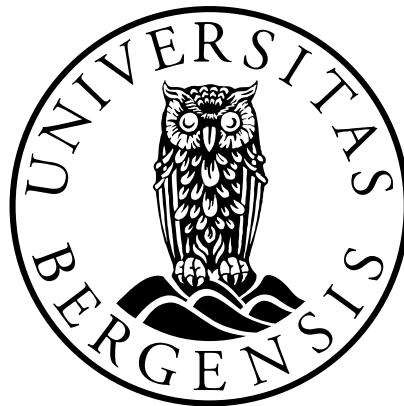


# Endringsadgangen i konkurranse med forhandling

*Om hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta i  
konkurranses grunnlaget etter tilbudsfristen utløp,  
men før tildeling av kontrakt*

Kandidatnummer: 54

Antall ord: 14479



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.17

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>2</b>
<b>1 Innledning .....</b>	<b>4</b>
1.1 Tema .....	4
1.2 Rettskilder og metode .....	6
1.3 Grunnleggende prinsipper .....	8
1.3.1 Innledning .....	8
1.3.2 Konkurransen .....	9
1.3.3 Likebehandling .....	9
1.3.4 Forutberegnelighet .....	10
1.3.5 Etterprøvbarehet .....	10
1.3.6 Forholdsmessighet .....	11
1.4 Videre fremgangsmåte .....	11
<b>2 Konkurransen med forhandling .....</b>	<b>12</b>
2.1 Konkurransen med forhandling med og uten kunngjøring .....	12
2.2 Videre forhandlingsadgang .....	12
2.3 Mindre gjennomskiktighet .....	13
2.4 Konkurranseneforløpet .....	14
<b>3 Endringsadgang .....</b>	<b>15</b>
3.1 Rettslig grunnlag for endringer og formkrav .....	15
3.2 Videre endringsadgang .....	16
3.3 Forhandlingsbegrepet .....	17
<b>4 Forskriften og direktivets begrensninger i endringsadgangen .....</b>	<b>19</b>
4.1 Tildelingskriterier og absolutte krav .....	19
4.1.1 Tildelingskriterier .....	19
4.1.2 Absolutte krav .....	23
4.1.3 Betragtninger .....	31
4.2 Taushetsplikt om tilbudenes innhold .....	31
<b>5 Andre begrensninger enn de som følger av forskrift og direktiv .....</b>	<b>33</b>
5.1 Innledning .....	33
5.2 Andre deler av konkurransegrunnlaget .....	33
5.3 Begrensninger i endringens størrelse .....	34

<b>6</b>	<b>Vesentlige endringer .....</b>	<b>38</b>
6.1	Analogisk bruk av «Presstext» .....	38
6.2	Vesentlighetsvurderingen .....	39
6.3	Konkurransепåvirkende endringer .....	41
6.3.1	Innledning.....	41
6.3.2	Endringen ville gitt andre tilbydere adgang .....	42
6.3.3	Endringen påvirker hvem som ønsker å delta i konkurransen .....	43
<b>7</b>	<b>Sammenfatning.....</b>	<b>49</b>
	<b>Litteraturliste.....</b>	<b>50</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Offentlig sektor kjøper inn varer og tjenester for nesten 500 milliarder årlig.<sup>1</sup> For å sikre at disse midlene blir forvaltet på en kostnadseffektiv måte, må anskaffelsesprosessen reguleres. Regelverket for offentlige anskaffelser inneholder derfor detaljerte regler for gjennomføring av offentlige innkjøp, fra planleggingen til inngåelse av kontrakt.

Siktemålet med denne oppgaven er å drøfte hvilke endringer det er adgang til å foreta i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp, men før tildeling av kontrakt i prosedyren konkurranse med forhandling. Drøftelsene vil ta utgangspunkt i forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (FOA) § 14-2 fjerde ledd, jf. § 23-7 tredje ledd.

I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver adgang til å forhandle med en eller flere tilbydere for å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Hovedregelen er at «forhandlingene kan gjelde alle sider ved tilbudet», jf. FOA § 23-7 andre ledd andre punktum, og målet med forhandlingene er å forbedre tilbudene slik at ytelsen blir tilpasset oppdragsgivers behov på best mulig måte.<sup>2</sup> I forhandlingene kan det imidlertid avdekkes forhold ved konkurransegrunnlaget som er fordyrende og lite hensiktsmessige. Slike forhold kan føre til at oppdragsgiver også ønsker å foreta endringer i konkurransegrunnlaget.

Etter forskrift 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (tidligere forskrift) var det uklart om man kunne foreta endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Praksis knyttet til regelverket viser imidlertid at det var en viss adgang til endring også da.<sup>3</sup> Etter endringene i regelverket som trådte i kraft i 2017, fremgår det nå av FOA § 23-7 tredje ledd, jf. § 14-2 fjerde ledd at «eventuelle endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene.»

Forutsetningsvis følger det av ordlyden at det nå er mulig å foreta endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. *Hvilke* endringer som kan gjøres i

---

<sup>1</sup> Goller m.fl., (2017) s. 15.

<sup>2</sup> Goller m.fl., (2017) s. 84

<sup>3</sup> Behandles senere i punkt 3.2.

konkurransesgrunnlaget fremgår imidlertid ikke klart av forskriften. Dette gjør at problemstillingen egner seg til behandling.

En endring i konkurransesgrunnlaget kan enten være på oppdragsgivers eget initiativ, men ofte vil også initiativet komme fra leverandører som mener at konkurransesgrunnlaget er mangelfullt eller uklart. Et typisk eksempel vil være der en oppdragsgiver skal gå til anskaffelse av IT-tjenester uten selv å ha inngående kunnskap om hva som kan dekke behovet på best mulig måte. Når tilbudene er mottatt så ser oppdragsgiver av et av tilbudene at det var dette han hadde behov for, og tilpasser konkurransesgrunnlaget til det aktuelle tilbudet. Hvis oppdragsgiver foretar en endring, må han sørge for at endringen ikke blir gjort i strid med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4, ellers vil det kunne resultere i brudd på regelverket.

Konkurranse med forhandling er ikke en like gjennomiktig prosess som prosedyrer med forhandlingsforbud. Grunnen til dette er at det vil være vanskelig å kontrollere fullt ut hva som foregår mellom oppdragsgiver og tilbyder i forhandlingsfasen. Det vil derfor være en sjanse for at eventuelle endringer i konkurransesgrunnlaget blir foretatt på bakgrunn av utenforliggende hensyn, og på denne måten øker risikoen for at de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten ikke blir fulgt.<sup>4</sup> Det er derfor nærliggende å anta at adgangen til å endre forutsetningene for konkurransen underveis i prosedyren må begrenses, slik at anskaffelsesreglens formål opprettholdes.

Når man skal trekke grensen for hvilke endringer som kan gjøres, er det flere hensyn som gjør seg gjeldende. På nasjonalt nivå har vi på den ene siden en oppdragsgiver som ønsker å dekke et behov, og hensynet til effektiv ressursbruk taler for at det skal være mulig å gjøre endringer som gjør at resultatet samstemmer med det behovet og de forventningene oppdragsgiver har til ytelsen.<sup>5</sup> På den andre siden skal regelverket skape tillit til at det offentlige foretar anskaffelser som er basert på legitime vurderinger.<sup>6</sup> Særlig hensynet til potensielle tilbydere, som ikke må bli utsatt for vilkårlig forskjellsbehandling, tilsier at endringsadgangen må begrenses.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> LOA § 4

<sup>5</sup> LOA § 1

<sup>6</sup> LOA § 1

<sup>7</sup> LOA § 4

Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å sørge for fri flyt av varer og tjenester.<sup>8</sup> Dette kravet ivaretas gjennom prinsippene om konkurranse og likebehandling av ulike aktører.

For å sikre at de ulike kravene blir fulgt og hensynene ivaretatt, må anskaffelsesprosedyren være gjennomslutlig, slik at det er mulig å etterprøve om anskaffelsen har gått for seg på riktig måte.<sup>9</sup> På denne måten får vi en spenning mellom fleksibilitet og forebygging, hvor målet er å ivareta begge deler på best mulig måte.

Dersom oppdragsgiver har behov for å gjøre endringer som vil være i strid med regelverket, må han avlyse konkurransen og lyse den ut på nytt med de aktuelle endringene. Hvis konkurransen ikke avlyses, og det inngås kontrakt etter at det er foretatt endringer som er i strid med regelverket, må det anses å foreligge en ulovlig direkte anskaffelse.<sup>10</sup>

## 1.2 Rettskilder og metode

I dette kapittelet skal jeg presentere hvilke rettskilder som er relevante for oppgavens problemstilling, og hvilken betydning de får i de forestående drøftelsene.

Anskaffelsesregelverket har en nasjonal og en internasjonal dimensjon. Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å regulere offentlige anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over angitte EU/EØS-terskelverdier. I februar 2014 ble direktiv 2014/24/EU vedtatt, og gjennomført i Norge ved lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA) og tilhørende forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser. Regelverket trådte i kraft 1. januar 2017, og erstattet den tidligere lovgivningen på området.

I Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) finner vi reglene om de fire friheter. Denne traktaten regulerer ikke anskaffelsesspørsmål spesielt, men reglene om fritt varebytte i artikkel 34 og fri utveksling av tjenester i artikkel 56 får likevel anvendelse på offentlige anskaffelser.<sup>11</sup>

Norske lovbestemmelser skal så langt det lar seg gjøre tolkes i tråd med våre folkerettslige forpliktelser, jf. presumpsjonsprinsippet.<sup>12</sup> Dersom det oppstår tolkningstvil rundt det norske

---

<sup>8</sup> EØS-avtalen artikkel 8

<sup>9</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 1

<sup>10</sup> Goller m.fl., (2017) s. 124

<sup>11</sup> Illustrerende er C-425/14 «Impresa Edilux Srl» avsnitt 21

<sup>12</sup> Nærmere om presumpsjonsprinsippet betydning og innhold, se Arnesen og Stenvik, (2015) s. 20

anskaffelsesregelverket, så skal det tolkningsalternativet som samsvarer med forpliktelsene Norge har etter EØS-avtalen legges til grunn. EUs regelverk om offentlige anskaffelser med tilhørende rettskilder må derfor tillegges vekt.<sup>13</sup>

Bestemmelsene om endringer av konkurransegrunnlaget finner man i anskaffelsesforskriften del III, § 14-2, jf. § 23-7. Disse bestemmelsene gjelder for offentlige innkjøp av varer og tjenester over EØS-terskelverdi.<sup>14</sup> I direktivet finner man også artikler om endringer av konkurransegrunnlaget. Disse artiklene er ikke identiske med bestemmelsene vi finner i forskriften, men de er heller ikke motstridende. Siden det norske regelverket er en gjennomføring av de bestemmelsene man finner i direktivet, vil direktivet utfylle bestemmelsene i forskriften, og gi god veiledning i hvordan de er å forstå. Direktivet vil derfor bli en viktig del av oppgaven. Når det gjelder direktivets fortale, så har EU-domstolen understreket at denne ikke er rettslig bindende.<sup>15</sup> I mangel på andre kilder tilknyttet det nye regelverket, vil relevante deler av fortalen likevel bli brukt til å belyse innholdet i bestemmelsene, på tross av sin begrensede vekt.

Av norske forarbeider vil Prop. 51 L (2015-2016) og særlig NOU 2014: 4 (Enklere regler- bedre anskaffelser- forenkling av det norske anskaffelsesregelverket) tillegges vekt i oppgaven. Selv om Forenklingsutvalgets arbeid har vært å vurdere og foreslå endringer i den særnorske delen av regelverket, inneholder utredningen også en gjennomgang av reglene som gjelder over EØS-terskelverdi. Det gjør utredningen relevant som rettskilde for spørsmål oppgaven reiser.

Fordi det har kommet nytt regelverk, er vi midt i en overgangsfase. Det er derfor ikke kommet rettsavgjørelser som regulerer de bestemmelsene som er utgangspunkt for oppgaven.

Opgavens problemstilling er derimot ikke ny, og jeg vil derfor bruke kilder fra det gamle regelverket for å klarlegge rettsstillingen slik den er i dag. Praksis og teori knyttet til det gamle regelverket vil fortsatt ha argumentasjonsverdi selv om kildene er eldre enn forskrift- og direktivbestemmelsene, ettersom de samme hensynene som gjorde seg gjeldende tidligere, fortsatt gjør seg gjeldende.

---

<sup>13</sup> EØS-avtalen artikkel 6

<sup>14</sup> FOA § 5-1 (3)

<sup>15</sup> C-7/11 «Caronna» avsnitt 40



Praksis fra EU-domstolen er en sentral kilde for tolkningen av regelverket. Uttalelser som kan belyse hvordan rettsreglene er å forstå, vil derfor tillegges stor vekt.

Når det gjelder norsk rettspraksis, så er ikke problemstillingen oppgaven reiser løst i noen høyesterettsdom. Det finnes imidlertid noe underrettspraksis, som vil gi gode eksempler på spørsmål som har oppstått og hvordan de har blitt løst. Underrettspraksis har imidlertid liten selvstendig rettskildeverdi, men vil tillegges vekt i kraft av sin overbevisningsverdi.<sup>16</sup>

Det finnes også en del praksis som omhandler adgangen til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Nemndas avgjørelser er imidlertid kun rådgivende, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1, og den rettskildemessige vekten er begrenset til argumentasjonsverdien.<sup>17</sup>

Det må likevel tas i betraktning at KOFA behandler mange saker hvert år, og har i mangel av annen praksis, hatt en sentral rolle i rettsutviklingen.<sup>18</sup> Jeg vil derfor bruke avgjørelsene som eksempler på når ulike problemstillinger kan oppstå, og der praksisen anses å være i tråd med gjeldende rett, vil den også kunne brukes til å belyse innholdet i rettsreglene.

## **1.3 Grunnleggende prinsipper**

### **1.3.1 Innledning**

Regelverket bygger på en rekke grunnleggende prinsipper som fremgår av anskaffelsesloven § 4. Disse kravene brukes som virkemidler for å oppnå regelverkets formål, og er dels uttrykk for alminnelige EØS-rettslige prinsipper, og dels uttrykk for hva som regnes som god forvaltningsskikk.<sup>19</sup> Prinsippene ligger bak utformingen av enkeltreglene, og har stor betydning for tolkningen av dem. I dette kapittelet vil jeg derfor foreta en gjennomgang av hvilken betydning prinsippene vil få for oppgavens problemstilling.

---

<sup>16</sup> Andenæs, (2009) s. 96

<sup>17</sup> Andenæs, (2009) s. 98

<sup>18</sup> Dragsten, (2013) s. 54

<sup>19</sup> Goller m.fl., (2017) s. 47

### 1.3.2 Konkurransen

Alle anskaffelser skal så langt det er mulig skje på grunnlag av konkurranse. Dette prinsippet regnes som det viktigste virkemiddelet for å sikre en mest mulig effektiv ressursbruk i det offentlige, og for å bidra til økt verdiskapning i samfunnet i tråd med anskaffelseslovens formål.<sup>20</sup> Det er også nødvendig med konkurranse for å overholde det overordnede kravet i EØS-avtalen om fri flyt av varer og tjenester.<sup>21</sup> Hovedregelen er derfor at alle offentlige anskaffelser skal konkurranseutsettes. Dette gjøres ved at alle anskaffelser over nasjonal- og EØS-terskelverdi utlyses i en database. Anskaffelser som følger del II i forskriften kunngjøres i Doffin, mens anskaffelser som følger del III må kunngjøres i TED, jf. FOA § 21-1.<sup>22</sup>

I tilknytning til oppgavens problemstilling vil prinsippet om konkurranse føre til at oppdragsgiver ikke kan foreta så store endringer i konkurransegrunnlaget at man i realiteten står overfor en helt annen anskaffelse. Dette er fordi «den nye» anskaffelsen i praksis skulle vært utlyst og konkurranseutsatt. Prinsippet legger derfor begrensninger på oppdragsgivers mulighet til å endre konkurransegrunnlaget.

### 1.3.3 Likebehandling

Likebehandlingsprinsippet tilsier at alle leverandører skal behandles likt gjennom anskaffelsesprosessen, og er antatt å fremme lovens formål om effektive anskaffelser dersom det overholdes.<sup>23</sup> Prinsippet innebærer at ensartede forhold ikke må behandles ulikt, og ulike forhold ikke må behandles ensartet, med mindre en slik ulik behandling er objektivt begrunnet.<sup>24</sup> Kravet til likebehandling gjelder ikke bare leverandører som deltar i konkurransen, men det gjelder også overfor potensielle leverandører.<sup>25</sup>

I en konkurranse med forhandling vil kravet til likebehandling være styrende ved alle sider av forhandlingen, og setter derfor rammen for oppdragsgivers tillatte fremgangsmåte, jf. FOA § 23-10 første ledd. I relasjon til problemstillingen vil oppdragsgiver i forhandlingene ikke kunne utgi opplysninger om innholdet i andres tilbud, eller gi informasjon og gjøre endringer

---

<sup>20</sup> Bakken og Nordby, (2013) s. 65

<sup>21</sup> EØS-avtalen artikkel 8.

<sup>22</sup> Dragsten, (2013) s. 418-419

<sup>23</sup> Dragsten, (2013) s. 176

<sup>24</sup> Se også den norske oversettelsen i NOU 2014: 4 s. 75-76. jf. EU-domstolens prinsipielle avgjørelse i sak C-21/03 og C-34/03 (forente saker), Fabricom SA mot Belgia) avsnitt 27.

<sup>25</sup> C-16/98 (Kommissjonen/Frankrike) avsnitt 104 flg.

i konkurransegrunnlaget som kan stille enkelte leverandører i en bedre stilling enn andre, jf. FOA § 23-10 første og andre ledd. Av hensyn til potensielle leverandører vil oppdragsgiver heller ikke kunne foreta endringer i konkurransegrunnlaget som gjør at konkurransen ville vært interessant for andre tilbydere dersom konkurransen hadde vært utlyst med de aktuelle endringene.

### **1.3.4 Forutberegnelighet**

Prinsippet om forutberegnelighet tilsier at tilbyderne skal kunne bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt.<sup>26</sup> En konkurranse med forhandling vil ikke være like forutberegnelig som andre konkurranser, nettopp fordi det vil være mulighet til å foreta endringer i tilbud og konkurransegrunnlag. Hensynet til forutberegnelighet taler derfor for at det må være en grense for hvilke endringer som kan gjøres etter tilbudsfristen har gått ut. Hvis en oppdragsgiver kan gjøre de endringene han ønsker uten begrensninger, kan man ende opp med et resultat som er et helt annet enn hva som var forespeilet i konkurransegrunnlaget fra start. For at tilbyderne skal kunne vurdere om det er en konkurranse de ønsker å bruke ressurser på, og eventuelt hvordan de skal utforme tilbudet, er det viktig at de vet hvilke rammer konkurransen skal foregå innenfor.

### **1.3.5 Etterprøvbarehet**

For at det skal være mulig å kontrollere at offentlige anskaffelser blir foretatt på rettmessig vis, må anskaffelsesprosessen kunne etterprøves. Dette krever at anskaffelsesprosessen er underlagt regler som ikke tillater at ting foregår i det skjulte, og at alle viktige beslutninger må dokumenteres.<sup>27</sup> Prinsippetets formål er å bidra til en effektiv håndhevelse av regelverket og å sørge for at rettsikkerheten til forbigåtte leverandører blir ivaretatt.<sup>28</sup>

Innenfor oppgavens tema vil dette ha særlig betydning ved at konkurransegrunnlaget og annen informasjon til leverandørene må utformes klart og tydelig, og at eventuelle endringer må dokumenteres og leveres til alle tilbydere. I tillegg til dette må innholdet i forhandlingsmøter dokumenteres i tilstrekkelig grad. Hvis ikke anskaffelsene er etterprøvbare,

---

<sup>26</sup> Dragsten, (2013) s. 180

<sup>27</sup> Dragsten, (2013) s. 181

<sup>28</sup> Bakken og Nordby, (2013) s. 67

vil det være svært lett for aktører å legge vekt på utenforliggende hensyn i en anskaffelsesprosess.

### **1.3.6 Forholdsmessighet**

Forholdsmessighetsprinsippet regulerer de øvrige prinsippers gjennomslagskraft. Plikter og rettigheter som utledes av de andre prinsippene må derfor tilpasses den enkelte anskaffelsens art, kompleksitet og verdi.<sup>29</sup>

## **1.4 Videre fremgangsmåte**

For å løse denne oppgaven vil jeg først foreta en presentasjon av selve prosedyreformen konkurranse med forhandling. Dette gjør jeg for å sette rammen for oppgavens problemstilling og situasjonen den oppstår i. Deretter vil jeg gjøre rede for utgangspunktet for adgangen til å endre konkurransegrunnlaget i kapittel 3. Kapittel 4 omhandler de begrensningene forskrift og direktiv legger på oppdragsgivers endringsadgang. Under vurderingen av om absolutte krav kan endres, vil det også reises spørsmål om det er mulig å forhandle bort avvik fra absolutte krav i konkurransegrunnlaget. Dette vil ikke behandles i dybden, da det er litt på siden av oppgavens tema. I kapittel 5 vil det vurderes om det finnes andre begrensninger i oppdragsgivers adgang til å endre konkurransegrunnlaget enn de som følger av forskrift og direktiv. Til slutt drøftes hva som utgjør en vesentlig endring i kapittel 6, før oppgaven rundes av i kapittel 7.

---

<sup>29</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 42

## 2 Konkurransen med forhandling

### 2.1 Konkurransen med forhandling med og uten kunngjøring

Konkurransen med forhandling kan foregå på to måter; Oppdragsgiver kan bruke konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring dersom vilkårene i FOA § 13-2 er oppfylt, jf. § 13-1 andre ledd, eller konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom vilkårene i FOA § 13-3, jf. § 13-1 fjerde ledd er oppfylt. Bestemmelsene om endringsadgangen i konkurransegrunnlaget i FOA § 23-7 gjelder imidlertid generelt for konkurransen med forhandling både med og uten kunngjøring, da oppdragsgiver i en konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring skal følge prosedyrereglene i del III så langt de passer.<sup>30</sup> Det vil derfor ikke være nødvendig å skille mellom de to konkurranseformene ved vurderingen av hvilke endringer som er tillatt etter tilbudsfristen, men før tildeling av kontrakt. For ordens skyld bør det nevnes at det er konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring som er utgangspunktet for denne oppgaven, og det er derfor denne konkurranseformen som blir presentert i dette kapittelet.

### 2.2 Videre forhandlingsadgang

Adgangen til å benytte konkurransen med forhandling etter FOA § 13-2 er betydelig utvidet sammenlignet med § 14-2 i den tidligere anskaffelsesforskriften. Bestemmelsen legger nå til rette for at det vil være adgang til å forhandle dersom oppdragsgiver har et legitimt behov for det, fordi åpen eller begrenset anbudskonkurransen ikke vil føre til et tilfredsstillende resultat. Dette gjør at konkurranseformen er egnet til komplekse anskaffelser, hvor det likevel er mulig å utarbeide en kravspesifikasjon.<sup>31</sup> Forenklingsutvalget uttalte at konkurransen med forhandling «vil kunne anvendes ved langt de fleste anskaffelser som ikke gjelder ordinære hyllevarer».<sup>32</sup> Denne utvidelsen er gjort for å sørge for fleksible anskaffelser, og antas også å ha den effekten at handel på tvers av landegrensene vil øke.<sup>33</sup> Det er også rimelig å anta at

---

<sup>30</sup> NOU 2014:4 s. 110

<sup>31</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 42

<sup>32</sup> NOU 2014:4 s. 149

<sup>33</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 42

denne utvidelsen vil føre til at konkurranse med forhandling vil bli en mye brukt prosedyre fremover.

## 2.3 Mindre gjennomsiktighet

I en konkurranse med forhandling vil oppdragsgiver ha mulighet til å forhandle med de ulike tilbyderne for å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.<sup>34</sup> Målet med forhandlingene er å tilpasse tilbudene slik at oppdragsgivers behov blir dekket på best mulig måte.<sup>35</sup> Forhandlingsadgangen fører imidlertid til at konkurranse med forhandling er en mindre gjennomsiktig prosedyre enn åpen og begrenset anbudskonkurranse. Dette er fordi det ikke stilles noen formkrav til hvordan forhandlingene skal gjennomføres. Det fremgår av FOA § 22-1 andre ledd at muntlig kommunikasjon kan brukes. Tilsvarende følger det av direktivet artikkel 22 nr. 2 at «oral communication may be used». Oppdragsgiveren har derfor et vidt skjønns til å velge den kommunikasjonsformen som anses mest hensiktsmessig, og både skriftlig kommunikasjon, video-, telefonmøter og fysiske møter er derfor mulige forhandlingsformer. Med en gang det er mulig å foreta muntlige forhandlinger, vil det være vanskelig å kontrollere hva som blir sagt og gjort under møtene, og hvilke hensyn som ligger til grunn for ulike vurderinger.

Kravet til etterprøvbarehet innebærer imidlertid at forhandlingene må dokumenteres i tilstrekkelig grad slik at det skal være mulig å kontrollere om kravet til likebehandling er overholdt. Dette kan for eksempel gjøres ved at forhandlingsmøter og annen muntlig kommunikasjon mellom oppdragsgiveren og leverandørene dokumenteres gjennom skriftlige referat, lydopptak eller andre virkemidler.<sup>36</sup> Likevel vil det i slike situasjoner være en mulighet for at oppdragsgiver og leverandør lar være å dokumentere saker de ikke ønsker at skal bli dokumentert, og dermed en risiko for at de grunnleggende kravene i anskaffelsesretten blir brutt.

---

<sup>34</sup> FOA § 23-7 andre ledd

<sup>35</sup> Goller m.fl., (2017) s. 84

<sup>36</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 22(2) og fortalen avsnitt 58.

## 2.4 Konkurransesforløpet

Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring starter med en prekvalifikasjon, før kvalifiserte tilbydere inviteres til å inngi tilbud, jf. FOA § 23-7 første ledd. Deretter blir det innledet forhandlinger med utgangspunkt i de tilbudene som er kommet inn, med mindre oppdragsgiver har forbeholdt seg retten til å tildele kontrakt uten å gjennomføre forhandlinger.<sup>37</sup> Etter forhandlingene er gjennomført og det ikke er behov for ytterligere avklaringer, skal oppdragsgiveren klargjøre ovenfor tilbyderne at forhandlingene er avsluttet, og sette en felles frist for mottak av endelige tilbud, jf. FOA § 23-7 fjerde ledd første punktum. Det følger videre av bestemmelsens andre punktum at det ikke er tillatt å forhandle om de endelige tilbudene, og derfor vil det heller ikke være mulig å endre dem. Eventuelle avklaringer må derfor foretas etter reglene i FOA § 23-5.

En forutsetning for å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget er at tilbyderne skal ha muligheten til å tilpasse tilbudene sine til endringene, jf. § 23-7 tredje ledd. Siden det ikke er tillatt å endre tilbudene etter forhandlingene er avsluttet, kan det heller ikke foretas nye endringer i konkurransegrunnlaget i tiden mellom avslutningen av forhandlingene og tildeling av kontrakt.

Etter oppdragsgiver har vurdert de endelige tilbudene vil den tilbyderen som har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra konkurransegrunnlagets kriterier for tildeling, vinne konkurransen.

---

<sup>37</sup> FOA § 23-7 andre ledd og femte ledd, andre punktum.

## 3 Endringsadgang

### 3.1 Rettslig grunnlag for endringer og formkrav

Utgangspunktet for oppgavens problemstilling finner vi i FOA § 14-2 fjerde ledd hvor det står: «Ved endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp som følge av forhandlinger(...) gjelder § 23-7 tredje ledd». Av § 23-7 tredje ledd første punktum fremgår det at: «Eventuelle endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene.»

Ordlyden i bestemmelsene sier ikke uttrykkelig at det er tillat å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristen har gått ut, men forutsetter at det skal være mulig å gjøre det. Bestemmelsene må imidlertid ses i sammenheng, slik at det kun vil være åpent for endringer dersom endringene blir sendt til alle tilbyderne med en gang de er foretatt. Dette er for å sikre at alle tilbyderne skal konkurrere på like vilkår, og ikke bli utsatt for vilkårlig forskjellsbehandling. Ordlyden «sendes» taler for at endringene må gjøres skriftlig, slik at kravet til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet overholdes.

I direktivet art. 29 nr. 5 finner man en lignende formulering. «They shall inform all tenderers, whose tenders have not been eliminated pursuant to paragraph 6, in writing of any changes to the technical specifications or other procurement documents». På samme måte fremgår det forutsetningsvis av ordlyden her at det er mulig å foreta endringer i konkurransegrunnlaget, så lenge alle tilbydere blir informert om de aktuelle endringene. I motsetning til forskriften, fremgår kravet om at endringene må sendes skriftlig til alle tilbydere, direkte av direktivets ordlyd, jf. «in writing».

Begrepet «endringer» etter forskriften kan språklig forstås slik at det omfatter alt som gjør at konkurransegrunnlaget skiller seg fra dets opprinnelige form. En slik tolkning taler for at begrepet omfatter faktiske endringer fra oppdragsgivers side, som for eksempel hvis det skriftlig tilføres nye krav til ytelsen. Men også forskjeller som gjør at konkurransegrunnlaget er endret i praksis, slik tilfellet vil være dersom oppdragsgiver for eksempel antar et tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget. I begge tilfeller vil det skje en endring, og



det er ikke grunn til å gi oppdragsgiver en videre adgang til å foreta endringer der kravet til skriftlighet ikke er fulgt opp.<sup>38</sup>

## 3.2 Videre endringsadgang

I den gamle forskriften ble det ikke nevnt noe om adgangen til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget, kun om adgangen til å forhandle om tilbudene.<sup>39</sup> Det kan derfor stilles spørsmål om det er en videre adgang til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget etter at det nye regelverket trådte i kraft, enn det var tidligere.

I praksis ble bestemmelsen i den gamle FOA § 17-2 ofte tolket nærmest antitetisk, slik at det ikke var mulighet til å forhandle om konkurransegrunnlaget. Slik ble det forstått i klagenemndas sak Canon Norge, der det ble uttalt: «Men selv ved konkurranse med forhandling er regelen etter forskriftens § 17-2 (1) at konkurransegrunnlaget ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp.»<sup>40</sup>

Dette ble også lagt til grunn av KOFA i sak 2009/244. I denne saken uttalte nemnda at «konkurranse med forhandling (...) gir ikke åpning for at oppdragsgiver kan moderere konkurransegrunnlagets spesifikasjoner».<sup>41</sup>

I en sak fra lagmannsretten, er det derimot lagt til grunn at forhandlingsadgangen er videre enn i de nevnte sakene. Det blir her uttalt: «I konkurranser med forhandlinger må det imidlertid antas at det er en viss adgang til å endre konkurransegrunnlaget også *under* forhandlingene - noe som nærmest ligger i sakens natur når det først er forhandlingsadgang.»<sup>42</sup> Lagmannsretten nevner videre KOFA sak 2011/272 med videre henvisning til sak 2005/68. Her uttales det: "Nettopp behovet for å endre konkurransegrunnlaget begrunner at konkurranse med forhandling i nærmere angitte tilfeller kan benyttes også over EØS-terskelverdiene, jf. § 4-2.»<sup>43</sup>

Fra praksis ser vi at bestemmelsen i den tidligere FOA § 17-2 har vært tolket i to forskjellige retninger, både slik at det ikke har vært tillatt å foreta endringer etter tilbudsfristen, og slik at

---

<sup>38</sup> Til illustrasjon KOFA 2009/246 (Demokratenes Askøy II) avsnitt 32 om endring i inngått kontrakt.

<sup>39</sup> FOR-2006-04-07-402 (opphøvet FOA) § 17-2

<sup>40</sup> KOFA 2008/140 avsnitt 46

<sup>41</sup> KOFA 2009/244 avsnitt 75

<sup>42</sup> LB-2016-35199 s. 7

<sup>43</sup> KOFA 2005/68 avsnitt 32

det har vært tillatt.<sup>44</sup> Den usikkerhet som tidligere var knyttet til bestemmelsen, har nå blitt fjernet av lovgiver ved utformingen av en tydeligere lovtekst. Endringen som nå er gjort, hvor det klart fremgår at man vil kunne foreta endringer i konkurransegrunnlaget, indikerer derfor at det vil være en større endringsadgang nå etter de nye reglene enn det var tidligere.<sup>45</sup> Dette er også i tråd med målet for de nye anskaffelsesreglene om å sikre større fleksibilitet og effektivitet rundt anskaffelsene.

### 3.3 Forhandlingsbegrepet

Det følger av forskriften at det er endringer «som følge av forhandlinger», jf. § 14-2 fjerde ledd som er tillatt. En ordlydstolkning av begrepet “forhandlinger” tilsier at begrepet må forstås som en meningsutveksling der partene i forhandlingene ønsker å komme til enighet og nå felles beslutninger. En slik forståelse tilsier at det må være en form for gjensidig kommunikasjon mellom forhandlingens parter, og at endringer som blir foretatt som følge av slik dialog vil være tillatt.

I en anskaffelsesprosess er det imidlertid oppdragsgiver som bestemmer hvordan konkurransegrunnlaget utformes, og i praksis vil det derfor kunne forekomme situasjoner der oppdragsgiver foretar endringer i konkurransegrunnlaget uten at det rent faktisk har vært noen kommunikasjon med hensyn til det endrede elementet. Denne typen ensidig dialog faller ikke like naturlig inn under forhandlingsbegrepet. Det kan derfor stilles spørsmål om formuleringen i forskriften er til hinder for at oppdragsgiver på eget initiativ foretar endringer i konkurransegrunnlaget.

I direktivet artikkel 29 nr. 5 fremgår det at oppdragsgiver *under* forhandlingene skal informere alle tilbydere om «any changes to the technical specifications or other procurement documents». Det står ingenting om at endringene må være en følge av forhandlingene, men formuleringen «any changes» kan tale for at det er meningen at alle endringer er inkludert, også de som ikke stammer fra en typisk forhandling.

Et annet moment i vurderingen er at FOA § 14-2 er en generell bestemmelse som gjelder for flere prosedyrer enn konkurranse med forhandling. Formuleringen i § 14-2 fjerde ledd kan derfor tolkes slik at den kun er ment for å sette et skille mellom konkurranser hvor det er

---

<sup>44</sup> Se også diskusjon i nettartiklene: Pind og Hennø (2016) og Strömbom og Hovelsen (2016)

<sup>45</sup> Også lagt til grunn av Goller m.fl., (2017) s. 86.

tillatt å forhandle etter tilbudsfristens utløp, og konkurranser med forhandlingsforbud. En slik tolkning taler for at formuleringen i forskriften ikke er til hinder for at oppdragsgiver foretar endringer på eget initiativ.

Den rent språklige definisjonen av ordet «forhandling» må utfylles av flere momenter som gjør seg gjeldene i en anskaffelsesrettslig situasjon. I en konkurranse vil ikke alltid kommunikasjonen være gjensidig. Det kan for eksempel forekomme tilfeller der et tilbud, som ikke samsvarer med konkurransegrunnlaget, antas uendret av oppdragsgiver. I realiteten vil oppdragsgiver da foreta en endring av konkurransegrunnlaget. Forhandlingsbegrepet bør også omfatte slik «stilltiende» forhandling, og det taler for at begrepet må tolkes videre enn det ordlyden tilsier.<sup>46</sup>

På den andre siden er selve bakgrunnen for konkurranse med forhandling at man skal kunne benytte prosedyren der oppdragsgiver ikke helt vet hvordan han skal definere hva som skal til for å dekke sitt behov, eller hva markedet har å tilby. Dette trekker i retning av at det er de endringene som oppstår etter feedback fra en leverandør som vil være hovedmålet for endringsadgangen, slik at det er meningen at oppdragsgiver skal kommunisere med tilbyderne før han foretar en endring. Slik feedback kan imidlertid komme fra et opprinnelig tilbud, og dersom oppdragsgiver gjør en endring basert på det innkomne tilbudet, uten å diskutere med leverandørene, er man igjen tilbake på tilfeller av «stilltiende forhandling».

Det ville vært tungvint om en konkurranseprosedyre, der endringsadgangen er relativt stor, ikke også ville omfattet endringer som er en følge av stilltiende forhandlinger.

Anskaffelseslovens formål om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og poenget med selve prosedyren, som er å skape fleksibilitet, tilsier at det også skal være mulig for oppdragsgiver å foreta endringer på eget initiativ. Samlet sett taler dette for at formuleringen i forskriften ikke er til hinder for at oppdragsgiver på eget initiativ foretar endringer i konkurransegrunnlaget.

---

<sup>46</sup> Steinicke, (1999) s. 18-19

# 4 Forskriften og direktivets begrensninger i endringsadgangen

## 4.1 Tildelingskriterier og absolutte krav

Det neste spørsmålet oppgaven reiser er *hvilke* endringer som kan tillates etter regelverket. Det fremgår av FOA § 23-7 andre ledd tredje punktum at det ikke er «tillatt å forhandle om tildelingskriteriene og absolutte krav.» Den samme formuleringen finner vi i direktivet artikkel 29 nr. 3 hvor det fremgår: «The minimum requirements and the award criteria shall not be subject to negotiations».

Ordlyden i både forskriften og direktivet er klar på at det ikke er mulig å forhandle om tildelingskriterier og absolutte krav. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det heller ikke vil være mulig å foreta endringer som følger av forhandling om disse. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om denne ordlyden stenger endringsadgangen av tildelingskriteriene og de absolutte kravene fullt ut.

I det følgende vil jeg besvare problemstillingen ved å vurdere tildelingskriterier og absolutte krav hver for seg. For å danne en bakgrunn for de to drøftelsene som kommer, skal jeg innledningsvis redegjøre for hva som ligger i formuleringene «tildelingskriteriene» og «absolutte krav». For å unngå dobbeltbehandling vil det i de to drøftelsene bli henvist til utgangspunktet over.

### 4.1.1 Tildelingskriterier

#### Innledning

Det fremgår av FOA 23-7 andre ledd tredje punktum at det ikke er tillatt å «forhandle om tildelingskriteriene». Med tildelingskriterier menes de kriteriene som oppdragsgiver skal vurdere tilbudene etter. Den leverandøren som har levert det tilbudet som etter oppdragsgivers vurdering scorer best på disse kriteriene, skal tildeles kontrakten.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Goller m.fl., (2017) s. 159-160

I utgangspunktet står oppdragsgiver fritt ved fastsettelsen av hvilke kriterier tilbudene skal vurderes etter. Anskaffelsesforskriften begrenser likevel oppdragsgivers handlingsrom. Den setter blant annet grenser for hvilke kriterier oppdragsgiver kan benytte, hvordan kriteriene kan utformes, og adgangen til å endre tildelingskriteriene etter at konkurranse er startet.<sup>48</sup>

Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet<sup>49</sup> fra oppdragsgivers synspunkt skal identifiseres på grunnlag av tildelingskriteriene laveste pris, laveste kostnad eller beste forhold mellom pris og kvalitet, jf. FOA § 18-1 bokstav a-c.<sup>50</sup>

Kriteriene skal være objektive og saklige og i samsvar med de grunnleggende prinsippene. De må også ha tilknytning til leveransen og kan for eksempel gjelde pris, kvalitet, miljø, sosiale hensyn og innovasjon.

### **Endring av tildelingskriteriene**

I denne drøftelsen vises det til det skisserte utgangspunktet over i punkt 4.1. Ved vurderingen av om ordlyden i FOA § 23-7 andre ledd tredje punktum og artikkel 29 nr. 3 fullt ut stenger for endringsadgangen av tildelingskriteriene må vi se bestemmelsene i sammenheng med resten av regelverket. Det fremgår av direktivets fortale avsnitt 45 at «Award criteria and their weighting should remain stable throughout the entire procedure and should not be subject to negotiations, in order to guarantee equal treatment of all economic operators.» At tildelingskriteriene må «remain stable» gjennom hele prosedyren taler for at det er meningen at ordlyden i forskriften og direktivet må forstås slik at det ikke skal være mulig å gjøre noen endringer i tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp. Resultatet blir da at tildelingskriteriene og vektingen av disse skal fastsettes i konkurransegrunnlaget, og må fastholdes gjennom hele prosedyren.

En slik fortolkning følger også av forarbeidene til forskriften. Her blir det uttalt at den klare hovedregel er at det ikke er tillatt å gjøre endringer i tildelingskriteriene overhodet etter tilbudsfristens utløp, og at det samme vil gjelde underkriterier til tildelingskriteriene og vektingen av disse, dersom de er fastsatt på forhånd.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> NOU 2014: 4 s. 188

<sup>49</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 89

<sup>50</sup> Gøller m.fl., (2017) s. 160

<sup>51</sup> NOU 2014:4 s. 193

I EU-domstolens sak C-448/01, «Wienstrom», som gjaldt gyldigheten av et tildelingskriterium, ble det uttalt at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet innebærer at oppdragsgiver må fastholde den samme tolkningen av tildelingskriteriene gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. også domstolens avgjørelse i sak C-19/00, SIAC Construction, avsnitt 43.<sup>52</sup>

Det ble videre uttalt i Wienstrom: «Der er således for så vidt angår selve tildelingskriterierne i endnu højere grad grund til at erkende, at disse overhodet ikke må ændres i løbet af udbudsproceduren.»<sup>53</sup>

En slik uttalelse fra EU-domstolen må også forstås slik at det ikke vil være mulig å foreta noen endringer i tildelingskriteriene etter tilbudsfristen har gått ut for å overholde kravene om likebehandling og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen.

Uttalelsene fra Wienstrom-saken har flere ganger blitt lagt til grunn av KOFA i saker om endring av tildelingskriteriene. Blant annet i sak 2010/159 (Opplysningsvesenets fond). Her hadde oppdragsgiver opplyst i forhandlingsmøtet etter tilbudsfristens utløp at «tildelingskriteriet miljø utgår til fordel for pris», og på den måten foretatt en endring av tildelingskriteriene.<sup>54</sup> Her uttalte klagenemnda på bakgrunn av uttalelser fra Wienstrom, avsnitt 93 at «oppdragsgiver aldri vil kunne endre tildelingskriteriene etter at disse er gjort kjent for tilbyderne.»<sup>55</sup> De fant på bakgrunn av dette at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven ved å foreta en endring av konkurransegrunnlaget.

EU-domstolens sak C-226/09 (Kommissjonen mot Irland) gjaldt også endringer av tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp, og etter at oppdragsgiver hadde åpnet tilbudene. Oppdragsgiver endret vekten av tildelingskriteriet «kvalifikasjoner og relevant erfaring» fra 30 % til 25 % til fordel for tildelingskriteriet «de foreslående midlers egnethed», som ble økt fra 10 % til 15 %. Det ble slått fast at endring av tildelingskriteriene etter åpningen av tilbudene medfører et brudd på kravet til likebehandling og gjennomsiktighet, og at det er tilstrekkelig at det ikke kan utelukkes at endringen kan ha hatt diskriminerende virkning.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Sak C-448/01 avsnitt 92

<sup>53</sup> Sak C-448/01 avsnitt 93

<sup>54</sup> KOFA 2010/159 avsnitt 58

<sup>55</sup> KOFA 2010/159 avsnitt 59

<sup>56</sup> Sak C-226/09 avsnitt 62 flg.

Likebehandlingsprinsippet blir trukket frem både i regelverket, juridisk teori og praksis som et bærende hensyn bak regelen om at det ikke er lov å endre tildelingskriteriene. Dersom en endring som foretatt i foregående sak ville vært tillatt, ville det åpnet opp for en svært uheldig praksis. På denne måten ville oppdragsgiver hatt muligheten til å fritt tilpasse tildelingskriteriene etter hvem av tilbyderne han ønsket skulle vinne konkurransen.

I en forhandlingssituasjon ville kravet om likebehandling likevel blitt møtt av at oppdragsgiver skal gi tilbyderne «tilstrekkelig tid» til å levere inn nye, reviderte tilbud etter at de har fått informasjon om endringen, jf. FOA § 23-7 tredje ledd andre punktum og direktivet art. 29 nr. 5 fjerde punktum. På denne måten ville tilbyderne fått den samme muligheten til å tilpasse seg til de nye tildelingskriteriene.

Hva som er «tilstrekkelig tid» må avgjøres konkret av oppdragsgiver i lys av det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet. Vurderingen vil derfor bero på hvilken type endringer som gjøres. Oppdragsgiveren må eksempelvis sikre at leverandørene har tilstrekkelig tid til å innhente nye opplysninger, gjøre nye beregninger, utarbeide ny tekst og foreta nødvendige avklaringer.<sup>57</sup> Likevel vil det være slik at den tiden tilbyderne får til å revidere tilbudene sine vil være begrenset, og dersom oppdragsgiver har tilpasset konkurransegrunnlaget til et spesielt tilbud, så vil den aktuelle tilbyderen ha inngitt et tilbud på sine egne premisser, og dermed få et fortrinn ovenfor de andre tilbyderne. At oppdragsgiver ikke skal ha mulighet til å tilpasse tildelingskriteriene til enkelte tilbud, synes derfor å være et svært viktig hensyn bak forbudet mot endring.

Det er flere eksempler fra praksis der tjenestemenn har latt seg påvirke av utenforliggende hensyn ved vurderingen av hvem som skal tildeles kontrakt. Det offentlige inngår ofte store kontrakter, og er en sikker betaler. Slike kontrakter er derfor ettertraktet, og gjør at leverandører kan bli fristet til å påvirke utfallet av konkurransen ved å tilby mer enn et godt tilbud. Vi trenger derfor regler som forebygger kameraderi og korrupsjon. En regel som tilsier at det ikke vil være mulig å endre tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp, vil derfor garantere likebehandling av de ulike tilbyderne.

På samme måte vil en regel som forbyr endringer av tildelingskriteriene skape forutberegnelighet og gjennomsiktighet for tilbyderne. Leverandørene leverer inn sine tilbud

---

<sup>57</sup> Dragsten, (2013) s. 436-437

basert på de tildelingskriteriene som er angitt i konkurransegrunnlaget. En etterfølgende endring av et eller flere kriterier vil endre de forutsetningene tilbudet bygger på, og på den måten gjøre det vanskelig for tilbyderne å forholde seg til konkurransegrunnlaget.

Alle de rettslige kildene trekker her i retning av at enhver endring av tildelingskriteriene og vektingen av dem etter tilbudsfristens utløp, vil være i strid med kravet til likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet, og vil dermed føre til brudd på regelverket. Ved behov for slike endringer, må derfor konkurransen avlyses og utlyses på nytt med de aktuelle endringene. Dette vil få særlig betydning der oppdragsgiver har oppstilt et ulovlig tildelingskriterium. I slike tilfeller har oppdragsgiver en plikt til å avlyse konkurransen fordi det ikke er tillatt å fortsette med det ulovlige kriteriet, og det er heller ikke lov til å endre det.<sup>58</sup>

## 4.1.2 Absolutte krav

### Innledning

I konkurransegrunnlaget skal oppdragsgiveren i kravspesifikasjonen angi de kravene som stilles til egenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som skal anskaffes, jf. FOA § 15-1. Dersom oppdragsgiver ønsker å stille absolutte krav til anskaffelsen som det er obligatorisk for leverandørene å oppfylle for å bli bedømt i konkurransen, må disse angis spesifikt. I forskriften står det: «Konkurransegrunnlaget skal inneholde(...)absolutte krav som alle leverandørene må oppfylle».<sup>59</sup> Til sammenligning står det i direktivet at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget skal «indicate which elements of the description define the minimum requirements to be met by all tenders.»<sup>60</sup>

Direktivets ordlyd, jf. «which» er her tydeligere på at det må skilles mellom krav som alle tilbydere må oppfylle og andre krav, enn det forskriften er. Forskriftens ordlyd må imidlertid ses i sammenheng med forbudet mot å forhandle om absolutte krav. Bestemmelsen i forskriften må derfor tolkes som en oppfordring fra lovgiver om at det skal fremgå uttrykkelig i konkurransegrunnlaget hvilke krav alle leverandørene må oppfylle. Reglene legger derfor

---

<sup>58</sup> Brun m.fl., (2013) s. 428

<sup>59</sup> FOA § 14-1 tredje ledd bokstav a

<sup>60</sup> Direktiv 2014/24/EU art. 29 nr. 1



opp til at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget tydelig skal skille på hvilke krav som er ufravikelige, og hvilke krav som ikke er det.

Det følger videre av direktivet artikkel 29 nr.1 at konkurransegrunnlaget må være «sufficiently precise to enable economic operators to identify the nature and the scope of the procurement and decide whether to request to participate in the procedure.» Oppdragsgiver plikter derfor å oppstille minimumskrav som er klare nok til at en rimelig opplyst leverandør forstår kravenes innhold, og at de er å regne som absolutte.<sup>61</sup> At det gjelder et klarhetskrav kan også utledes av FOA § 14-1 femte ledd som sier at «oppdragsgiveren har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.» Illustrerende er klagenemndas sak 2006/76 (Uniteam International) der oppdragsgiver mente at et krav som var formulert som et bør-krav måtte forstås som et minstekrav. Klagenemnda påpekte at det var oppdragsgiver som hadde ansvaret for at konkurransegrunnlaget var klart nok, og tolkningstvilen gikk derfor utover oppdragsgiver slik at kravet ikke kunne anses som et minstekrav.

### **Når er et krav absolutt**

Ved vurderingen av hva som må anses som «absolutte krav» i konkurransegrunnlaget, følger det av forarbeidene at ikke selve bruken av begrepet skal være avgjørende.<sup>62</sup> Man må foreta en «objektiv fortolkning» av konkurransegrunnlaget for å kartlegge hva oppdragsgiver har ment.<sup>63</sup> Det følger av EU-domstolens sak C-368/10 (Max Havelaar) avsnitt 52 flg. at konkurransegrunnlagets rekkevidde skal fastlegges ut fra potensielle leverandørers synsvinkel. Det er derfor ikke avgjørende hva oppdragsgiver selv har ment med den ordlyden han selv har valgt, dersom noe annet følger av en objektiv forståelse av denne. At et krav er et minstekrav kan i noen tilfeller innfortolkes, selv om oppdragsgiver ikke eksplisitt har benevnt det som et slikt.<sup>64</sup>

Illustrerende er KOFAs uttalelse i sak 2005/243 avsnitt 27. Her uttaler nemnda:

Hva som må anses som minstekrav og hva som må anses som andre krav, som det eventuelt kan forhandles om, må bero på en konkret tolkning av de enkelte krav

---

<sup>61</sup> Se også EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction) avsnitt 42 og C-368/10 (Max Havelaar), avsnitt 109.

<sup>62</sup> NOU 2014: 4 s. 230

<sup>63</sup> Rt. 2005 s. 1638, avsnitt 43 og Rt. 2012 s. 1729 (Mika), avsnitt 58.

<sup>64</sup> NOU 2014: 4 s. 229

oppstilt i konkurransegrunnlaget. Dette fordrer at oppdragsgivers angivelse av kravene er klar nok til at en rimelig opplyst tilbyder kan forstå kravenes innhold, og videre forstår hvilke krav som er absolutte og hvilke krav det eventuelt kan forhandles om. Det er imidlertid ikke nødvendig at oppdragsgiver uttrykkelig betegner absolutte krav som “minstekrav” eller lignende, det er tilstrekkelig at dette klart kan utledes gjennom en tolkning av konkurransegrunnlaget.

I Borgarting lagmannsretts kjennelse av 26. november 2010 vurderer lagmannsretten om et krav om en ekstern løsning må anses som et minstekrav. Det blir uttalt:

Det at det ikke er sagt uttrykkelig at serveren skal plasseres eksternt, medfører ikke at kravet ikke kan anses som et minstekrav. Det avgjørende må være om kravet må forstås som et minstekrav. Et krav kan være et minstekrav selv om det er benyttet betegnelser som for eksempel «obligatorisk» krav, jf. KOFA-2009-12, eller «absolutt» krav, jf. KOFA-2009-33.<sup>65</sup>

I denne saken ble ingen av de nevnte betegnelsene brukt, men i kravtabellen ble det skilt mellom A-krav og B-krav. I følge tabellen hadde A-krav prioritet A og var «skal-krav» mens B-kravene hadde prioritet B og var «bør-krav». Lagmannsretten uttaler: «A-krav må således forstås som obligatoriske, mens B-krav er fakultative.» I vurderingen blir det lagt vekt på at kravet var angitt som et A-krav og at ordet «skal» ble brukt i selve teksten. Lagmannsretten nevner også at ingen av de andre tilbyderne har forstått kravspesifikasjonen slik at sykehuset åpner for en intern løsning. Kravet om ekstern løsning ble derfor ansett som et minimumskrav.<sup>667</sup>

Et eksempel på at det ikke nødvendigvis trenger å være en indikasjon på at det dreier seg om et minstekrav selv om ordet «skal» er brukt, finner vi i KOFAs sak 2012/70 (Braco AS) avsnitt 37 flg. I saken var det angitt at hele leveransen «skal» leveres med «minimum 3 års garanti». Nemnda viste til at kravspesifikasjonen ikke differensierte begrepsbruken «skal» ut fra om kravet var av vesentlig betydning eller ikke, og uttaler at det er «lite naturlig å forstå

---

<sup>65</sup> LB-2010-115884 s. 7

<sup>66</sup> LB-2010-115884 s. 8

<sup>67</sup> Se også KOFA sak 2008/88 avsnitt 18 der «skal» er en indikasjon på at det dreier seg om et minimumskrav.

konkurransesgrunnlaget på den måten at manglende oppfyllelse av garantitiden uansett ville føre til avvisning.»<sup>68</sup>

### **Endring av absolutte krav**

I denne drøftelsen vises det igjen til det skisserte utgangspunktet over i punkt 4.1. Ved vurderingen av om formuleringen i FOA § 23-7 andre ledd tredje punktum og artikkel 29 nr. 3 fullt ut stenger for endringen av absolutte krav, må bestemmelsene ses i sammenheng med resten av regelverket. At ordlyden «ikke tillatt å forhandle» taler for at det heller ikke skal være mulig å endre de absolutte kravene, støttes av forarbeidene til forskriften. Der fremgår det at endringer i absolutte krav alltid skal ses på som vesentlige etter tilbudsfristens utløp. «Når partene ikke kan forhandle om absolutte krav, vil de nødvendigvis heller ikke kunne endres.»<sup>69</sup> Dette er også i tråd med direktivets fortale avsnitt 45, hvor det står at minimumskravene «should not be changed in the negotiations.»

Begrunnelsen for regelen er at de absolutte kravene må regnes som så grunnleggende for leverandørens evne og vilje til å delta i konkurransen, at det ikke bør være mulig å endre på disse gjennom forhandling.<sup>70</sup> Dersom det var mulig å endre de absolutte kravene etter tilbudsfristens utløp, ville det vært svært vanskelig for tilbydere å vite hvordan de skulle forholde seg til konkurransegrunnlaget. Særlig hensynet til potensielle leverandører begrunner derfor regelen om å ikke endre absolutte krav.

Underrettens avgjørelse av 28. november 2002 (Scan Office), gjaldt en konkurranse med forhandling der oppdragsgiver ønsket å endre konkurransegrunnlaget etter forhandlinger, som en følge av leverandørens innsigelser. Retten konstaterte her at ufravigelige krav må overholdes som en følge av kravet til likebehandling og forutberegnelighet. Avvik fra slike krav vil som det klare utgangspunkt derfor medføre avvisningsplikt.<sup>71</sup>

”Det bemærkes dog, at selv om de ordregivende myndigheder råder over en vis forhandlingsbeføjelse under et udbud efter forhandling, skal de dog sikre, at de udbudsbetingelser, som de selv har fastsat som ufravigelige, respekteres.”<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Dragsten, (2013) s. 656

<sup>69</sup> NOU 2014:4 s. 179

<sup>70</sup> NOU 2014:4 s. 230

<sup>71</sup> T-40/01 avsnitt 76, jf. 80

<sup>72</sup> T-40/01 avsnitt 76

En slik uttalelse fra EU-domstolen taler sterkt for at det ikke skal være mulig å foreta endringer i de absolutte kravene.

I KOFA-sak 2011/242 (AmbuTrans AS), hadde innklagede gjennomført en konkurranse med forhandling for anskaffelse av ambulansébåttjenester. Klagenemnda fant at innklagede foretok en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp i strid med forskriften § 8-2 første ledd da innklagede hadde endret de absolutte kravene. Her hadde innklagede som svar på et spørsmål fra en tilbyder skrevet at et krav om at båten måtte ha plass til «minimum 50 passasjerer» også innebefattet mannskap. Dette var en endring fordi den alminnelige språklige forståelsen av ordet «passasjer» omfatter personene om bord på en båt, eksklusivt mannskap.

Saken gjaldt riktignok endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp, men argumentene klagenemnda har gitt i saken, vil også ha verdi dersom endringene hadde vært foretatt etter tilbudsfristens utløp. Nemnda uttalte:

Etter nemndas syn kan det ikke utelukkes at det på kunngjøringstidspunktet eksisterte potensielle leverandører som kunne tilbudt en båt med kapasitet til 50 passasjerer inkludert mannskap, og som dermed kunne inngitt tilbud etter endringen, men ikke forut for endringen, og at slike tilbydere kan ha avstått fra å delta i konkurransen.<sup>73</sup>

At minimumskrav ikke kan endres kan også utledes fra sak C-561/12, Nordecon. Saken gjaldt en konkurranse med forhandling om bygging av en ny veistrekning. Oppdragsgiveren hadde oppstilt krav om at midtrabatten skulle være 13,5 meter bred på en del av veien, mens den på en annen del av veien skulle være 6 meter bred. En av tilbyderne som kom videre til forhandling hadde i sitt opprinnelige tilbud tatt forbehold om at midtrabatten skulle være 6 meter bred, også på det punktet der konkurransegrunnlaget oppstilte krav om 13,5 meter bredde. Underveis i forhandlingene oppfordret også oppdragsgiver de andre tilbyderne som var med i konkurransen om å inngi tilbud der midtrabatten var 6 meter, og endret på den måte konkurransegrunnlaget.

I saken vurderer EU-domstolen om oppdragsgiver kunne forhandle med tilbydere som hadde inngitt tilbud som avvek fra absolutte krav i konkurransegrunnlaget. Domstolen uttaler at selv

---

<sup>73</sup> KOFA 2011/242 avsnitt 45

om det i en konkurranse med forhandling er tillat å forhandle, så må de absolutte kravene i konkurransegrunnlaget være møtt av tilbyder.

Accordingly, even though the contracting authority has the power to negotiate in the context of a negotiated procedure, it is still bound to see to it that those requirements of the contract that it has made mandatory are complied with. Were that not the case, the principle that contracting authorities are to act transparently would be breached and the aim mentioned in paragraph 36 above could not be attained.<sup>74</sup>

Domstolen uttalelser kan tolkes slik at det ville være i strid med regelverkets prinsipper om forutsigbarhet og gjennomsiktighet i anbudsprosessen, og likebehandling av tilbyderne dersom det skulle være mulig å forhandle med tilbydere som hadde inngitt tilbud som avvok fra absolutte krav i konkurransegrunnlaget.

Videre ble det uttalt at poenget med absolutte krav er at de skal utgjøre en ytre ramme for hva det skal være mulig å forhandle om, og de vil derfor være viktig for tilbyderne når de skal utforme sitt tilbud. Dersom det åpnes opp for å forhandle med tilbydere med tilbud som fraviker disse kravene, vil dette poenget forsvinne og kravene vil fremstå som hensiktsløse eller misvisende.<sup>75</sup>

Domstolen krevde derfor at oppdragsgiver måtte ta stilling til avvisningsspørsmålet før forhandlingene starter.

In the light of the foregoing considerations, the answer to the first question is that Article 30(2) of Directive 2004/18 does not allow the contracting authority to not comply with the mandatory requirements laid down in the technical specifications of the contract<sup>76</sup>

Uttalelsene i dommen tilsier at det hvert fall ikke skal være mulig å endre de absolutte kravene i forhandlingene. Rekkevidden av dommen fremstår imidlertid som uklar dersom premissene sammenholdes med slutningen. Et spørsmål som har oppstått i etterkant av Nordecon-saken er om avgjørelsen innebærer at det overhodet ikke vil være tillatt for oppdragsgiver å innlede noen form for forhandlinger der et tilbud inneholder vesentlige avvik

---

<sup>74</sup> C-561/12 avsnitt 37

<sup>75</sup> C-561/12 avsnitt 38

<sup>76</sup> C-561/12 avsnitt 39

fra minstekrav.<sup>77</sup> Et avvik som ikke blir forhandlet bort, vil i realiteten være en endring av konkurransegrunnlaget.

Faktum i Nordecon-avgjørelsen er spesielt fordi oppdragsgiver i saken aksepterte et tilbud som ikke var i overenstemmelse med konkurransegrunnlagets minimumskrav. Man må her skille mellom det å akseptere et tilbud som ikke oppfyller minimumskravene og det å slippe tilbudet inn i forhandlingene samtidig som man fastholder konkurransegrunnlagets absolutte krav.

Hvis en oppdragsgiver lar tilbyder komme med et nytt tilbud som oppfyller kravene, vil minimumskravene fortsatt sette rammen for hva det skal være mulig å forhandle om, og på den måten beholde sin virkning. Likebehandlingsprinsippet vil derfor fortsatt være ivarettatt så lenge det kun er tilbud som oppfyller minimumskravene som blir akseptert. På denne måten kan man unngå avvising, og dermed oppnå størst mulig grad av konkurranse.<sup>78</sup>

I FOA § 24-10 andre ledd fremgår det nå at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling kan «utsette avgjørelsen om avisning etter § 24-8 første ledd bokstav a og c eller annet ledd til han har avsluttet forhandlingene». Det fremgår imidlertid ikke av bestemmelsen at avisningsvurderingen etter bokstav b om «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene» kan utsettes. En nærliggende forståelse av bestemmelsen er derfor at den ikke kan det. En slik antitetisk tolkning krever imidlertid klare holdepunkter, og det er også mulig å tolke bestemmelsen slik at lovgiver enda ikke har tatt stilling til om det kan forhandles med tilbud som inneholder vesentlige avvik, jf. FOA § 24-8 første ledd bokstav b.

En mulig tolkning av Nordecon-saken er at oppdragsgiver ikke har adgang til å endre de absolutte kravene gjennom forhandling med tilbyderne. Derfor må tilbud som inneholder avvik fra de absolutte kravene etter forhandlingene er avsluttet avvises. I tillegg må det være en forutsetning for å komme til forhandlingene at det ikke foreligger avvik fra minstekrav, og at oppdragsgiver gjennom FOA § 24-10 andre ledd, jf. § 23-5 derfor har anledning til å påpeke at tilbyderne må fjerne eventuelle avvik før forhandlingene starter.<sup>79</sup> Det fremgår imidlertid ikke klart av lovverket hvordan dette skal løses, og problemstillingen vil nok derfor ikke være løst før EU-domstolen avsier en dom for å klargjøre.

---

<sup>77</sup> Se fagartiklene i juristkontakt av Ramse (nr. 2-2014) og Røstum (nr. 3-2014).

<sup>78</sup> Thue og Ellingsen, (2017)

<sup>79</sup> Goller m.fl., (2017) s. 228

De hensynene som blir trukket frem i de nevnte avgjørelsene taler for at det ikke skal være mulig å gjøre noen endringer av de absolutte kravene. Arrowsmith stiller imidlertid spørsmål ved om det gjelder en generell regel om at det skal være mulig å foreta endringer i de absolutte kravene dersom det oppstår uforutsette hendelser, fordi dette ikke er en følge av forhandlingene.<sup>80</sup> Ved vurderingen må bestemmelsen om at oppdragsgiver ikke kan forhandle om de absolutte kravene ses i sammenheng med direktivets artikkel 29 nr. 5 hvor det fremgår at oppdragsgiver skriftlig må informere leverandørene om endringer i konkurransegrunnlaget, bortsett fra minimumskravene. En slik formulering tyder på at det ikke skal være mulig å foreta noen endringer i de absolutte kravene, selv om endringene er en følge av uforutsette hendelser. Dette er fordi det er klart at artikkelen ikke kan forstås slik at oppdragsgiveren ikke trenger å underrette tilbyderne om endringer i minimumskravene. Dette ville stride mot kravet til gjennomsiktighet, tatt i betraktning deres store betydning for konkurransen.<sup>81</sup>

Det har også i juridisk teori blitt stilt spørsmål ved om det bør ses på som en vesentlig endring dersom oppdragsgiver inntar et uteglemt minimumskrav, i motsetning til å lempe på dem.<sup>82</sup> I en slik situasjon vil det være mindre sjans for at potensielle leverandører har unnlatt å inngi tilbud fordi minimumskravene ikke var stilt, og hensynet til potensielle leverandører vil dermed ikke få like stor tyngde. På den andre siden må hensynet til de leverandørene som er med i konkurransen også tillegges vekt, og det er ikke sikkert at de tilbyderne som allerede har levert tilbud kan oppfylle et eventuelt nytt minimumskrav. De vil da risikere å bli avvist etter å ha brukt tid og ressurser på konkurransen. Det vil stride mot kravet til forutberegnelighet. Ordlyden i forskriften er imidlertid nå så klar at det heller ikke i disse situasjonene vil være mulig å endre de absolutte kravene.

Både forskrift, direktiv, forarbeider, prinsipper og rettspraksis taler for at det ikke er mulig å foreta noen endringer av de absolutte kravene. En slik regel kan slå uheldig ut dersom oppdragsgiver har angitt mindre og helt ubetydelige krav som absolutte.<sup>83</sup> Oppdragsgiver vil derfor kunne vinne på å lage åpne spesifikasjoner, i stedet for å stille unødige krav. Åpne spesifikasjoner vil åpne opp for større og bedre konkurranse, og utnyttelse av den kompetansen og kreativiteten som finnes i markedet. Dette vil kunne føre til løsninger som dekkers oppdragsgivers behov bedre. Derfor er det viktig når oppdragsgiver oppstiller krav i

---

<sup>80</sup> Arrowsmith, (2014) s. 1039

<sup>81</sup> Arrowsmith, (2014) s. 1039

<sup>82</sup> Brun m.fl., (2013) s. 560

<sup>83</sup> NOU 2014: 4 s. 230

konkurransesgrunnlaget at det kun er de kravene som er helt nødvendige for anskaffelsen, og som det ikke er behov for å endre underveis, som blir oppstilt som absolutte.

### 4.1.3 Betraktninger

Nå som det er tydelig formulert i forskriften at tildelingskriterier og absolutte krav ikke skal forhandles om, og oppdragsgiver skal være tydelig på hva som er ufravikelig i konkurransegrunnlaget, vil dette gi en praktiserbar regel som er enkel for både oppdragsgiver og leverandør å forholde seg til. Oppdragsgiver vil få et insentiv til å utarbeide grundige konkurransegrunnlag, noe som igjen vil kunne føre til at leverandørene kan få et bedre utgangspunkt for å utarbeide riktige og gode tilbud. På denne måten vil man kunne unngå avlysninger av konkurranser, og dermed oppnå anskaffelseslovens formål om større kostnadseffektivitet rundt anskaffelsene. I tillegg vil regelen begrense muligheten for oppdragsgiver til å ta utenforliggende hensyn i en konkurranse med forhandling, og dermed skape tillit utad.

## 4.2 Taushetsplikt om tilbudenes innhold

Det følger av FOA § 23-10 andre ledd at oppdragsgiver har taushetsplikt i forhandlingene, og oppdragsgiver kan derfor ikke utgi informasjon om innholdet i de øvrige tilbudene. Dersom en endring av konkurransegrunnlaget er basert på et løsningsforslag fra en leverandør, vil dette gi informasjon til de andre tilbydere som egentlig er taushetsbelagt. Taushetsplikten innebærer derfor begrensninger i oppdragsgiver mulighet til å endre konkurransegrunnlaget.<sup>84</sup>

I Gulating lagmannsrett av dom 2. juni 2009 (Erstad & Lekven utbygging) hadde oppdragsgiver gjort en rekke endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. En leverandør hevdet at denne endringen var tatt fra dennes alternative tilbud. Ved vurderingen bemerket lagmannsretten at:

det må være opp til kommunen å vise konkret hvor de samme forslag fremkommer i de øvrige interessenters tilbud. Særlig gjelder dette fordi det totale areal etter at endringene ble gjort er nesten identisk med det som lå i det alternative forslag.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Dragsten, (2013) s. 551-552

<sup>85</sup> LG-2008-160518 s. 8



Kommunen klarte ikke å bevise at det endrede konkurransegrunnlaget ikke var basert på leverandørens tilbud, og lagmannsretten fant derfor at det var tilstrekkelig sannsynliggjort at konkurransegrunnlaget var endret i strid med kravet til taushetsplikt.

# 5 Andre begrensninger enn de som følger av forskrift og direktiv

## 5.1 Innledning

I oppgaven er det nå lagt til grunn at det ikke er mulighet til å foreta endringer i tildelingskriteriene og absolutte krav. Det følger motsetningsvis av FOA § 23-7 tredje ledd at andre endringer kan gjøres hvis det kommuniseres til alle gjenværende leverandører samtidig. Ordlyden i FOA § 23-7 setter ingen grenser i forhandlingsadgangen utover de allerede nevnte, og således åpner den opp for at det vil være mulighet til å forhandle om alle sider av konkurransegrunnlaget, bortsett fra tildelingskriteriene og absolutte krav. Det kan derfor stilles spørsmål om det finnes andre begrensninger i adgangen til å endre konkurransegrunnlaget enn det som fremgår av forskriften og direktivet. Denne drøftelsen deler jeg i to, slik at jeg først foretar en vurdering av om det finnes begrensninger i endringsadgangen for andre deler av konkurransegrunnlaget enn absolutte krav og tildelingskriterier, og deretter vurderer om det finnes en begrensning på hvor store endringer som er tillatt.

## 5.2 Andre deler av konkurransegrunnlaget

For utgangspunkt for drøftelsen, se punkt 5.1. over. Konkurransegrunnlaget består av mer informasjon enn absolutte krav og tildelingskriterier, jf. FOA § 14-1 tredje ledd. Det kan derfor stilles spørsmål om det er andre deler av konkurransegrunnlaget som ikke kan endres enn det som følger av FOA § 23-7 andre ledd tredje punktum.

Av direktivets fortale avsnitt 45 fremgår det at:

Forhandlingene kan vedrøre alle de innkjøpte bygge- og anlægsarbejders, varers og tjenesteydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør minimumskrav.

En slik formulering taler for at det skal være mulig å foreta endringer i både beskrivelsen av anskaffelsen og kontraktsvilkårene, bortsett fra minimumskravene.

Videre fremgår det av forarbeidene at endringsadgangen antas å begrenses til beskrivelsen av anskaffelsen og kontraktsvilkårene.<sup>86</sup> En slik uttalelse kan tolkes som at reglene for gjennomføringen av konkurransen skal ligge fast. Dette vil gi tilbydere innsikt i hvordan konkurransen skal foregå og er i tråd med hensynet til forutberegnelighet. Dette synspunktet er også lagt til grunn av Amdal:

Det kan for øvrig ikke forhandles om selve konkurransereglene, dvs verken de bestemmelser som følger av anskaffelsesregelverket eller de konkrete konkurranseregler som er fastsatt av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget. Anskaffelsesregelverkets bestemmelser er i det alt vesentlige ufravikelige. Forhandlinger knyttet til konkurranseregler som er fastsatt av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget vil i de fleste tilfeller være i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>87</sup>

Dette taler for at det antagelig ikke er mulig å foreta endringer i konkurransereglene. De endringsmulighetene oppdragsgiver står igjen med da, gjelder beskrivelsen av anskaffelsen og kontraktsvilkårene. I prinsippet vil det derfor være mulig å foreta endringer av teknisk, økonomisk og juridisk karakter. Dette er også i tråd med formålet om effektivitet og fleksibilitet.

### **5.3 Begrensninger i endringens størrelse**

Fra drøftelsen over følger det nå at det er tillatt å foreta endringer i både beskrivelsen av anskaffelsen og kontraktsvilkårene etter tilbudsfristen har løpt ut i konkurranse med forhandling. Det kan derfor spørres om det finnes en grense for hvor store endringer det er tillatt å gjøre i de foranderlige delene av konkurransegrunnlaget.

Ordlyden i FOA § 23-7 er taus på dette området, jf. utgangspunktet for drøftelsen i punkt 5.1., og artiklene i direktivet gir heller ingen veiledning på hvor grensen skal gå ved endringer av andre deler av konkurransegrunnlaget enn de ufravikelige. Direktivets fortale indikerer imidlertid at det går en grense. I avsnitt 81 fremgår det at endringer i konkurransegrunnlaget «should not be so substantial that the admission of candidates other than those initially selected would have been allowed for or additional participants in the procurement procedure

---

<sup>86</sup> NOU 2014: 4 s.178

<sup>87</sup> Amdal, (2004) kapittel 3.2. avsnitt 17.

would have been attracted.» Ordlyden taler her for at det ikke kan gjøres endringer som må ses på som «substantial» eller vesentlige.

Vesentlighetsbegrepet er benyttet i forskriften for reguleringen av endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp. Her er det mulig å foreta endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er «vesentlige».<sup>88</sup> Det kan derfor stilles spørsmål ved om denne vesentlighetsterskelen også gjelder etter tilbudsfristens utløp i konkurranse med forhandling.

Adgangen til å endre konkurransegrunnlaget før tilbudsfristen gjelder i utgangspunktet alle deler av konkurransegrunnlaget, herunder kravspesifikasjonen og kontraktsbestemmelsene, bortsett fra tildelingskriteriene.<sup>89</sup> Alle typer endringer, uavhengig av bakgrunnen for endringen vil være omfattet av vesentlighetsbegrensningen. Dette gjelder altså selv om det er feil ved konkurransegrunnlaget, behov for å gi nye opplysninger, eller et endret behov m.v. som fører til endringen.<sup>90</sup>

Bakgrunnen for denne vesentlighetsbegrensningen er hensynet til potensielle tilbydere, og den skal sørge for at kravet til likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet er i behold.<sup>91</sup> Selv om FOA § 23-7 ikke inneholder en tilsvarende vesentlighetsbegrensning for endringer etter tilbudsfristens utløp, vil de samme hensynene gjøre seg gjeldende på dette tidspunktet av anskaffelsen.

Hensynet til de nevnte prinsippene er imidlertid forsøkt ivaretatt gjennom forskriften også etter tilbudsfristens utløp. Dette har resultert i regelen om at oppdragsgiver ikke kan endre tildelingskriterier og absolutte krav. Regelen kan derfor ses på som et utslag av at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget.<sup>92</sup> Denne regelen er likevel alene ikke nok til å møte prinsippene i LOA § 4 og kravet om fri flyt av varer og tjenester. Grunnen til dette er at prinsippet om å sikre konkurranse om offentlige anskaffelser tilsier at det ikke skal være mulig å foreta så store endringer at man i realiteten står overfor en helt annen ytelse enn det som først var angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Dersom ytelsen blir vesentlig endret underveis i en konkurranse, så vil ikke den endrede ytelsen være kunngjort i

---

<sup>88</sup> FOA § 14-2 første ledd

<sup>89</sup> Goller m.fl., (2017) s. 123

<sup>90</sup> Dragsten, (2013) s. 471

<sup>91</sup> NOU 2014: 4 s. 178

<sup>92</sup> Goller m.fl., (2017) s. 125

tråd med kravet om at offentlige anskaffelser skal konkurranseutsettes. På denne måten vil heller ikke kravet til likebehandling bli overholdt, fordi det ikke kan utelukkes at en leverandør som har avstått fra å delta i en konkurranse på grunn av informasjonen som var kjent på kunngjøringstidspunktet, ville ønsket å delta dersom han hadde kjent til de etterfølgende endringene.

De leverandørene som velger å inngi tilbud, skal også kunne stole på at det faktisk er det som er angitt i kunngjøringen som skal anskaffes, slik at det er mulig å vite om man kan levere eller ikke. Forutberegnelighet må derfor også tillegges vekt.

Det kan også tenkes at de nevnte hensyn gjør seg gjeldende med enda større tyngde etter tilbudsfristens utløp, enn de gjør før. Hvis vi ser på anskaffelsesprosessen som en tidslinje som starter med kunngjøring av konkurransegrunnlaget og avsluttes med tildeling av kontrakt, så vil antallet leverandører bli færre og færre jo nærmere vi kommer avslutningen. Endringer som blir foretatt før tilbudsfristens utløp skal sendes til «samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget», og disse leverandørene har derfor mulighet til å tilpasse tilbudene sine til endringene.<sup>93</sup> For endringer foretatt etter fristen, er det kun de som allerede er med i konkurransen som kan tilpasse seg etter dem. På denne måten vil det foreligge et større konkurranseelement i starten av konkurranseforløpet, enn det vil gjøre mot slutten. Siden konkurransen har blitt snevret inn etter tilbudsfristens utløp, vil det derfor tale for at endringsadgangen etter dette tidspunktet i hvert fall ikke bør være større enn før tilbudsfristens utløp.<sup>94</sup>

I rettspraksis fra før det nye regelverket trådte i kraft, har det også blitt lagt til grunn at det må foreligge en vesentlighetsterskel. I LB-2016-35199 som gjaldt en konkurranse med forhandling der konkurransegrunnlaget hadde blitt endret etter tilbudsfristens utløp, ble det uttalt: «Lagmannsretten antar, som partene, at grensen også her går ved vesentlige endringer»,<sup>95</sup> og henviser videre til KOFA sak 2011/272, der det blir uttalt: «Hensynet til leverandører som bevisst lar være å delta i konkurransen, og hensynet til forutberegnelighet

---

<sup>93</sup> FOA § 14-2 første ledd andre punktum.

<sup>94</sup> NOU 2014: 4 s. 179

<sup>95</sup> LB-2016-35199 s. 7

og gjennomsiktighet for tilbyderne, tilsier imidlertid at forutsetningene for konkurransen ikke kan endres vesentlig"<sup>9697</sup>

Videre er dette synspunktet også å finne i juridisk teori om dagens regelverk.<sup>98</sup> Goller skriver: «Det må uansett antas å fortsatt gjelde et generelt forbud mot vesentlige endringer -også om den aktuelle endringen ikke gjelder et absolutt krav.»<sup>99100</sup>

Det er også verdt å nevne at det i FOA del II § 8-4 fjerde ledd som gjelder endringer av konkurransegrunnlaget under EØS-terskelverdi, er forbud mot å gjøre vesentlige endringer etter tilbudsfristens utløp. Bakgrunnen for reguleringen er de samme hensynene som det er redegjort for over. Reglene under terskelverdi er ikke ment å være strengere enn reglene over terskelverdi, og sammenhengen i regelverket taler derfor for at vesentlighetsbegrensningen også bør finnes i forskriften del III.<sup>101</sup>

Ut fra hensynet til å sikre konkurranse om offentlige kontrakter, forutberegnelighet og likhet for andre tilbydere, vil det derfor være behov for å sette visse grenser for forhandlingsadgangen utover de som fremgår av direktiv og forskrift. Dette taler for at det også gjelder en vesentlighetsbegrensning i endringsadgangen etter tilbudsfristens utløp, slik at utgangspunktet for anskaffelsen fastholdes. Det betyr at oppdragsgiverens materielle adgang til endring ikke blir utvidet, selv om tidsrammen for muligheter for endring blir det.

---

<sup>96</sup> KOFA 2011/272 avsnitt 22

<sup>97</sup> Se også KOFA sak 2005/68 avsnitt 32 (Erstad & Løkven Utbygging), og senere fulgt opp i flere saker, bl.a. sak 2009/280 avsnitt 50 og sak 2011/120 avsnitt 31. (Byggmester Jon O. Nyvoll)

<sup>98</sup> Vesentlighetsterskelen er også lagt til grunn i Nærings- og fiskeridepartementets veileder på nett, (2017)

<sup>99</sup> Goller m.fl., (2017) s. 126

<sup>100</sup> Se også Bakken og Nordby, (2013) s. 83 og Dragsten, (2013) s. 578

<sup>101</sup> NOU 2014: 4 s. 62

# 6 Vesentlige endringer

## 6.1 Analogisk bruk av «Pressetext»

Neste spørsmål oppgaven reiser er hva som utgjør en vesentlig endring.

Vesentlighetsbegrensningen går igjen flere steder i regelverket, men det er ikke definert noe sted hva som utgjør en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Det nærmere innholdet i vesentlighetsterskelen er derfor i stor grad skapt av domstolene.<sup>102</sup>

I den sentrale avgjørelsen C-454/06, Pressetext som ble avsagt 19. juni 2008, har EU-domstolen uttalt seg om hva som utgjør en vesentlig endring i inngått kontrakt. Selv om denne saken ikke gjelder endringsadgangen i konkurransefasen, vil den likevel kunne ha overføringsverdi for oppgavens problemstilling der de samme hensynene gjør seg gjeldende.<sup>103</sup> I det følgende vil det derfor tas stilling til om momentene fra «Pressetext» er relevante ved vurderingen av hva som er en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.

I en avgjørelse fra EU-domstolen, sak C-250/07 (Kommissjonen/Hellas), som gjaldt konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, brukte domstolen Pressetext-saken analogisk ved vurderingen av om det var foretatt en vesentlig endring av de opprinnelige kontraktsvilkårene i den etterfølgende konkurransen med forhandling.

I en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring fremgår det av FOA § 13-3 bokstav a og b at man ikke kan «foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene» fra konkurransegrunnlaget som ble utlyst i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Det samme følger av direktivet artikkel 32 nr. 2 bokstav a hvor det fremgår at det er en forutsetning for konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring at «the initial conditions of the contract are not substantially altered». Siden det i en konkurranse med forhandling *etter* forutgående kunngjøring heller ikke er tillatt å foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonen eller kontraktsvilkårene, vil disse vurderingene i stor grad være sammenfallende. Den nevnte saken gjaldt en bestemmelse i det tidligere

---

<sup>102</sup> Brun m.fl., (2013) s. 149

<sup>103</sup> Dragsten skriver at man kan se hen til Pressetext før kontraktinngåelse, (2013) s. 471

forsyningsdirektivet, men at domstolen her bruker Pressetext-saken analogisk taler for at det samme vil være naturlig i vårt tilfelle, ettersom vurderingene vil være like.<sup>104</sup>

Illustrerende er også uttalelsen fra KOFA i sak 2016/104 (Nesodden kommune). Saken gjaldt en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt om leie av nye omsorgsboliger gjennom et OPS-prosjekt i Nesodden kommune. I tiden mellom tilbudsfristens utløp og kontraktsinngåelsen ble kontrakten endret fra en finansiell leieavtale til en entreprisekontrakt hvor bygget ble betalt ved overtagelse, og leverandøren deretter hadde ansvaret for forvaltning, drift, vedlikehold og service av eiendomsmassen. Klagenemnda kom til at avtalen var vesentlig endret og at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Ved vurderingen viste klagenemnda til Pressetext-saken og tidligere KOFA-praksis. Det ble uttalt:

EU-domstolens avgjørelse gjelder endringer gjort i kontraktsperioden. Vår sak gjelder en endring foretatt etter tilbudsfristen, men før kontraktsinngåelse. Dette er uten betydning her. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at det i utgangspunktet gjelder en tilsvarende norm som oppstilt i den ovennevnte avgjørelsen for endringer som er gjennomført etter tilbudsfristen.<sup>105</sup>

For den videre drøftelse legges det til grunn at momentene i «Pressetext» er relevante i vurderingen av hva som er en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.<sup>106</sup> På bakgrunn av dette vil jeg også bruke praksis fra saker som gjelder konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, og andre saker om endringer i inngått kontrakt til å belyse hvor vesentlighetsterskelen ligger i konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring.

## 6.2 Vesentlighetsvurderingen

Det følger av «Pressetext» avsnitt 35 at en endring «*kan* betragtes som væsentlig» (min utheving) dersom visse momenter er oppfylt. Vurderingen er derfor ansett å være en konkret helhetsvurdering.<sup>107</sup> Dette utgangspunktet er også lagt til grunn ved vurderingen av hva som utgjør en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.<sup>108</sup> Videre følger det av norsk praksis at vurderingen må ta utgangspunkt i det opprinnelige konkurransegrunnlaget, og dersom det er

---

<sup>104</sup> Brun m.fl., (2013) s. 149.

<sup>105</sup> KOFA 2016/104 avsnitt 30

<sup>106</sup> Også Arrowsmith, (2014) s. 846

<sup>107</sup> Brun m.fl., (2013) s. 154 og Dragsten, (2013) s. 738

<sup>108</sup> Illustrerende er KOFA 2011/272 avsnitt 23



foretatt flere endringer, så må de vurderes både hver for seg og samlet.<sup>109</sup> Hvis den ene endringen i seg selv ikke kan anses vesentlig, kan begge endringen samlet sett gjøre det.<sup>110</sup>

Domstolen uttaler videre i «Presstext»-saken at det foreligger en vesentlig endring dersom partene ønsket å reforhandle avtalens grunnleggende elementer, og legger stor vekt på at det er kravene til gjennomsiktighet og likebehandling som begrunner forbudet mot slike endringer.<sup>111</sup> Deretter angir domstolen flere momenter som kan medføre at en endring kan ses på som vesentlig i dommens avsnitt 35-37.

Et første moment er om endringen introduserer vilkår som ville tillatt andre leverandører å delta i konkurransen eller medført at en annen leverandør ville ha vunnet konkurransen dersom endringene var kjent da kontrakten ble inngått. Et neste moment i vesentlighetsvurderingen er om endringen innebærer at kontrakten utvides betydelig til å gjelde tjenester eller ytelser som opprinnelig ikke ble dekket. For det tredje vil en endring kunne være vesentlig når den endrer den økonomiske balansen i kontrakten i favør av leverandøren på en måte som ikke følger av vilkårene i den opprinnelige kontrakten.

At hensynet til potensielle tilbydere er relevant for endringer foretatt før kontraktsinngåelse fremgår av direktivets fortale avsnitt 81 hvor det står:

It should, however, be clarified that such changes should not be so substantial that the admission of candidates other than those initially selected would have been allowed for or additional participants in the procurement procedure would have been attracted.<sup>112</sup>

Dette utgangspunktet ble også lagt til grunn i den tidligere nevnte sak fra EU-domstolen, C-250/07 (Kommissjonen/Hellas). I saken ble det uttalt:

Det bemærkes herved, analogt med, hvad Domstolen har fastslået vedrørende genforhandlingen af allerede tildelte kontrakter (...), en ændring i en oprindelig kontraktbetingelse kan betragtes som væsentlig (...)bl.a. når den ændrede betingelse, hvis den havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for bud afgivet i forbindelse med en udbudsprocedure med

---

<sup>109</sup> LB-2016-039404 s. 11

<sup>110</sup> Se også KOFA 2011/242 avsnitt 42 og 43

<sup>111</sup> C-454/06 avsnitt 34

<sup>112</sup> Arrowsmith, (2014) s. 846

forudgående udbud at blive betragtet som egnet, eller ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end dem, der havde deltageret i den oprindelige procedure, at afgive bud.<sup>113</sup>

Illustrerende er også uttalelser fra norsk praksis. I LB-2016-039404 s. 11 uttaler lagmannsretten: «Lagmannsrettens konklusjon er at det ikke foreligger endringer som hver for seg eller samlet er av en slik karakter at det er sannsynlig at deltakelsen i konkurransen ville vært større dersom endringene hadde fulgt av det opprinnelige konkurransegrunnlaget.» Dette var også utgangspunktet for vurderingen av om en endring var vesentlig i KOFA sak 2011/272 avsnitt 23: «Det kan i utgangspunktet ikke gjøres endringer som etter sin karakter kunne påvirket leverandørers ønske eller mulighet til å delta i konkurransen.»

Hovedspørsmålet i hva som utgjør en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget må derfor være om endringen er av en slik karakter at den har påvirket leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen.

Videre fremgår det av direktivets fortale avsnitt 81 at «That could, in particular be the case where the changes render the contract(...) materially different in character from the one initially set out in the procurement documents.» Det betyr at dersom det foretas endringer i konkurransegrunnlaget som gjør at anskaffelsen dreier seg om noe materielt annet enn i det opprinnelige konkurransegrunnlaget, så vil det være en presumpsjon for at andre tilbydere kunne nådd frem i konkurransen. Endringer i anskaffelsens art og/eller omfang kan derfor utgjøre en vesentlig endring.

## **6.3 Konkurransепåvirkende endringer**

### **6.3.1 innledning**

Det er nå lagt til grunn at en endring er vesentlig hvis den har et konkurransepåvirkende resultat. I kontrakt kan dette skje ved tre situasjoner: 1) hvis endringen ville gitt adgang for andre tilbudsgivere enn de opprinnelig utvalgte, 2) dersom endringen hadde tiltrukket flere deltakere i anbudsprosessen, eller 3) om det ville vært mulig å akseptere et annet tilbud enn det opprinnelige.<sup>114</sup> I en konkurranse med forhandling er det imidlertid slik at leverandørene

---

<sup>113</sup> C-250/07 avsnitt 52

<sup>114</sup> Svor, (2017) s. 114

kan forbedre tilbudene sine etter det er foretatt endringer i konkurransegrunnlaget. Det betyr at nærmest enhver endring i konkurransegrunnlaget kan føre til at en ny leverandør inngir det beste tilbudet etter endringen. Situasjonen skiller seg på den måten fra situasjonen i «Presstext», hvor kontrakt er inngått, konkurransen er avsluttet og det ikke lenger kan skje noen tilpasning. Dette gjør at den siste situasjonen ikke vil ha samme betydning i en konkurranse med forhandling som den har etter inngått kontrakt.<sup>115</sup> Fordi dette siste momentet ikke får betydning i konkurransefasen, så vil det også tale for at det er en videre adgang til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget før inngåelse av kontrakt, enn etter.<sup>116</sup>

I tillegg til momentene som er utledet fra «Presstext», tilsier prinsippet om forutberegnelighet at det heller ikke kan gjøres endringer som fører til at noen av deltakerne i konkurransen likevel ikke har mulighet til å være med videre. Dette innebærer at endringene som blir foretatt ikke kan påvirke anskaffelsen mer enn at det er de samme tilbyderne som ville deltatt i konkurransen uten endring, som er med i konkurransen etter endring.

At endringen ikke må være konkurransepåvirkende er et utslag av forutberegnelighet- og likebehandlingsprinsippet, og er ment å forhindre at oppdragsgiver misbruker sin endringsadgang. Dersom slike endringer var tillatt, ville det vært et brudd på prinsippene i LOA § 4, og et hinder for fri flyt av varer og tjenester, fordi tilbydere som kunne deltatt med endringen ble hindret fra dette.

### **6.3.2 Endringen ville gitt andre tilbydere adgang**

Hvilke krav som stilles til tilbyderne påvirker hvem som kan delta i konkurransen, og en endring vil være vesentlig dersom den fører til at tilbydere som ikke ble ansett som kvalifiserte i utgangspunktet, kunne vært det etter den aktuelle endringen.

I en konkurranse med forhandling blir leverandørene kvalifisert gjennom en «prekvalifisering» der alle interesserte leverandører kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen, men kun de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver kan inngi tilbud, jf. FOA § 23-7 første ledd. Leverandørene blir vurdert etter «objektive og ikke-diskriminerende» utvelgelseskriterier og kvalifikasjonskrav som de må oppfylle.<sup>117</sup> Kravene

---

<sup>115</sup> Se også Brun m.fl., (2013) s. 526.

<sup>116</sup> Dragsten, (2013) s. 738

<sup>117</sup> FOA § 16-1 og § 16-12.

knytter seg til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og organisatoriske, økonomiske og finansielle kapasitet, og deres formål er å vurdere om tilbyderne er egnet og har evne til å levere ytelsen.<sup>118</sup> Dette kan for eksempel være krav til faglig kompetanse eller økonomisk soliditet.

Siden tilbyderne allerede er kvalifiserte når de inngir tilbud i en totrinnsprosedyre, vil det i praksis ikke være sannsynlig at oppdragsgiver foretar endringer i selve kvalifikasjonskravene. Mer relevant er imidlertid endringer som påvirker disse. Dersom en endring fører til at visse kvalifikasjonskrav ikke lenger er aktuelle, kan det resultere i at flere tilbydere vil møte kvalifikasjonskravene etter endringen.<sup>119</sup> I en slik situasjon kan det ikke utelukkes at andre kvalifiserte tilbydere ville deltatt i konkurransen om den hadde vært utlyst med den aktuelle endringen. Hvis oppdragsgiver foretar endringer som fører til at kvalifikasjonskravene ikke lenger kan anses å være relatert til, eller stå i forhold til anskaffelsen vil dette også kunne ha denne virkningen. Mest praktisk er nok dette i tilfeller der anskaffelsen reduseres, og den delen av anskaffelsen som blir fjernet krever spesielle egenskaper eller erfaring.

På samme måte vil endringer av kontraktvilkår kunne påvirke hvem som kunne vært kvalifisert eller ikke. For eksempel kan reduksjon av krav til garantier som skal stilles av tilbyderne påvirke krav til finansiering som er oppstilt som kvalifikasjonskrav.<sup>120</sup>

### **6.3.3 Endringen påvirker hvem som ønsker å delta i konkurransen**

#### **Innledning**

En endring må også ses på som vesentlig dersom den hadde vært interessant for andre tilbydere enn de som allerede er med i konkurransen, hvis den hadde vært en del av det opprinnelige konkurransegrunnlaget. Begrunnelsen er den samme som over. Hadde de potensielle tilbyderne vært en del av konkurransen, kan det ikke utelukkes at en av disse kunne inngitt det beste tilbudet. På samme måte kan hensynet til forutberegnelighet tilsi at en endring må ses på som vesentlig dersom den fører til at en tilbyder som deltar i konkurransen

---

<sup>118</sup> Goller m.fl., (2017) s. 130

<sup>119</sup> Svor, (2017) s. 118

<sup>120</sup> Svor, (2017) s. 118

ikke lenger kan eller ønsker å være med. I det følgende vil jeg vise til en rekke saker for å belyse hvor vesentlighetsterskelen ligger.

### **Endring i leveringsvilkår**

I LB-2016-035199 vurderte lagmannsretten om oppdragsgiver hadde foretatt en vesentlig endring i en konkurranse der oppdragsgiver i forhandlingene hadde forskjøvet leveringsdagen. I konkurransegrunnlaget hadde det blitt angitt at leveringsdagen ikke bør være senere enn 01.07.2016, mens det i forhandlingene ble opplyst fra oppdragsgiver at det ikke ville bli gitt trekk ved evalueringen dersom levering fant sted innen 31. desember 2016, altså et halvt år senere.

Her anførte klageren at en endring av leveranseperioden til bortimot det dobbelte måtte ses på som en vesentlig endring, og at det var en nærliggende mulighet for at endringen kunne påvirket deltakelsen.

Ved vurderingen av om endringen var vesentlig påpeker lagmannsretten at det ikke dreier seg om noe ufravikelig krav, og at endringsadgangen er særlig stor i konkurranser med forhandling som er hjemlet etter den gamle FOA 14-3 bokstav c. På den andre siden angir lagmannsretten at forskyvningen av leveringsdagen er av ganske lang varighet, og at en leveringsdag, selv om den bare er angitt som en bør-frist i utgangspunktet, er viktig for potensielle leverandører. Etter en samlet vurdering, fant lagmannsretten under tvil at endringen ikke var vesentlig, fordi tilbydere måtte regne med at en sann type endring kunne skje.

Lagmannsrettens vurdering her taler for at et viktig moment i vurderingen av hva som må regnes som vesentlig, er hvor viktig det forholdet som endres er, og størrelsen på endringen som er foretatt. Jo viktigere forholdet er, og jo større endringen er, desto større er sjansen for at endringen må anses vesentlig. Det har imidlertid blitt stilt spørsmål om resultatet av vurderingen i den aktuelle saken er riktig, fordi en så stor forskyvning av leveringsfrist generelt vil kunne påvirke potensielle leverandørers mulighet og interesse for å inngi tilbud.<sup>121</sup> En leverandørs kapasitet kan endre seg mye på et halvt år, og disse bemerkningene til avgjørelsens resultat synes derfor berettiget.

---

<sup>121</sup> Strömbom og Hovelsen, (2016)

Endring av leveringsvilkår etter tilbudsfristen har gått ut, kan også gjøre at den økonomiske balansen blir endret i favør av leverandør. Et eksempel er at det i det opprinnelige konkurransegrunnlaget er oppstilt vilkår om at leverandøren må betale dagmulkt hvis det oppstår forsinkelser. Dersom oppdragsgiver endrer kontraktsvilkårene under forhandlingene, slik at leverandør ikke lenger skal straffes med dagmulkt ved forsinkelser, vil risikoen for eventuelle tap og utgifter ved forsinkelse gå over på oppdragsgiver. I tilfeller som dette kan det ikke utelukkes at konkurransen kunne vært interessant for andre tilbydere, dersom den hadde vært utlyst med den aktuelle endringen.

### **Kontraktens art**

Dersom selve kontraktytelsen blir endret, kan dette også medføre en vesentlig endring. For eksempel dersom oppdragsgiver har skrevet i kunngjøringen at det skal anskaffes epler, og senere endrer dette til pærer. Det er klart at i et tilfelle som dette, hvor man bytter ut kontraktens hovedytelse, så vil det føre til at andre tilbydere kunne hatt interesse av å være med i konkurransen, eller tilbydere som er med i konkurransen ikke lenger har mulighet til dette.

Illustrerende er EU-domstolens avgjørelse i sak C-496/99 (Succhi di Frutta) der betalingsformen ble endret fra epler til fersken etter tildeling av kontrakt. Her uttaler domstolen at oppdragsgiver ikke kan endre vilkår i konkurransegrunnlaget «som ville have gjort det muligt for de bydende at afgive et væsentlig andet bud.»<sup>122</sup> Dette er også i tråd med ordlyden i direktivets fortale avsnitt 81, som sier at en endring vil være vesentlig dersom den fører til at anskaffelsen dreier seg om noe «materially different». En endring som bytter ut en av kontraktens hovedytelser, vil nok ikke være påregnelig for leverandørene, og derfor vil den fort regnes som vesentlig.

### **Betydelig utvidelse**

En anskaffelse som øker i omfang vil også kunne være vesentlig.<sup>123</sup> Konkurransen kan da bli interessant for tilbydere som syntes at den var for liten i utgangspunktet, i tillegg vil en betydelig utvidelse kunne føre til at mindre leverandører som er med i konkurransen ikke lenger vil ha forutsetninger til å levere. En endring utvider anskaffelsen hvis det skal ytes mer

---

<sup>122</sup> C-496/99 avsnitt 116

<sup>123</sup> C-454/06 «Presettext» avsnitt 36

enn det som allerede er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Dette kan for eksempel være endringer som fører til at avtalen skal vare lenger enn beskrevet i utgangspunktet, ved levering av et større kvantum eller endringer som innebærer at det skal leveres tilleggsytelser som ikke fulgte av det opprinnelige konkurransegrunnlaget. Hva som må regnes som vesentlig avhenger av hva man sammenholder endringen med, og en endring fra 1 til 10 vil lettere anses vesentlig enn en endring fra 101 til 110.<sup>124</sup>

Illustrerende er sak 2015/57 (Trøgstad kommune) som gjaldt endringer i inngått kontrakt. Anskaffelsen gjaldt utvikling av 12 omsorgsboliger, og i tillegg hadde oppdragsgiver et ønske om å inngå kontrakt om 12 omsorgsboliger til. Fordi det enda ikke var inngått noen kontrakt kom nemnda til at det ikke forelå noen ulovlig direkte anskaffelse, men påpekte at en dobling av ytelsen, som i dette tilfellet, ville utgjort en vesentlig endring.<sup>125</sup>

Siden konkurranse med forhandling er en prosedyre som er egnet for kompliserte anskaffelser, vil oppdragsgiveren kanskje ikke ha klart å fullt ut utferdige en dekkende kravspesifikasjon før konkurransen publiserer. Konkurransegrunnlaget kan derfor forutsette at det skal skje en relativt stor utvikling av prosjektet i forhandlingene. I slike situasjoner er det forutberegnelig for tilbyderne at det vil bli behov for endringer, og det skal dermed mer til for at endringene vil være av en slik karakter at de må anses som vesentlige.<sup>126</sup>

Hva som ikke er en vesentlig utvidelse av kontrakten kan belyses av nemnda i sak 2013/128 (Statens vegvesen Region vest). Her ble det utført tilleggsytelser i form av arbeid på en liggekai på andre siden av fjorden enn den kaia kontrakten opprinnelig omhandlet. I vesentlighetsvurderingen la nemnda vekt på at tilleggsarbeidet kun utgjorde 1 % av kontraktens samlede verdi, og endringen ble ikke sett på som vesentlig.

## **Reduksjon og deltilbud**

Dersom anskaffelsen blir redusert, kan anskaffelsen være interessant for tilbydere som syntes at den var for stor i utgangspunktet. I sak C-549/14 (Finn Frogne) hadde den danske stat og leverandøren Terma inngått en kontrakt om nødnett med en verdi på 527 millioner danske kroner. Under gjennomføring av kontrakten oppstod det forsinkelser, og ingen av partene

---

<sup>124</sup> Svor, (2017) s. 129

<sup>125</sup> KOFA 2015/57 avsnitt 20-24.

<sup>126</sup> Dragsten, (2013) s. 743 og KOFA sak 2011/272 avsnitt 22 flg.

ønsket å ta ansvaret for at kontrakten ikke kunne gjennomføres. Til slutt inngikk partene forlik. Kontrakten ble begrenset til levering av radiokommunikasjonssystem, med en verdi på ca. 35 millioner kroner, og at oppdragsgiver kjøpte to serverpakker til en verdi av ca. 50 millioner kroner, som i utgangspunktet skulle leies. Domstolen avklarte blant annet i den aktuelle saken at ikke bare utvidelse, men også reduksjon i kontraktens omfang, kan utgjøre en vesentlig endring.

Illustrerende er KOFA sak 2010/7. Her fant klagenemnda at innklagede hadde brutt den gamle forskriften § 14-4 bokstav b ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ettersom det var foretatt en «vesentlig endring» av kontraktsvilkår i konkurranse nr. 2 sammenholdt med konkurranse nr. 1. I saken hadde oppdragsgiver åpnet opp for å inngi deltilbud i det endrede konkurransegrunnlaget, noe som ikke var tillatt i den første konkurransen. På denne måten var det mulig å inngi tilbud på en mindre anskaffelse enn i utgangspunktet, og dermed ble ytelsen redusert. Klagenemnda uttalte at «det avgjørende er hvorvidt den etterfølgende konkurransen fremstår som den samme anskaffelsen som den forutgående konkurransen.», jf. avsnitt 62.

Videre uttaler nemnda at fordi endringen medførte at flere leverandører hadde mulighet til å delta i konkurransen, og det således var hensynet til konkurranse som var motiverende for endringen, måtte den regnes som vesentlig.<sup>127</sup>

Den samme vurderingen må også legges til grunn dersom en oppdragsgiver under forhandlingene velger å avlyse deler av konkurransen, fordi dette i praksis også vil være en måte å redusere ytelsen på.<sup>128</sup>

Selv om det å åpne opp for deltilbud ble ansett som en vesentlig endring i foregående sak, er dette noe som må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Illustrerende er KOFA 2012/149 (Helse Midt-Norge RHF) som også handlet om en inngivelse av deltilbud var vesentlig. Nemnda konkluderte ikke helt klart i saken, men uttalte at:

Innklagede har i foreliggende sak blant annet argumentert med at slik markedet for persontransport fremstår, med mange mindre og lokale aktører på tilbydersiden, har det formodningen mot seg at leverandørene har forstått det slik at innklagede hadde til

---

<sup>127</sup> KOFA 2010/7 avsnitt 64

<sup>128</sup> Brun, (2013) m.fl. s. 297



hensikt å inngå kontrakt med kun én leverandør for hele Møre og Romsdal. Til støtte for dette er det vist til at 34 leverandører, mange av disse enkeltmannsforetak, lastet ned konkurransegrunnlaget.<sup>129</sup>

Nemnda uttaler videre:

Også her må vurderingen av vesentlighet av en dokumentert endring bero på om endringen kan antas å ha betydning for potensielle leverandører andre enn de som deltok i den første konkurransen. I lys av innklagedes anførsel kan dette fortone seg tvilsomt.<sup>130131</sup>

De ulike avgjørelsene viser at det ikke finnes noen fast grense mellom når en endring regnes som vesentlig, og når den ikke gjør det. Dette må avgjøres fra sak til sak, og man må ta i betraktning de konkrete omstendighetene i hvert enkelt tilfelle. Dette ser man tydelig i sistnevnte KOFA sak, der klagenemnda bruker det aktuelle markedet for persontransport som et tolkningsmoment, som taler mot at endringen er vesentlig. Likt for alle tilfellene er imidlertid at endringen ikke kan ha et konkurransepåvirkende resultat.

---

<sup>129</sup> KOFA 2012/149 avsnitt 78

<sup>130</sup> KOFA 2012/149 avsnitt 79

<sup>131</sup> Brun, (2013) m. fl. s. 526

## 7 Sammenfatning

Med denne oppgaven har jeg søkt å klarlegge hvilke endringer det er adgang til å foreta i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp, men før tildeling av kontrakt i en konkurranse med forhandling. Oppgaven viser at konkurranse med forhandling er en fleksibel prosedyre som tillater oppdragsgiver å foreta endringer i beskrivelsen av anskaffelsen og kontraktsvilkårene. Dette bidrar til at oppdragsgiver i stor grad vil kunne foreta anskaffelser som dekker sitt behov. På denne måten er reglene egnet til å oppnå anskaffelseslovens formål om effektive anskaffelser.

Endringsadgangen er imidlertid begrenset slik at det ikke er tillatt å endre tildelingskriterier og absolutte krav, eller foreta vesentlige endringer. Ved vurderingen av hva som utgjør en vesentlig endring vil det være avgjørende om endringen åpner opp for andre tilbydere, eller gjør at deltakere i konkurransen ikke lenger har forutsetning for å være med. Det er også antatt at konkurransereglene ikke kan endres, og oppdragsgiver må ikke foreta endringer som bryter taushetsplikten. Disse begrensningene bøter på den fleksibiliteten som prosedyren gir, og sørger for at prinsippene i LOA § 4 blir fulgt, samt at kravet til fri flyt av varer og tjenester er i behold. Samlet sett virker regelverket å være resultatet av en god balansegang mellom fleksibilitet og forebygging av misbruk, og synes godt egnet til å oppnå sitt formål, jf. LOA § 1.

# Litteraturliste

## **Konvensjoner og direktiver**

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992 (EØS-avtalen)

Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007 (TEUV)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om opphevelse af direktiv 2004/18/EF (2014/24/EU)

## **Lover og forskrifter**

Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) (Opphevet)

Forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

Lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

## **Forarbeider**

NOU 2014: 4 (Enklere regler-bedre anskaffelser- forenkling av det norske anskaffelsesregelverket)

Prop. 51 L (2015-2016) Om lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

## **Rettspraksis**

### **EU-domstolen**

Tilgjengelige på <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Sak C-425/14 (Ipresa Edilux Srl)

Sak C-7/11 (Caronna)

Sak C-21/03 (Fabricom)

Sak C-34/03 (Fabricom)

Sak C-16/98 (Kommisjonen mot Frankrike)

Sak C-448/01 Wienstrom

Sak C-19/00 (SIAC Construction)

Sak C-226/09 (Kommisjonen/Irland)

Sak C-368/10 (Max Havelaar)

Sak T-40/01 (Scan Office Design)

Sak C-561/12 (Nordecon)

Sak C-454/06 (Pressetext)

Sak C-250/07 (Kommisjonen/Hellas)

Sak C-496/99 (Succhi di Frutta)

Sak C-549/14 (Finn Frogne)

**Høyesterett og lagmannsrett:**

Rt. 2005 s. 1638

Rt. 2012 s. 1729 (Mika)

LG-2008-160518

LB-2010-115884

LB-2016-35199

LB-2016-039404

**Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA):**

Tilgjengelige på <http://www.kofa.no/>

Sak 2005/68 (Stord kommune)

Sak 2005/243 (Selbu kommune)

Sak 2006/76 (Uniteam International)

Sak 2008/88 (Helse Sør-Øst RHF)

Sak 2008/140 (Canon Norge)

Sak 2009/12 (Oslo kommune)

Sak 2009/33 (Meland kommune)

Sak 2009/244 (Helse Fonna HF)

Sak 2009/246 (Demokratenes Askøy II)

Sak 2009/280 (Oslo kommune)

Sak 2010/7 (Ballangen kommune)

Sak 2010/159 (Opplysningsvesenets fond)

Sak 2011/120 (Byggmester Jon O. Nyvoll)

Sak 2011/242 (AmbuTrans AS)

Sak 2011/272 (Vestviken Kollektivtrafikk)

Sak 2012/70 (Braco AS)

Sak 2012/149 (Helse Midt-Norge RHF)

Sak 2013/128 (Statens Vegvesen Region Vest)

Sak 2015/57 (Trøgstad kommune)

Sak 2016/104 (Nesodden kommune)

## **Bøker og artikler**

Amdal, Gro, «Gjennomføring av konkurranse med forhandling ved offentlige anskaffelser», *Tidsskrift for forretningsjus*, nr. 04/2004, s. 429-450

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utg. (Oslo, 2009)

Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering og juridisk metode : særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg. (Oslo, 2015)

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement : regulation in the EU and UK : Vol. 1*, 3. utg. (London, 2014)

Bakken, Espen og Nordby, Thomas, *Offentlige anskaffelser*, (Bergen, 2013)

Brun, Kristine Røed, Anne Buan, Anders Thue, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: med kommentarer*, (Oslo, 2013)

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser: regelverk, praksis og løsninger*, (Oslo, 2013)

Goller, Morten m.fl., *Anskaffelsesrett: i et nøtteskall*, 2.utg. (Oslo, 2017)

Ramse, Jostein, «EU-domstolen korrigerer norsk rettstilstand», *Juristkontakt*, nr. 2, 2014

Røstum, Helge, «Kommentar til artikkel om offentlige anskaffelser», *Juristkontakt*, nr. 3, 2014

Steinicke, Michael, *EU-udbud og forhandling*, (København, 1999)

Svor, Per Ole, *Avtalefrihet ved anskaffelser: om adgangen til å endre inngåtte kontrakter omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser*, Skriftserie: MarIus nr. 479, (Oslo, 2017)

## **Annet:**

Pind, Anders og Hennø, Lene Kristin, “Kofa og lagmannsrett bommer på jussen”, *Anbud 365*, 19. Mai 2016, <https://www.anbud365.no/kofa-og-lagmannsrett-bommer-pa-jussen/> (sist lest 08.12.17)

Strömbom, Thomas Oskar og Hovelsen, Vera, “Både lagmannsrett og Kofa hadde rett”,  
*Anbud 365*, 25. Mai 2016, <https://www.anbud365.no/debatt-pa-anbud365-bade-lagmannsrett-og-kofa-hadde-rett/> (sist lest 08.12.17)

Thue, Anders og Ellingsen, Christian Bjørtuft, “Kan vesentlige avvik forhandles bort?”,  
*Anbud 365*, 22. Juni 2017, <https://www.anbud365.no/kan-vesentlige-avvik-forhandles-bort/>  
(sist lest 08.12.17)

Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser,  
Regjeringen, 05.07.2017,  
[https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-  
/andre-kolonne/konkurransegrunnlaget/id2564257/](https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/konkurransegrunnlaget/id2564257/) (sist lest 08.12.17)