skaper forutberegnelighet for oppdragsgiver, når det gjelder mindre, «hverdagslige» endringer. Siden 15 % -grensen samsvarer med det som følger av standardkontraktene, forenkles endringsprosessen for byggeprosjekt med verdi opp til 260 millioner kroner. For disse kontraktene samsvarer byggherrens endringsrett etter standardkontraktene med direktivets endringsadgang, så lenge kontraktens overordnede karakter ikke endres.

Forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter er en ny norm som innføres med direktivet. En viktig føring for vurderingen er om endringen kan tenkes å påvirke konkurranseresultatet, typisk ved at kontrakten etter endringen henvender seg til et annet marked. Det skal dermed en del til før skranken overskrides. At direktivet på denne måten introduserer en ny, skjønnsmessig vurdering, kan redusere regulerings rettsavklarende virkning. Begrensningen kan sies å danne en absolutt yttergrense for tillatte endringer etter direktivet. Selv om begrensningen ikke er nevnt i de øvrige bestemmelsene i artikkel 72, er det vanskelig å se for seg at supplerende tilleggsytelser etter bokstav b, eller ikke-vesentlige endringer etter bokstav e, åpner for endringer i kontraktens overordnede karakter.

Vilkårene for tillatte endringer synes å fokusere på situasjonsbetingelser, samt kvalitative og kvantitative begrensninger. Endringers virkninger er dermed for de fleste tilfeller overlatt til forhandlinger mellom partene. Bare artikkel 72 nr. 4 bokstav a og b stiller krav til virkningene. Dette er uheldig siden forhold som pris og vilkår for gjennomføring også er egnet til å favorisere tilbydere, og dermed omgå regelverket. Som vi har sett må det av denne grunn antas at kravet til forholdsmessig opptreden legger føringer på forhandlingene. Siden det ikke er konkurranse rundt forhandlingene, må det aksepteres en viss endring i den økonomiske balansen. Kravet til forholdsmessig opptreden tilsier imidlertid at den økonomiske balansen ikke endres mer enn nødvendig med hensyn til konkurransesituasjonen. At dette ikke er tydeligere regulert, fører til usikkerhet rundt begrensninger på prisforhandlinger og krav til gjennomføring av endringer.

Det er utfordrende å oppdage urettmessige endringer i kontraktgjennomføringsfasen. Det at vilkårene for tillatte endringer nå direktivfestes, kan imidlertid føre til økt fokus og bevissthet rundt problematikken. Kravet i artikkel 72 nr. 1 annet ledd om at uforutsette endringer skal offentliggjøres, bidrar til å forenkle prosessen med å oppdage og etterprøve foretatte endringer. Presiseringen av vilkårene vil antagelig gjøre det lettere for oppdragsgiver å vurdere hvorvidt endringer kan foretas uten en ny anbudskonkurranse. Direktivreguleringen vil slik kunne bidra til at det foretas færre urettmessige endringer.

## 7 Kilder

### Internasjonale kilder

#### Konvensjoner

EØS-avtalen	Avtale om det europeiske økonomiske samarbeids- område, Oporto 1992
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007

#### Direktiver og forordninger

Direktiv 2004/18/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/ EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangs- måderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter
Direktiv 2007/66/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter
Direktiv 2014/24/EU	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF
Forordning (EU) 2015/2170	Kommisjonens delegerede forordning (EU) 2015/2170 af 24. november 2015 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU for så vidt angår tærskel- værdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter

## Internasjonal rettspraksis

### EU-domstolen

Tilgjengelige på

<http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Sak C-331/88	The Queen mot The Minister of Agriculture, Fisheries and Food and the Secretary of State for Health	ECLI:EU:C:1990:391
Sak C-318/94	Kommisjonen mot Tyskland	ECLI:EU:C:1996:149
Sak C-324/98	Telaustria Verlags GesmbH mot Teleom Austria AG	ECLI:EU:C:2000:66
Sak C-337/98	Kommisjonen mot Frankrike	ECLI:EU:C:2000:543
Sak C-205/99	Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) m.fl. mot Administración General del Estado	ECLI:EU:C:2001:107
Sak C-496/99	Kommisjonen mot CAS Succhi di Frutta	ECLI:EU:C:2004:236
Sak C-340/02	Kommisjonen mot Frankrike	ECLI:EU:C:2004:623
Sak C-220/06	Asociación Profesional de Empresas de reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración general del Estado	ECLI:EU:C:2007:815
Sak C-454/06	pressetext Nachrichtenagentur GmbH mot Østerrike, APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APA Austria Presse Agentur GmbH	ECLI:EU:C:2008:351
Sak C-213/07	Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias	ECLI:EU:C:2008:731
Sak C-160/08	Kommisjonen mot Tyskland	ECLI:EU:C:2010:230
Sak C-601/10	Kommisjonen mot Hellas	ECLI:EU:C:2011:709

Sak C-7/11	Fabio Caronna	ECLI:EU:C:2012:396
Sak C-461/13	Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV mot Tyskland	ECLI:EU:C:2015:433
Sak C-477/13	Eintragungsausschuss bei der Bayerischen Architektenkammer mot Hans Angerer	ECLI:EU:C:2015:239
Sak C-628/13	Jean-Bernard Lafonta mot Autorité des marchés financiers	ECLI:EU:C:2015:162
Sak C-425/14	Impresa Edilux Srl mot Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana	ECLI:EU:C:2015:721
Sak C-549/14	Finn Frogne AS mot Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation	ECLI:EU:C:2016:634

## **Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten**

Tilgjengelige på

<http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Sak C-496/99 (CAS succhi di Frutta)	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Siegert Alber fremsatt den 24.oktober 2002	ECLI:EU:C:2002:610
Sak C-19/00 (SIAC)	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jacobs fremsatt den 10. mai 2001	ECLI:EU:C:2001:266
Sak C-454/06 (presstext)	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Kokott fremsatt den 13. mars 2008	ECLI:EU:C:2008:167
Sak C-160/08 (Kommisjonen mot Tyskland)	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak fremsatt den 11. februar 2010	ECLI:EU:C:2010:67

## Dokumenter fra Kommisjonen, Rådet og EU-parlamentet

KOM (2011) 896 endelig, Forslag til Europaparlamentets og Rådets direktiv om offentlige innkjøp 20. desember 2011

EU-Parlamentets betænkning av 11. januar 2013, Betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige innkjøp (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD))

Dok.nr.: A7-0007/2013

Tilgjengelig her: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0007+0+DOC+XML+V0//DA>

[Sitert 22.september 2015]

Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen av 14. juni 2012, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 8: Sound procedures

Dok.nr.: ST 11266 2012 INIT

Tilgjengelig her: [http://www.consilium.europa.eu/register/da/content/out/?&DOC\\_LANCD=EN&typ=ENTRY&i=ADV&DOC\\_ID=ST-11266-2012-INIT](http://www.consilium.europa.eu/register/da/content/out/?&DOC_LANCD=EN&typ=ENTRY&i=ADV&DOC_ID=ST-11266-2012-INIT)

[Sitert 10. Oktober 2015]

## Norske kilder

### Lover og forskrifter

2016 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesloven)

2016 Forskrift 12. august 2006 nr. 974 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesforskriften)

## Forarbeider

NOU 2014:4	Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket
Det kongelige Nærings- og Fiskeri-departement	Høringsnotat 2: Ny forskrift om offentlige anskaffelser Tilgjengelig på: <a href="https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf">https://www.regjeringen.no/ contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/ horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf</a> [Sitert 25. September 2015]

## Standardkontrakter

NF 07	Norsk Fabrikasjonskontrakt 07
NS 8407	NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser
Totalentreprise- boka	Totalentrepriseboka – Statsbyggs generelle og spesielle kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

### 7.6.1 Rettspraksis

Rt. 2008 s. 1705

LB-2000-1297

LB-2008-135286

LB-2013-75034

### 7.6.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Tilgjengelige på <http://www.kofa.no/>

2005/308 «Agder Naturmuseum v/ Kristiansand kommune»

2008/5 «Storjord kommune»

2009/208 «Drammen kommune»



2009/220	«NOVA»
2010/179	«Vestvågøy kommune»
2010/212	«Helse Bergen HF»
2011/179	«Statsbygg»
2011/349	«Rogaland fylkeskommune v/ Statens vegvesen»
2012/119	«Lenvik I»
2013/6	«Lenvik II»
2013/128	«Statens vegvesen Region vest»
2014/14	«Lenvik III»
2014/139	«Statens vegvesen Region sør»
2015/27	«Eidsvoll Kommune»
2015/57	«Trøgstad kommune»

## Utenlandske kilder

### Utenlandske lover

Udbudsloven            Lov nr. 1564 af 15. December 2015 Udbudsloven

### Utenlandske forarbeider

Udbudslovs-  
udvalget            Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning  
(2014)  
Tilgjengelig her: <http://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/Udbudslovsudvalg%20Offentlig/Rapport%20fra%20udvalg%20om%20dansk%20udbudslovgivning%20december%202014.pdf>  
[Sitert 01. desember 2015]

Erhvervs- og  
vækstminister  
Henrik Sass Larsen

Lovforslag nr. L 164 Forslag til Udbudslov av 18. mars  
2015  
Tilgjengelig her: [http://www.ft.dk/RIpdf/samling/20141/lovforslag/L164/20141\\_L164\\_som\\_fremsat.pdf](http://www.ft.dk/RIpdf/samling/20141/lovforslag/L164/20141_L164_som_fremsat.pdf)  
[Sitert 20. november 2015]

## Utenlandske standardkontrakter

AB 92

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomheder (1992)  
Tilgjengelig her: <http://www.danskbyggeri.dk/files/Servicebutik/Love%20og%20regler/Byggeriets%20love%20og%20regler/AB%2092/17063.ab92.pdf>  
[Sitert 14. januar 2015]

## Utenlandske avgjørelser

### Engelsk underrett

[2010] EWHC  
1404 (QB)

«J Varney & Sons Waste Management Ltd v Hertfordshire County Council»  
Sitert fra [www.westlaw.co.uk](http://www.westlaw.co.uk)

## Danske Klagenævnet for Udbud

Danske Klagenævnet for udbuds kjennelse av 13. oktober 2010, Norpharma AS mot Amgros IS

## Litteratur

- Arnesen, Finn (1996) *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*, 1996
- Arnesen, Finn og Stenvik, Are (2015) *Internasjonalisering og juridisk metode : særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg. 2015
- Arrowsmith, Sue (2005) *The law of public and utilities procurement*, 2. utg. 2005
- Arrowsmith, Sue (2014) *The law of public and utilities procurement : regulation in the EU and UK : Vol. 1*, 3. utg. 2014
- Arvesen, Hans-Jørgen, Marthinussen, Karl og Giverholt, Heikki (2014) *NS 8406 : forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*, 2. utg. 2014
- Bakken, Espen og Nordby, Thomas (2013) *Offentlige anskaffelser*, 2013
- Barbo, Jan Einar (1997) «*Kontraktsomlegging i entrepriserforhold: om håndtering av endringer og endrede forhold i kontraktspraksis.*», 1997
- Berg, Claus (2012) *Udbudsret i byggeriet*, 2012
- Brun, Kristine Røed, Buan, Anne, Thue, Anders (2013) *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser : med kommentarer*, 2013
- Craig, Paul og De Búrca, Gráinne (2015) *EU law : text, cases, and materials*, 6. utg. 2015
- Dragsten, Marianne H. (2013) *Offentlige anskaffelser : regelverk, praksis og løsninger*, 2013
- Eriksen, Christoffer C. (2014) «*Constraining Administrative Discretion to Facilitate Renewable Energy: Wind Farms as a Challenge for EU Law and the European Commission*», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Årg. 32/3 (2014) s. 273–295

- Eriksen, Christoffer C. (2012) *The European constitution, welfare states and democracy : the four freedoms vs national administrative discretion*, 2012
- Fabricius, Jesper (2014) *Offentlige indkøb i praksis*, 3. utg. 2014
- Fenger, Niels (2014) «Forarbejders retskildeværdi i EU-retten», *Ugeskrift for Retsvæsen*, Årg. 2014/4 (2014) s. 293–300
- Goller, Morten og Kreyberg, Karoline S. (2012) «Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser», *Tidsskrift for foretningssjuss*, Årg. 2012/1 (2012) s. 37–66
- Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman (2014) *Entrepriserett*, 2014
- Hartlev, Kristian og Liljenbøl, Morten Wahl (2013) «Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender», *Public Procurement Law Review*, Årg. 2013/2 (2013) s. 51–73
- Hartlev, Kristian og Liljenbøl, Morten Wahl (2011) «Ændringer av udbudte kontrakter», I: *Aktuel udbudsret*, Karsten Hagel-Sørensen (red.), 2011, s.211–250
- Hebly, Jan M. og Heijnsbroek, Paul (2013) «When amending leads to ending», I: *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Gustavo Piga og Steen Treumer (red.), 2013, s. 163–184
- Helland, Gjertrud (2010) «Forstyrrelser i byggeprosjekter: om kritisk linje og dokumentasjon av krav som følge av urasjonell drift» I: *På rett grunn*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), 2010, s. 247–258
- Kaasen, Knut (2006) *Petroleumskontrakter: med kommentarer til NF 05 og NTK 05*, 2006

- Liljenbøl, Morten Wahl (2010) «Ændringer i bestående kontraktforhold – udbudsrettslige utfordringer i offentlig-private partnerskap», *Tidsskrift for bolig- og byggeret*, Årg. 2010 (2010) s. 15
- Marthinussen, Karl, (2010) *NS 8405 : kommentarutgave til Norsk standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt*, 3. utg. 2010
- Arvesen, Hans-Jørgen og Giverholt, Heikki
- Mestad, Ola (1991) *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*, 1991
- Meyer, Peter Lund (1998) *EU's udbudsregler*, 1998
- Nordtvedt, Henning, (2013) *NS 8407: alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser: kommentarutgave*, 2013
- Ruud, Dag Arne, Bergsaker, Olav, Bjørnvik, Arve Martin mfl.
- Poulsen, Sune Troels (2012) «The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law», *Public Procurement Law Review*, Årg. 2012/5 (2012) s. 167–187
- Poulsen, Sune Troels, (2011) *EU udbudsretten*, 2. utg. 2011
- Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers og Jakobsen, Peter Stig
- Sandvik, Tore (1966) *Entreprenørrisikoen*, 1966
- Sandvik, Tore (1977) *Kommentar til NS 3401*, 1977
- Schlechtriem, Peter og (2010) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. utg, 2010
- Schwenzer, Ingeborg
- Sejersted, Fredrik, (2011) *EØS-rett*, 3. utg. 2011
- Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas og Kolstad, Olav

- Simonsen, Lasse (2016) «Endringer av kontrakter inngått av det offentlige – Art. 72 i direktiv 2014/24/EU», I: *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), 2016, s. 415–443, Fagbokforlaget
- Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise (2008) *EU's udbudsdirektiver : med kommentarer*, 2. utg. 2008
- Tapper, Jan Kaare (1983) «Fabrikasjonskontrakter», I: *Kontrakter i petroleumsvirksomheten*, Lars Olav Askheim, Marius Gisvold og Jan Kaare Tapper (red.), 1983, s.73–235, Nasjonalbiblioteket, <http://www.nb.no/nbsok/nb/bf60e9f65a425490b0301cb29b048f74.nbdigital?lang=no#157> [Sitert 10. april 2015]
- Trepte, Peter (2007) *Public procurement in the EU : a practitioner's guide*, 2. utg. 2007
- Treumer, Steen (2014) «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, Årg. 2014/3 (2014) s. 148–155
- Treumer, Steen (2012) «Regulatin of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Comission's proposals of December 2011», *Public Procurement Law review*, Årg. 2012/5 (2012) s. 153–166
- Treumer, Steen (2014) «Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive», I: *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Francois Lichère, Roberto Caranta og Steen Treumer (red.), 2014, s.281–300
- Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth (2015) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2015

## Andre kilder

- FADs veileder *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. Utarbeidet av Det Kongelige Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement, (2013) [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveilederer_2013.pdf)  
[Sitert 19. oktober 2015]
- Konkurrence- og forbrugerstyrelsens veileder *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*. Utarbeidet av Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2016) <http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Publikationer/Dansk/2016/20160129-Udbudsloven--Vejledning-om-udbudsreglerne?tc=9E8032FC07ED4CC8880B45DCF8536813>  
[Sitert 14. Mars 2017]
- Direktoratet for forvaltning og IKT *Skisseprosjekt bygg og anlegg* (2015), <http://www.anskaffelser.no/prosess/bygg-anlegg-og-eiendom-bae/byggeprosess/prosjektering/totalentreprise/skisseprosjekt>  
[Sitert 21. desember 2015]
- Direktoratet for forvaltning og IKT *Forprosjekt* (2015), <http://www.anskaffelser.no/prosess/bygg-anlegg-og-eiendom-bae/byggeprosess/prosjektering/utforelsesentreprise/forprosjekt>  
[Sitert 21. desember 2015]
- Direktoratet for forvaltning og IKT *Detaljprosjekt* (2015), <http://www.anskaffelser.no/prosess/bygg-anlegg-og-eiendom-bae/byggeprosess/prosjektering/utforelsesentreprise/detaljprosjekt>  
[Sitert 21. desember 2015]
- Hamer *Rådets behandling af Udbudsdirektivet* (2014), <http://www.udbudslov.dk/#!raadet-cihc>  
[Sitert 21. desember 2015]
- Government of Ireland *Simplified rules for Public Procurement achieved by Irish Presidency* (2013), <http://eu2013.ie/news/news-items/20130625publicprocurement/> [Sitert 21. desember 2015]

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

