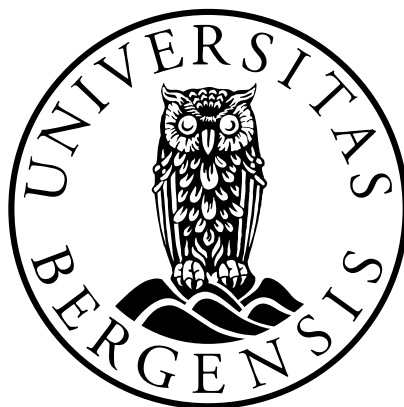


Om grensen for en betydelig utvidelse av en
kontrakts omfang etter forskriften om offentlige
anskaffelsers § 28-2 bokstav c.

Kandidatnummer: 248

Antall ord:12 587



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai. 2022

Innhold

1 Innledning.....	3
1.1 Om emnet.....	3
1.2 Problemstillingens relevans.....	4
1.3 Fremstillingen videre.....	5
2 Metode.....	6
2.1 Innledning.....	6
2.2 EU-rettslig metode.....	6
2.2.1 Formål.....	7
2.2.2 Prinsippene.....	7
2.2.3 Eldre praksis fra EU-domstolen.....	8
2.3 KOFA-praksis.....	9
3 Når foreligger en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang - rettskildebildet.....	9
3.1 Innledning.....	9
3.2 «Omfang».....	10
3.3 «utvider».....	11
3.4 «Betydelig».....	12
3.4.1 Innledende kilder; ordlyd og regelverkets system.....	12
3.4.2 Særlig om likebehandlingsprinsippet mot presumpsjonsprinsippet og formålet om effektiv ressursbruk.....	13
3.4.3 Betydningen av Pressetext-avgjørelsen.....	15
3.4.4 Endringsadgangens behandling i klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).....	16
3.4.5 Betydningen av at oppdragsgiver foretok en forsvarlig vurdering av oppdragsgrunnlaget.....	21
4 Konklusjon.....	23

1 Innledning

1.1 Om emnet

For å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser, så vel som at det offentlige opptrer med slik integritet at det gir tillit til befolkningen, har vi reglene om offentlige anskaffelser i norsk rett jf. Loven om offentlige anskaffelser § 1 (heretter Loa).¹ Regelverket sørger for at når oppdragsgivere knyttet til det offentlige inngår kontrakter om blant annet varer, tjenester eller bygg over en viss verdi, skjer dette på en konkurransefremmende og dermed ressurseffektiv måte.² For å oppnå dette formålet må anskaffelser kunngjøres slik at en konkurranse i tråd med regelverket kan gjennomføres.³ Dersom dette ikke er gjort, foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.⁴ Likeså kan det foreligge en ulovlig direkte anskaffelse der en kontrakt er inngått i tråd med anskaffelsesreglene, dersom kontrakten endres etter at anskaffelseskonkurransen er ferdig, jf. Forskriften om offentlige anskaffelser (heretter FOA) § 28-2.⁵ En slik regel sørger for at oppdragsgiver og leverandør ikke unngår regelverket ved å endre kontrakten i strid med formålet bak anskaffelsesreglene om effektiv bruk av samfunnsressurser og integritet.⁶ Dersom kontraktspartene ønsker å gjennomføre en slik endring, må oppdragsgiver foreta en ny anskaffelse. For at regelverket skal gjennomføres på en mest mulig formålstjenlig måte er det derfor avgjørende å vite hvor langt en kan gå før en endring er vesentlig og ulovlig etter forskriftens § 28-2. Formålet bak denne avhandlingen er derfor å klarlegge hvor grensen går før en kontrakts omfang er utvidet betydelig og det foreligger en vesentlig endring som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse etter anskaffelsesforskriftens § 28-2 bokstav c.

FOAs kapittel 28, «endringer i kontrakten og oppsigelse» regulerer hvilke endringer som er tillatt. Etter § 28-1 er det for eksempel ikke nødvendig å gjennomføre en ny konkurranse ved endringer som gir lavere prisendring enn terskelverdiene jf. Bokstav b. nr. 1, eller ved nødvendige tilleggsleveranser etter bokstav c dersom punkt 1-3 også er oppfylt. Dette er endringer som etter lovens system synes å være tillatt uavhengig av lovens øvrige bestemmelser.⁷ I tillegg er det eksplisitt tillatt med endringer som oppstår som følge av uforutsette omstendigheter etter bokstav d og skifte av leverandør etter bokstav e. Også disse er underlagt nokså strenge vilkår som taler for at klausulene er nøye gjennomtenkt av lovgiver, og at disse endringene tillates uavhengig av om de for eksempel utgjør en vesentlig endring etter § 28-2. I tillegg er endringer tillatt dersom det er tatt konkrete forbehold om dette, jf. § 19-1 annet ledd. Også her er det satt strenge begrensninger, blant annet om at endringsklausulene ikke kan åpne for at anskaffelsens «overordnede karakter» endres.

Vesentlige endringer er direkte regulert i § 28-1 bokstav f. Etter denne er også endringer «uavhengig av verdi» tillatt dersom de ikke er «vesentlige» jf. § 28-2. Der det er foretatt en endring er det dermed naturlig å kun vurdere § 28-2, dersom ikke de øvrige unntakene i § 28-1 kommer til anvendelse.

I § 28-2 finner vi den generelle regelen om at en endring ikke er tillatt etter § 28-1 bokstav f, dersom endringen medfører at kontraktens innhold vesentlig endres. Dette er en generell regel, som gjør at

¹ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser

² Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser § 1-1

³ FOA § 8-17 regulerer nærmere hvordan konkurransen skal kunngjøres.

⁴ KOFA-2020-119 Øygarden kommune avsnitt 47 jf. Merknadene til LOA § 12 i Prop. 51 L (2015-2016) s. 86

⁵ KOFA-2020-119 Øygarden kommune avsnitt 47 jf. FOR-2016-08-12-974

⁶ Se denne avhandlingen 2.2.1 om nærmere utbrodering av formålet bak regelverket.

⁷ Anders Thue og Anne Buan, Norsk lovkommentar til forskrift om offentlige anskaffelser, 03.11.2021

en endring kan være vesentlig, og dermed ulovlig, også utenfor virkeområde til bokstav a-d.⁸ I denne generelle vurderingen ser en bl.a. på avtaleforholdet før og etter endringen og vurderer basert på dette, om endringen er vesentlig.⁹ Dersom endringen faller inn under bokstav a-d foreligger i alle tilfeller en vesentlig endring, uansett hva som ville blitt resultatet etter den generelle vurderingen etter første ledd jf. ordlyden «en endring er alltid vesentlig dersom den...».

Etter bestemmelsens bokstav a foreligger en vesentlig endring dersom endringen gjelder nye bestemmelser som hadde hatt potensiale til at andre leverandører kunne deltatt eller vunnet konkurransen. Etter bokstav b, foreligger alltid en vesentlig endring der kontraktens økonomiske balanse endres til fordel for leverandøren. Etter bokstav d forbys skifte av leverandør som ikke er tillatt etter § 28-1 første ledd bokstav e. Og til slutt bokstav c, avhandlingens tema, forbyr endringer som utvider kontraktens omfang betydelig. Etter bokstav c foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved endringer som medfører en betydelig utvidelse sammenlignet med det som opprinnelig var avtalt.¹⁰ Som jeg kommer tilbake til i metodekapittelet gjennomfører bestemmelsen direktiv EU-2014/24¹¹ art. 72 paragraf 4 bokstav c, hvor det tilsvarende kommer frem at endringer er ikke tillatt dersom de «extends the scope of the contract or framework agreement considerably».

Ser en på praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser er det svært mange saker som dreier seg om FOA § 28-2 om vesentlig endringer, og nyere avgjørelser viser at det er mest feil knyttet til bokstav c. Regelen var tema for tolkning f.eks. i KOFA 2020-119 - Øygarden kommune, KOFA 2019-61 Lærdal kommune, KOFA 2018-7 Steigen kommune og KOFA 2017-145 - Seljord kommune, og dette er bare fra de siste årene. Ettersom avhandlingen må begrenses ut fra både mangel på tid og ordgrense, har jeg derfor valgt å avgrense oppgaven til FOA § 28-2 bokstav c, da praksis utpeker denne som det mest relevante alternativ.

1.2 Problemstillingens relevans

Ikke bare er offentlige anskaffelser generelt et relevant rettsområde i dagens rettskildebilde, men som KOFA-praksis viser trår det offentlige ofte feil når det kommer til endringsforbudet. Det dukker stadig opp nye saker i nyhetsbildet hvor en oppdragsgiver har brutt reglene om offentlige anskaffelser. E24 skrev for eksempel om Tromsø kommune i januar 2022. Kommunen hadde latt 24 rammeavtaler om innkjøp gå ut, samtidig som de hadde fortsatt å gjennomføre avrop fra disse. Kommunedirektøren anslo at de hadde handlet ulovlig for 150 millioner kroner av de utgåtte avtalene, men så ikke bort ifra at beløpet kunne være større¹². Allerede måneden etter i februar 2022, kommer det frem at forsvaret har gjort en enda større feil. Forsvaret hadde kjøpt datautstyr fra Atea til mellom 3.5 og 4 milliarder, selv om avtalen bare var på 1.2 milliarder. De hadde med andre ord handlet ulovlig for over 2 milliarder kroner¹³. Det er ikke så mye informasjon ute om detaljene i sakene, men det er tale om endring av pris og omfang i begge saker som kan tyde på brudd på § 28-2. De to sakene gir inntrykk av at brudd på anskaffelsesreglene er et stort problem. For det første handles det ulovlig for milliarder av kroner. For det andre oppstår slike brudd tilsynelatende svært hyppig, Tromsø først i januar og så forsvaret i februar.

⁸ P-2017-933 Veileder fra nærings- og fiskeridepartementet s. 330

⁹ P-2017-933 s. 330

¹⁰ P-2017-933 s. 331

¹¹ Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF

¹² <https://e24.no/naeringsliv/i/pWmnjo/tromsoe-kommune-har-avtaler-verdt-over-200-mill-som-har-gaatt-ut-paa-dato-eksperter-aldri-opplevd-lignende> (lastet ned 29.03.2022)

¹³ https://www.nrk.no/norge/legger-seg-flate_-milliardsprekk-og-regelbrudd-i-forsvaret-1.15863388 (lastet ned 29.03.2022)

Jeg kan ikke se at de to sakene er klaget inn til KOFA på deres nettsider under innkomne saker. Det ble ikke presisert i artikkelen om Tromsø kommune hva avtalen gjaldt, men Troms og Finnmark Fylkeskommune er klaget inn for ulovlig direkte anskaffelse av fergetjenester 23.03.2022¹⁴. Det kan dermed være at sakene kommer opp for KOFA, i alle tilfeller har både Tromsø kommune og Forsvaret allerede innrømmet feil.

Det er problematisk at det skjer så store og hyppige feil på dette rettsområdet. For det første virker det som et gjennomgående problem at EU-lovgivningen ikke er tilstrekkelig ivaretatt i norsk rett hvis en ser på for eksempel NAV-skandalen. Selv om regelverket på dette rettsområdet er gjennomført i tilstrekkelig grad er kanskje reglene fremdeles for godt gjemt, eller det er ikke nok kunnskap hos oppdragsgiverne. Som jeg kommer tilbake til er et av formålene bak reglene, i alle fall i nasjonal rett, effektiv bruk av samfunnets ressurser. Ved å ikke følge reglene risikerer en å kaste bort skattebetalernes penger ved å ikke bruke dem mest mulig effektivt. Ikke minst dersom saken tas videre til KOFA, og oppdragsgiver blir idømt gebyr for brudd på reglene. Gebyrene er oppad begrenset til 15 % av anskaffelsens verdi jf. Loa § 12 (3). Dersom anskaffelsen er verdt flere milliarder vil gebyrene utgjøre enorme ressurser. Velger en kommune for eksempel en lokal aktør i stedet for å følge anskaffelsesprosessen risikerer en at anskaffelsen ikke har best mulig pris i utgangspunktet, for så å måtte betale gebyr for feilen. Slik forsvinner dyrebare ressurser ut av kommunen. Dette gir lite tillit til det offentlige. Dette er ikke minst tilfellet ved vesentlige endringer *etter* kontrakten er inngått. For eksempel ved å gi en lokal aktør oppdraget basert på kriteriet om best pris og deretter i etterkant bli enig med aktøren å sette opp prisen betraktelig. Ikke bare gir dette lite integritet, men kan fort havne over i brudd på *state aid*-regler og gå over i direkte korrupsjon. State aid vil si at myndighetene gir en form for billig lån, støtte eller lignende som kan forrykke konkurransen mellom tilbyderne i en anbudskonkurranse. Dette er forbudt blant annet etter TFEU art. 107 (1).¹⁵ Arrowsmith mener i sitt verk at det også kan oppstå ulovlig state aid ved at en kontrakt er endret etter sin inngåelse, der endringene er mer gunstige for tilbyderen enn i den originale konkurransen.¹⁶ Av denne grunn er endringsforbudsreglene særlig viktige, da de sørger for at de øvrige anskaffelsesreglene ikke blir omgått ved å i etterkant endre kontrakten.

1.3 Fremstillingen videre

Før avhandlingen forsøker å gi et svar på hvor grensen går for hva som er en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang etter FOA § 28-3 bokstav c, må metoden for denne vurderingen kort gjennomgås i kapittel 2. Dette fordi det er visse særegenheter knyttet til denne bestemmelsen. Den gjennomfører EU-regelverket og jeg vil derfor si noe om EU-rettslig metode i pkt. 2.2. I tillegg stopper de fleste avgjørelser om offentlige anskaffelser i Norge ved KOFA, og jeg vil derfor ta stilling til nemndas rettskildemessige vekt i pkt. 2.3.

Deretter vil oppgaven gå rett på tolkningen av FOA § 28-2 bokstav c i kapittel 3. Utgangspunktet for vurderingen er en grundig undersøkelse av de tre vilkår bestemmelsen inneholder; «omfang» i pkt. 3.2, «utvidelse» i pkt. 3.3 og «betydelig» i pkt. 3.4. Det er særlig hva som ligger i vilkåret «betydelig» som er det problematiske, og som oppgaven primært vil sette søkelys på. Herunder vil jeg trekke fram alle relevante kilder, slik som de alminnelige norske rettskildene som ordlyd, forarbeid, rettspraksis i den grad det finnes og teori så vel som de EU-rettslige der formål og prinsipper er særlig relevante. Til slutt vil jeg i kap. 4 forsøke å samle trådene og finne fram til et svar på avhandlingens

¹⁴ <https://www.klagenemndssekretariatet.no/sak/2022-548> (lastet ned 11.04.2022)

¹⁵ Professor Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: Regulations in the EU and UK vol. 1*, 3. Utg. 2014 s. 301-302

¹⁶ Arrowsmith (2014) s. 313.

problemstilling, om det faktisk går en grense for hva som er en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang, og hvor denne eventuelt må trekkes. I alle tilfeller vil oppgaven forsøke å finne fram til hvordan regelen må tolkes, og anvendes uavhengig om det kan trekkes en slik klar grense eller ikke.

2 Metode

2.1 Innledning

Ettersom denne avhandlingen tar for seg et rettsområde der EU-retten er særlig relevant og alminnelig norsk metode ikke nødvendigvis er den gjeldende rettslige metoden er det nødvendig med en enkel gjennomgang av EU-rettslig metode. For øvrig vil jeg ta stilling til rettskildeverdien av enkelte særegne rettskilder for denne oppgaven slik som praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser.

2.2 EU-rettslig metode

Ved tolkningen av FOA § 28-2 bokstav c gjelder naturligvis de alminnelige norske metodereglene. Bestemmelsen er imidlertid en gjennomføring av direktiv EU/2014/24. Den tjener altså til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen jf. EØSl. § 2.¹⁷ Av den grunn skal den norske regelen så langt som mulig tolkes i tråd med direktivet den gjennomfører og særlig art. 72 paragraf 4 bokstav c som bestemmelsen er basert på. Dette er lagt til grunn i blant annet Rt. 2000 s. 1811: «Selv om forordninger og direktiver ikke har direkte virkning i norsk rett, har de betydning som tolkningsmomenter i forhold til norske lovbestemmelser. For norsk rett følger dette av presumsjonsprinsippet, hvoretter norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser. Innenfor EU-retten gjelder prinsippet om direktivkonform fortolkning».¹⁸ Videre er det lagt til grunn av EU-domstolen i sakene [C-106/89](#) Marleasing og [C-334/92](#) Wagner Miret: der «slo domstolen i premiss 26 og i slutningen fast at den nasjonale domstol «ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til, i videst muligt omfang, at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål»¹⁹. Høyesterett uttalte til slutt at det ikke er holdepunkter for at «prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett»²⁰. Det var i avgjørelsen derfor ikke nødvendig å vurdere om dette prinsippet gikk like langt i EØS-retten. Med dette synes det klart at det som er lagt til grunn i Marleasing og Wagner Miret-sakene også gjelder overfor EØS-retten, og dermed er relevant ved fortolkningen av anskaffelsesforskriften. I dette tilfelle er dette helt uproblematisk da ordlyden som vi vil se er så å si direkte oversatt og det er ikke noe misforhold i norsk høyesterettspraksis for eksempel og EU-domstolens praksis.

For å tolke § 28-2 bokstav c blir det derfor nødvendig å fortolke EU-regelen denne er basert på. Ved fortolkning av direktivavgjørelsen må EU-rettslig metode anvendes. I avgjørelsen C-260/17 Anodiki kommer det frem at «the law must be interpreted independent and uniform throughout the EU. That interpretation must not only rely on the wording but also the provisions context and the object of

¹⁷ Lov 27. november 1992 nr109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen o avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

¹⁸ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1826

¹⁹ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1828 jf. C-106/89, og særlig henvisning til C-334/92 avsnitt 26.

²⁰ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1829

the legislation» for å sørge for en uniform anvendelse av EU-lovgivningen.²¹ Fortolkningen av EU-lovgivningen starter dermed i ordlyden, men bestemmelsens kontekst og formål er vel så avgjørende.

2.2.1 Formål

Formålet bak EU-regelverket om offentlig anskaffelse kommer blant annet frem av direktiv 2014/24/EU. I fortalen paragraf 2 fremgår det at offentlig anskaffelse er en avgjørende del av "Europe 2020 strategy" fastsatt i "the Commission Communication" kalt "Europe 2020, a strategy for smart, sustainable and inclusive growth". Videre skal dette skje samtidig som det sikres effektiv bruk av offentlige midler, på samme tid som små og medium-størrelse bedrifter ivaretas (såkalte SMEs).

Arrowmith har slått fast at et av de overordnede formålene til EU fra dens opprettelse har vært å etablere et felles marked, og å eliminere barrierer for handel av varer mellom medlemsstatene så vel som barrierer for bevegelse av virksomheter, arbeid og kapital. Dette formålet skal være basert på at å fjerne slike barrierer vil forbedre økonomisk velferd og vekst generelt, så vel som for den enkelte medlemsstat.²² Det videre formålet, bak formålet, er derfor økonomisk vekst og velferd.

Den norske anskaffelsesforskriften er hjemlet i loven om offentlige anskaffelser. Det kommer frem av dennes § 1 at formålet med regelverket er å "fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser" og "bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte".

Regelverket om offentlige anskaffelser generelt og herunder FOA § 28-2 bokstav c, sitt overordnede formål er dermed effektiv bruk av samfunnets ressurser så vel som transparens og integritet for å sikre offentlig tillit. Dette er i tråd med det helt overordnede formålet bak EU om økonomisk vekst, og anskaffelsesregelverkets formål om effektiv bruk av det offentliges midler.

2.2.2 Prinsippene

Bestemmelsene skal også tolkes i lys av *prinsippene*. Direktiv 2014/24/EU artikkel 18 bestemmer at "[c]ontracting authorities shall treat economic operators equally and without discrimination and shall act in a transparent and proportionate manner". Overskriften for bestemmelsen heter "principles of procurement". Bestemmelsen sier noe generelt om hvordan anskaffelser skal foregå; det må skje med likebehandling, uten diskriminering, på en gjennomsiktig og proporsjonal måte. Bestemmelsen om kontraktendringer må dermed tolkes på en slik måte at prinsippene i offentlig anskaffelse ivaretas.²³

Videre fremgår det av fortalen til direktiv 2014/24/EU i paragraf 1 at tildeling av offentlige kontrakter skal skje i tråd med TFEU- traktaten for den europeiske unions virkeområde - og da særlig reglene om fri bevegelse, fri etableringsrett og friheten til å tilby tjenester, så vel som prinsippene som følger av disse som likebehandling, ikke-diskriminering, gjensidig anerkjennelse, proporsjonalitet og gjennomsiktighet. Prinsippene gjentas igjen iblant annet paragraf 90 hvor det fremgår at for å sikre overholdelse av prinsippet om lik behandling i kontraktstildeling, er oppdragsgiverne pliktig til å sørge for den gjennomsiktighet som medfører at alle tilbydere er rimelig informert om kriteriene som vil anvendes i avgjørelsen. Traktaten, og prinsippene som kan avledes av denne, danner dermed noe av det viktigste grunnlaget for reglene om offentlig anskaffelse.

²¹ Dom av 24. oktober 2018, *Anodiki*, C-260/17, EU:C:2018:864 avsnitt 25

²² Arrowsmith (2014) s. 150 flg.

²³ Arrowsmith (2014) s. 613

Derfor må direktivets regler, herunder art. 72 paragraf 4 c og derfor FOA § 28-2 bokstav c, tolkes i overensstemmelse med prinsippene. Prinsippene er for øvrig knesatt i norsk rett gjennom anskaffelsesloven § 4 som slår fast at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.

I Pressetext-avgjørelsen trekkes særlig prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet frem ved behandlingen av hva som er en vesentlig endring og dermed en ulovlig direkte anskaffelse.²⁴ Prinsippet om likebehandling ble utbrodert iblant annet de samlede saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom v Belgium*. Her gikk det frem at sammenlignbare situasjoner ikke må bli behandlet ulikt, og at ulike situasjoner ikke må behandles likt om det ikke foreligger en objektiv begrunnelse for dette.²⁵ Prinsippet er som det fremgår av både *Storebaelt*-saken²⁶ og *Fabricom* ment å sørge for effektiv konkurranse. Dersom en tilbyder får en fordel gjennom for eksempel kunnskap om konkurransen lenge før de andre, får denne forberedt seg lenger og gir kanskje et bedre tilbud. Hadde de andre fått den samme muligheten kunne noen andre ha vunnet. Dermed vinner et reelt sett dårligere tilbud, hvilket gir lite effektiv konkurranse og i sin tur dårligere anvendelse av ressurser som er et av formålene bak reglene. En slik fordel må derfor være objektivt begrunnet.

Prinsippet gjelder ikke bare forut for kontraktstildelingen. Det fremgår av sak C-16/98 at prinsippet gjelder i alle stadiene av anskaffelsesprosedyren.²⁷ En kontraktendring innebærer i realiteten at en tilbyder vinner på andre vilkår enn de som ble fastsatt i konkurransegrunnlaget. Vedkommende har dermed i lengden andre kontraktsvilkår å forholde seg til enn de andre tilbyderne, og behandles derfor ulikt fra tilbyderne som var i samme situasjon. Slike endringer ligger derfor i kjernen for hva likebehandling er ment å motvirke. Prinsippet setter dermed en skarp grense for hva som er tillatt av endringer.

På den andre siden tilsier proporsjonalitetsprinsippet at en ikke skal sette større begrensninger enn nødvendig. Det følger av generelle Eu-rettslige regler at prinsippet er styrende for de øvrige prinsippenes gjennomslagskraft. Dette innebærer at proporsjonalitet avgjør hvor langt de øvrige prinsippene rekker. Prinsippet innebærer at en handling ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå sitt formål.²⁸ Derfor kan likebehandling i utgangspunktet tillates dersom det er objektivt begrunnet som det fremgår over i tråd med *Fabricom*-avgjørelsen.

2.2.3 Eldre praksis fra EU-domstolen

Det er også nødvendig å si noe kort om vekten til dommer fra før kodifisering av endringsreglene, som nå fremgår av direktiv 2014/24/EU art. 72 og den norske regelen i FOA § 28-2. Særlig *Pressetext*-avgjørelsen i C-454/06²⁹ vil prege oppgaven på tross av at denne stammer fra før reglene ble kodifisert. Avgjørelsen var første gang det ble satt ned et eksplisitt krav om at vesentlige endringer ikke var tillatt, og momentene som nå fremgår av § 28-2 a-d ble fremhevet. Med direktivet av 2014 ble forbudet mot vesentlige endringer av en kontrakt og de fire momentene i FOA § 28-2 a-d kodifisert. Kodifisering var omtrent en ordrett gjengivelse fra *Pressetext*-avgjørelsen. Dette tilsier at avgjørelsen har stor vekt ved tolkningen av disse. For øvrig er det lite rettspraksis fra etter kodifisering i alle fall hos EU-domstolen, og ikke noe som motsier det som fremgår av *Pressetext*.

²⁴ Dom av 19. juni 2008, *Pressetext*, C-454/06, EU:C:2008:351 avsnitt 34

²⁵ Arrowsmith (2014) s. 614 jf. De samlede saker *Fabricom* C-21/03 og C/34/03 avsnitt 27

²⁶ Dom av 22. juni 1993, *Storebaelt*, C-243/89, EU:C:1993:257 avsnitt 33

²⁷ Arrowsmith (2014) s. 618-619

²⁸ Arrowsmith (2014) s. 628

²⁹ C-454/06 *Pressetext*

Det er for eksempel heller ikke noe i fortalen, som tilsier at kodifiseringen var ment å fravike det som kommer frem av avgjørelsen. Avgjørelsen har dermed stor rettskildemessig vekt på linje med enhver avgjørelse fra EU-domstolen ved tolkningen av direktivet. Dette er i tråd med de generelle prinsippene om tolkning av EU-lovgivningen.

2.3 KOFA-praksis

I tillegg til EU-rettslige metode, er det for de norske anskaffelsesreglene enkelte særegne forhold. FOA § 38-2 bokstav c er sjeldent behandlet i de alminnelige domstolene, men Klagenemnda for offentlige anskaffelser har en del saker som behandler spørsmålet. Det er vanskelig å si noe avgjørende om hva slags rettskildemessig vekt en slik avgjørelse har. I artikkelen «Tolkning av tilbud i anbudskonkurranser» uttaler forfatteren, Ekre, at vekten må være relativt begrenset da avgjørelsene ikke er bindende.³⁰ Artikkelen er imidlertid fra 2014, og fra og med 2017 fikk KOFA myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr og avgjørelsene ble rettslig bindende fra partene³¹. En slik myndighet tilsier at avgjørelsene bør vektes noe sterkere, kanskje mer i tråd med en alminnelig tingrett-dom, hvor en gjerne heller ser på om det over tid er oppstått en praksis der mange avgjørelser leder til samme resultat. Samtidig står naturlig nok Høyesterett fritt til å fravike disse avgjørelsene der de ser grunn til dette. Det er som Ekre påpeker kanskje av en viss verdi at KOFA viser mye til seg selv, at de fleste tvister avsluttes etter KOFA-behandlingen og Høyesterett har for eksempel i Rt. 2007 s. 1783 vist til KOFA for støtte til sitt standpunkt.³²

Avgjørelsene kan selvfølgelig ikke vektes i tråd med Høyesterettspraksis, men gir et godt inntrykk av hvordan reglene anvendes i det som ofte blir siste instans for slike saker. Dersom det er en rekke avgjørelser med samme resultat tilsier i alle fall dette at det foreligger en såpass stor praksis at avgjørelsene må få en viss vekt. Det må likevel bemerkes at nemndspraksis på generell basis har liten vekt. Avhandlingen vil i det hele tatt fokusere på anvende KOFA-praksis for å forsøke å finne et mønster i flere saker, heller enn å legge en enkeltavgjørelse til grunn.

3 Når foreligger en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang - rettskildebildet

3.1 Innledning

For å forsøke å få et svar på hvor grensen går før det foreligger en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang etter FOA § 28-2 bokstav c, må rettsregelen tolkes. Ettersom utgangspunktet for oppgaven er FOA § 28-2 bokstav c, er det denne jeg tar utgangspunkt i. EU regelen i direktiv 2014/24/EU art. 72 blir en del av fortolkningen av § 28-2 bokstav c som det fremgår av metodekapittelet.

³⁰ Oda Hellenes Ekre, «tolkning av tilbud i anbudskonkurranser» *lov og rett* (2014) s. 253-272

³¹ <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa> (lastet ned 29.03.2022)

³² Ekre, (2014) s. 262

FOA § 28-2 tar utgangspunkt i det overordnede spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. En vesentlig endring er ikke tillatt, fordi en vesentlig endring innebærer i realiteten en ny kontrakt som skulle blitt kunngjort i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser.³³

Det følger av bestemmelsen at det er vesentlige endringer av en kontrakt som ikke er tillatt etter regelverket, og at dette foreligger når en kontrakt blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. Videre er det listet opp fire tilfeller der det alltid foreligger en slik vesentlig endring. Disse er ikke-uttømmende eksempler på hva som kan innebære at kontrakten blir vesentlig forskjellig i bokstav a til d.³⁴ Ettersom en endring alltid er vesentlig dersom den oppfyller vilkårene i et av alternativene i bokstav a-d, kan bestemmelsen forstås som at dersom for eksempel bokstav a kommer til anvendelse ville tilfelle uansett blitt at det forelå en ulovlig vesentlig endring som resultat av en generell helhetsvurdering etter første ledd.

Av bokstav c fremgår det derfor at det foreligger en vesentlig endring dersom endringen «utvider kontraktens omfang betydelig». For det første er det kontraktens «omfang» som må være utvidet, for det andre må det foreligge en «utvidelse» og for det tredje må denne utvidelsen være «betydelig». Det er disse tre vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en vesentlig endring etter FOA bokstav c. I det følgende vil jeg derfor gå inn og tolke disse vilkårene for å avgjøre hva som ligger i bestemmelsen og dermed komme nærmere en konklusjon for om det går en grense for hva som er en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang.

3.2 «Omfang»

Det første spørsmålet er hva som kan utledes av vilkåret «omfang».

Ordet «omfang» er et nokså upresist begrep som tilsier at de fleste former for utvidelser kan omfattes. «Omfang» er synonymt med rekkevidde, størrelse, utstrekning som også taler for at alle former for utvidelser kan omfattes.³⁵ Ordets upresise karakter gir inntrykk av at det ikke er her skoen trykker, men snarere ved om denne typen endringer er betydelige utvidelser. Det er også vanskelig å se at ordet avgrenser mot tilfeller som ikke omfattes. Kontraktens beløp må klart nok omfattes, så vel som tidsperiode, men også hva avtalen går ut på og leverandøren med mer kan nok omfattes av et slikt begrep.

I forarbeidene nevnes tilfeller hvor det kan være behov for å endre en kontrakt, dette er ikke eksplisitt i sammenheng med ordet «omfang», men det er i alle fall typetilfeller hvor det foregår kontraktendringer. Her nevnes pris, parter og kontraktsvilkår.³⁶ Hvis vi ser på praksis synes dette også å være løsningen. I KOFA 2020-119 Øygarden kommune var det snakk om en utvidelse av rammeavtalens økonomiske verdi, KOFA-2018-479 gjaldt en tidsmessig utvidelse på 5 måneder. Fra EU-domstolen ble det i Pressetext-avgjørelsen diskutert både om det forelå betydelige utvidelser ved en valutaendring, og en prisendring som følge av valutaendringen.³⁷ I avgjørelsen Wall³⁸ kom også retten til at utskiftning av en underleverandør kunne utgjøre en endring, det ble lagt vekt på at underleverandøren var et avgjørende element ved tildeling av kontrakten.³⁹ Sakene taler for at de

³³ jf. Bl.a. KOFA-2019-29 avsn 37-38

³⁴ NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket s. 139

³⁵ <https://ordbokene.no/bm,nn/search?q=omfang&scope=ej> lastet ned 21.03.2022

³⁶ NOU 2014:4 s. 138

³⁷ C-454/06 Pressetext

³⁸ Dom av 13. april 2010 Wall, C-91/08, EU:C:2010:182

³⁹ Thue og Buan (2021) note 503

fleste typer utvidelser av en kontrakts omfang, omfattes av bestemmelsen, i alle fall i den grad typetilfelle i den konkrete saken er et viktig element av kontrakten.

På den andre siden er ordet «scope» brukt i art. 74 paragraf 4 bokstav c. Dette heller enda mer mot rekkevidde enn det «omfang» gjør. Dette ordet kan tilsi at visse endringer kan ekskluderes fra i alle fall bokstav c, som utbytting av arbeidstakere hvis de blir byttet ut med noen med samme kvalifikasjoner. Særlig i større firma kan vel neppe alminnelig utbytting av arbeidstakere som ikke har noe med kontrakten å gjøre som sådan være endring av dennes rekkevidde og dermed omfang. Denne typen endringer faller kanskje mer naturlig inn under bokstav a, eller den mer generelle regelen i § 28-2 første ledd.

I forarbeidene står det at hva som er en vesentlig endring, «må avgjøres konkret, og vurderingen må ta utgangspunkt i den opprinnelige kunngjøringsteksten og konkurransegrunnlaget».⁴⁰ Heller ikke dette knytter seg til begrepet omfang, men generelt hva som er en vesentlig endring. Det tilsier likevel at hva som er en endring av en kontrakts omfang, avhenger av kontrakten selv. Dette tilsier at det som er presisert i kontrakten, er det som normalt vil omfattes av begrepet. Dersom kontrakten for eksempel har angitt tid for levering, varighet av kontrakten, hva denne gjelder, pris og lignende er dette noe som kan omfattes av vilkåret «omfang». Det blir med andre ord en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

Prinsippet om likebehandling tilsier, som det kommer frem av metodekapittelet, at reglene om hva som er tillatte endringer i utgangspunktet må tolkes strengt, i tråd med likebehandlingsprinsippet. Dette tilsier at det ikke skal mye til før et tilfelle omfattes av regelens vilkår «omfang». Et slikt utgangspunkt kan medføre at en må se lenger enn hva som faktisk er nedfelt i den fysiske kontrakten. Selv om leveringsdato ikke er angitt, kan det være forhold rundt kontrakten, for eksempel når behovet for levering oppstår, som tilsier at dette må omfattes av vilkåret omfang.

På den andre siden tilsier proporsjonalitetsprinsippet at en ikke burde tolke alle mulige forutsetninger inn i kontrakten, slik at det omfattes av begrepet «omfang», der det ikke er nødvendig for å sikre at formålet bak bestemmelsen ivaretas.

Her blir det i utgangspunktet avgjørende hva som fremgår av kunngjøringsteksten og kontrakten og hva dette tilsier etter en konkret vurdering, i lys av de øvrige kildene utbrodert over. Samlet sett må det likevel være klart at de fleste typer endringer omfattes av begrepet «omfang», men slik at det i det enkelte tilfelle kan være forhold ved endringen som tilsier at det ikke omfattes.

3.3 «utvider»

Det neste spørsmålet er hvordan vilkåret «utvider» må forstås.

Ordet «utvider» tilsier at det må foreligge en forstørring av kontrakten på et eller annet vis, her knyttet til omfanget. Dette tilsier at endringen har en form for betydning for ytelsen av kontrakten eller prisen av denne. For eksempel kan en tidsforskyvning i seg selv fremstå uproblematisk, i utgangspunktet skal ikke dette ha noe å si for formålet om effektiv bruk av samfunnsressurser. Problemet er likevel at denne typen utvidelser ofte fordyrer hele kontraktsforholdet. Når levering blir forsinket kan det påvirke hele avtalen for øvrig, det kan være oppdragsgiver ikke får ytt sine tjenester i tide og dermed lider økonomisk av dette, tilbyder kan kreve ekstra betaling for oppbevaring, betaling av ansatte og så videre. Dette kommer jeg tilbake til senere i punkt 3.4.5.

⁴⁰ NOU 2014:4 s. 139

I direktivets bestemmelse art. 72 paragraf 4 bokstav c er begrepet formulert til «extends», dette gir neppe mer enn ordet utvider, da det fremstår som en temmelig direkte oversettelse. En kan kanskje likevel si at «extends» er mer vag når det kommer til om bestemmelsen også er til hinder for nedskalering av avtalen, slik at for eksempel verdien reduseres. Dette fremstår imidlertid svært anstrengt. I forhold til bokstav a har EU-domstolen likevel vurdert om en reduksjon av en kontrakts omfang kan utgjøre en vesentlig endring som medfører en ulovlig direkte anskaffelse.

I C-549/14 Finn Frogne hadde oppdragsgiver og tilbyder, etter inngått kontrakt, kommet til at de skulle redusere kontraktens omfang betraktelig. Bakgrunnen for dette var en uenighet mellom partene der gjennomføringen av kontrakten virket umulig. For å unngå å oppløse hele kontrakten ble partene derfor enige om å nedskalere hele kontrakten i stedet.⁴¹

Retten påpeker at en reduksjon kan medføre at flere tilbydere ville ha bidratt i konkurransen⁴². Etter å ha diskutert om forholdene som ledet til endringen var uforutsette omstendigheter, kommer retten til at det foreligger en vesentlig endring og derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

Saken treffer ikke § 28-2 bokstav c om betydelig utvidelse direkte, men viser i alle fall at det er gode grunner for å ikke tillatte reduksjoner heller, da dette kan komme i konflikt med andre bestemmelser, her bokstav a. Det var særlig i lys av prinsippet om likebehandling at også slike endringer ikke uten videre kunne tillattes.⁴³

Dette innebærer at bare fordi endringen innebærer en reduksjon som ikke faller direkte innenfor ordlyden «utvidelse», er den ikke nødvendigvis tillatt etter i alle fall § 28-2 som sådan. Tolkningen taler for at ved vurderingen av bokstav a kan en vurdere om en reduksjon medfører betydelige utvidelser på andre områder. For eksempel i Finn Frogne saken kan en tenke seg at nedskaleringen medførte at partene ble enige om en lengre varighet på avtalen, da prisreduksjonen medførte at en hadde økonomi til å utvide avtalen på dette området. Dersom det er usikkert om en mindre reduksjon omfattes av bokstav a, kan en kanskje se på om reduksjonen medfører andre utvidelser som kan rammes av bokstav c.

Utover dette kan det vanskelig avgrenses nærmere hva vilkåret innebærer. Det er det neste vilkåret, «betydelig», som avgjør hvor stor utvidelse eller reduksjon som er tillatt før det foreligger en ulovlig vesentlig endring og dermed også en ulovlig direkte anskaffelse.

3.4 «Betydelig»

3.4.1 Innledende kilder; ordlyd og regelverkets system

Det siste spørsmålet er hvordan vilkåret «betydelig» må forstås, og dermed når det foreligger en «betydelig» utvidelse av en kontrakts omfang. Dette vilkåret er det avgjørende vilkåret som avgrenser bestemmelsen da det er dette som definerer når en kontrakts omfang er utvidet i en slik grad at det foreligger en vesentlig endring som innebærer en ulovlig direkte anskaffelse.

Ordet «betydelig» tilsier at det skal en del til før det foreligger en utvidelse som omfattes av bestemmelsen. Ordet er relativt sterkt og er synonymt med ord som veldig, meget osv. Begrepet gir

⁴¹ Dom av 2. Desember 2015, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634 Avsn 18

⁴² C-549/14 *Finn Frogne* Avsn 29

⁴³ C-549/14 *Finn Frogne* avsn 37

dermed inntrykk av at i alle fall de små endringer ikke er ment å omfattes av bestemmelsen. Dette tilsier at det foreligger en viss terskel før en endring av en kontrakts omfang er betydelig utvidet.

Tilsvarende er direktivets begrep «considerably» like sterkt formulert. Også dette taler for at det skal mye til før det foreligger en betydelig utvidelse av kontraktens omfang.

På den andre siden fremgår det av direktivets fortale paragraf 107 andre avsnitt at enkelte modifikasjoner opp til en viss verdi alltid burde tillates, uten å gjennomføre en ny konkurranse. Det ble derfor fastsatt en de minimis grense. Det vil si en nedre grense for når endringer alltid burde tillattes, uansett begrunnelse. Grensen fremgår av forskriftens § 28-1 første ledd bokstav b (2). Verdiøkninger på under 10 % og 15 %, avhengig av kontraktstype, er alltid tillatt så fremt endringen ikke endrer kontraktens overordnede karakter. I disse tilfellene er det ikke noe behov for å vurdere § 28-2 bokstav c. Dette følger av direktivet hvor det fremgår at denne gjelder «without any need to verify whether the conditions set out under points (a) to (d) of paragraph 4 are met».⁴⁴ Selv om ordlyden tilsier at det skal en del til før det foreligger en vesentlig endring, taler regelverkets system for at det ikke skal større endringer til før den er vesentlig. Arrowsmith skriver i sin vurdering av det da kommende direktivet at det er uklart om de minimis-regelen medfører at alt over dette automatisk er en betydelig utvidelse, men at dette ikke kan være tilfellet da dette ikke fremgår klart av bestemmelsen.⁴⁵ Derfor er det nødvendig å vurdere konkret hver enkelt sak over denne grensen, om det foreligger en slik betydelig utvidelse. I alle tilfeller tilsier den nedre grensen i sammenheng med § 28-2 bokstav c «betydelig utvidelse», at det skal en del til før noe særlig over dette kan tillates. For å prøve å avgjøre hvilke vurderingsmoment som avgjør når en kan gå ut over de minimis grensen, og hvilke andre endringer som er tillatt vil jeg i neste punkt vurdere hvilke bidrag prinsippene og formålene bak regelverket gir.

3.4.2 Særlig om likebehandlingsprinsippet mot presumpsjonsprinsippet og formålet om effektiv ressursbruk

Som jeg var inne på under tolkningen av omfangsvilkåret, tilsier likebehandlingsprinsippet at det skal lite til før det foreligger en vesentlig endring. Dette gir særlig utslag overfor vilkåret «betydelig», ettersom det er denne som avgjør når en kontrakt er utvidet i omfang i en slik grad at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Prinsippet om likebehandling tilsier i realiteten at selv den minste forskjellsbehandling forårsaket av endringer bør utelukkes. Dette medfører at i alle fall ingen endringer som ikke er eksplisitt tillatt i § 28-1, slik som prisøkning høyere enn 10 % eller 15 % av den opprinnelige kontraktsverdien, bør være tillatt. Dette gjør imidlertid § 28-2 som sådan ganske innholdsløs. Dersom tillatte endringer var uttømmende regulert, ville det ikke vært noe behov for § 28-2. En slik løsning kan derfor ikke ha vært meningen. Dette medfører at noe mer enn det som er tillatt etter § 28-1 må være en lovlig endring før det fanges opp av § 28-2. Dette støttes av at det i forarbeidene fremgår at «Det kan i flere situasjoner være nødvendig eller hensiktsmessig for oppdragsgiver å gjøre endringer i en eksisterende kontrakt. Oppdragsgivers behov kan ha endret seg over tid; det kan for eksempel være ønskelig å øke mengden av varer som skal leveres utover det avtalte volumet, eller forlenge kontrakten utover den avtalte kontraktsperioden»⁴⁶. Bestemmelsen må altså ha et visst rom for anvendelse for å sørge for at visse endringer som er nødvendige eller hensiktsmessige tillates.

⁴⁴ Direktivets art. 72 paragraf 4 a-d tilsvarer FOA § 28-2 bokstav a-d.

⁴⁵ Arrowsmith (2014) s. 599

⁴⁶ NOU 2014:4 s. 138

Dette støttes av utgangspunktet fra metodekapittelet om at brudd på likebehandlingsprinsippet kan tillattes dersom bruddet, i tråd med proporsjonalitetsprinsippet, er objektivt begrunnet. Samtidig er det klart at prinsippet ikke medfører at en kan legge til grunn den naturlige språklige forståelsen av «betydelig» og tillate større endringer uten videre.

Formålet bak prinsippet om likebehandling er som tidligere lagt til grunn, målet om å oppnå effektiv konkurranse. Dette formålet må imidlertid sees i sammenheng med anskaffelsesreglenes formål som sådan ettersom prinsippet er ment å sørge for at dette formålet ivaretas. *Storebaelt* fra EU-domstolen stammer fra før kodifiseringen av art. 72, men har klart betydning ved tolkningen av bestemmelsen, da denne utgjør lovfesting av etablert praksis.⁴⁷ I deres artikkel forstår Villacís og Baquedano dommen som at reglene om forbud mot vesentlige endringer er begrunnet med at slike endringer i anbudsbetainger innebærer brudd på likebehandling. For å ivareta formålet om effektiv konkurranse og for å oppnå et felles marked, er likebehandling avgjørende. Det vil ikke være mulig å sammenligne tilbud gitt under like vilkår dersom disse endres i etterkant, og en kan dermed ikke oppnå effektiv konkurranse uten slike grenser for hva som kan endres.⁴⁸

Forskriftens § 28-2 bokstav c, og regelverket om offentlige anskaffelser generelt, sitt overordnede formål er som det fremgår av metode-kapittelet effektiv bruk av samfunnets ressurser så vel som transparens og integritet for å sikre offentlig tillit.

Likebehandlingsprinsippet er dermed et middel ment å oppnå anskaffelsesreglenes øvrige formål om effektiv ressursbruk og et åpent felles marked. Visse endringer er ikke til hinder for effektiv konkurranse, og må derfor tillates i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. I Pressetext ble for eksempel en valutaendring, og derved en avrunding av kontraktbeløpet, ikke ansett for å være en vesentlig endring som utvidet kontraktens omfang betydelig.⁴⁹ En valutaendring og en minimal avrunding av kontraktbeløpet er neppe en utvidelse som forskyver forholdet mellom de originale tilbyderne i anbudskonkurransen i så stor grad at det ville påvirket konkurransen og utfallet av denne. For øvrig hadde nok valutaendringen et objektivt formål; å forenkle gjennomføringen av kontrakten. En slik endring må derfor være tillatt i tråd med proporsjonalitetsprinsippet.⁵⁰

De norske anskaffelsesreglenes formål er i tillegg til effektiv bruk av samfunnsressurser å sikre integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.⁵¹ Dette formålet er helt i tråd med prinsippet om gjennomsiktighet som også kommer frem av lovens § 4. Formålet og prinsippet har hovedsakelig betydning for etterprøvnbarhet underveis i konkurransen gjennom publisering av konkurransen og vilkårene for kontraktstildeling, og i etterkant mulighet til å ta saken til for eksempel KOFA. Gjennomsiktighet tilsier likevel mer generelt at reglene som eksisterer må anvendes strengt. Det gir lite tillit til det offentlige om befolkningen får vite at anskaffelsesreglene er brukt løst og fortolket i vid forstand for å tillate en rekke store endringer, som lange utvidede tidsfrister eller at prisen overstiger konkurransegrunnlaget med mange millioner. Prinsippet og formålet taler derfor for en noe streng fortolkning, hvor det i alle fall ikke skal veldig mye til før en kontrakt omfang er «betydelig» utvidet. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet må en her i hver enkelt sak avgjøre hva som er ment å ivareta integritet, og derved hvor langt en kan gå utenfor de tillatte endringer og før en havner i § 28-2.

⁴⁷ C-243/89 *Stoebaelt*

⁴⁸ Ana Lucía Villacís og Ana Isabel Peiró Baquedano, *Contract modifications and the CJEU: The evolution of Public procurement Case law* (2021) EPPPL 1 på s. 79

⁴⁹ C-454/06 *Presstext* avsnitt 57 og 70

⁵⁰ C-454/06 *Presstext* avsnitt 61

⁵¹ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 1

Dette er også på linje med formålet bak § 28-2, som er ment å tillatte visse hensiktsmessige endringer.⁵² Ordlyden tolket i tråd med formål og prinsipp tilsier derfor at en kontrakts omfang kan utvides i den grad det er hensiktsmessig og objektivt begrunnet i tråd med formålet om effektiv ressursbruk uten at det kommer i veien for oppdragsgivers integritet eller likebehandlingen mellom tilbyderne.

Det kan tenkes at Tromsø kommune i 2019 inngikk en avtale om bygg av ny omsorgsbolig for eldre. Dette er et massivt prosjekt som vil koste kommunen anslagsvis 40 milliarder. Etter konkurranse helt i tråd med regelverket, inngås kontrakt med Boligprosjektøren AS. I kontrakten står det at prosjektet skal være ferdigstilt mai 2024. I januar 2024 innser Boligprosjektøren at de ikke rekker å bli ferdig før september 2024, altså 4 måneder senere enn kontrakten tilsier. Dette er klart nok en endring. Kommunen vurderer situasjonen, men kommer til at det vil koste betydelig mer å legge konkurransen ut på nytt for det resterende arbeidet, sammenlignet med å utvide kontraktens rekkevidde med fire måneder for å få prosjektet ferdigstilt. En ny kontrakt ville kostet skattebetalerne millioner mer, og ferdigstillelsen ville ikke kommet i 2024. Når en vurderer kontrakten ser en også at en utvidelse på fire måneder ikke er særlig lenge i lys av kontraktens tidsperspektiv på om lag 5 år. Dersom kontrakten inneholder forbehold om forsinkelser og konsekvenser av disse, som begrenser prisøkning som følge av kontrakten, er heller ikke prisøkning en stor fare. Selv om utvidelsen gir Boligprosjektøren en lenger frist, og dermed forskjellsbehandler dem sammenlignet med de andre tilbyderne, er denne løsningen mer proporsjonal og hensiktsmessig. Det vil ivareta formålet om effektiv ressursbruk i langt større grad å tillatte utvidelsen. For å sikre integritet sørger også kommunen for å publisere sine beregninger bak fordelene/ulempene rent økonomisk med å fortsette arbeidet versus å lyse ut en ny konkurranse. På denne måten blir også befolkningen klar over at formålene er ivarettatt, og de andre tilbyderne kan selv få mulighet til å vurdere om det er noe formål å klage kommunen inn for KOFA.

Selv om hensynet til det åpne felleseuropeiske markedet her kanskje tilsier at anskaffelses bør legges ut på nytt, er det videre målet med et felleseuropeisk marked økonomisk vekst for de enkelte statene. Dette oppnås best hvis det er noe fleksibilitet rundt reglene slik at anskaffelsesprosessen ikke koster mer enn den tjener.

Så langt tilsier formål og prinsipper at ordlyden ikke kan ignoreres fullstendig til fordel for en streng tolkning der bare de minimis-utvidelsene tillates. På den andre siden må ordlyden forstås i lys av særlig likebehandlingsprinsippet og integritet i sammenheng med proporsjonalitetsprinsippet som medfører at selv mindre endringer må begrunnes ut fra objektivitet og hensiktsmessighet.

3.4.3 Betydningen av Presstext-avgjørelsen

Vurderingen viser så langt at det ikke er noen klar grense for hva som skal til før det foreligger en betydelig utvidelse, men at dette er en helhetsvurdering i det konkrete tilfellet. Dette støttes av at det i veilederen til nærings- og fiskeridepartementet P-2017-933 står generelt at det må foretas en konkret helhetsvurdering, og at det avgjørende er om den nye kontrakten er vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kunngjøringen, slik at det i realiteten er inngått en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort.⁵³ En veileder har naturlig nok ikke stor rettskildemessig vekt, men denne viser blant annet til Finn Frogne⁵⁴ og Presstext⁵⁵ avgjørelsene fra EU-domstolen som rettskilde.

⁵² NOU 2014: 4 s. 138

⁵³ P-2017-933 på s. 330

⁵⁴ C-549/14 *Finn Frogne*

⁵⁵ C-454/06 *Presstext*

I Pressetext-avgjørelsen ble det for første gang gitt et konkret svar på spørsmålet, i hvilke sammenhenger endringer til en eksisterende kontrakt mellom en oppdragsgiver og en tilbyder regnes som å utgjøre en ny tildeling av en offentlig anskaffelseskontrakt.⁵⁶

Retten baserte sitt svar på at det overordnede formålet med offentlig anskaffelsesreglene var å sørge for fri bevegelse av tjenester og å åpne opp for uhindret konkurranse i medlemsstatene. For å oppnå dette gjelder prinsippene om ikke-diskriminering basert på nasjonalitet, prinsippet om likebehandling av tilbyderne og kravet om gjennomsiktighet avledet fra dette. På bakgrunn av dette lister retten opp temmelig ordrett det som nå er direktivets art. 72 paragraf 4.⁵⁷

Helt konkret vurderte retten blant annet om en opprunding av kontraktens verdi i sammenheng med en valutaendring var en betydelig utvidelse. Her uttaler retten at det er klart at "the price is an important condition of a public contract".⁵⁸ Videre at å endre et slikt vilkår etter kontrakten er inngått, uten at kontrakten selv uttrykkelig åpner for en slik endring, kan innebære et brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.⁵⁹ Likevel påpeker retten at en slik opprunding kan være tillatt dersom endringen er minimal og objektivt begrunnet. En slik objektiv begrunnelse foreligger der endringer legger til rette for en letting av gjennomføringen av kontrakten, for eksempel med å forenkle faktureringsprosedyren.⁶⁰

Avgjørelsen gir særlig bidrag til hvordan en skal vurdere hva som er en «betydelig» utvidelse av en kontrakts omfang i pengemessig verdi. For det første er prisen et viktig vilkår for en offentlig kontrakt⁶¹, og derfor kan en endring av denne bare tillates dersom endring er minimal og har et objektivt formål.⁶²

Dette er i tråd med det som kommer frem av forarbeidene om at det må foretas en konkret helhetsvurdering, og for øvrig prinsippene som tilsier at bare minimale endringer er tillatt.

Utover dette må vurderingen bygge på om endringen har en objektiv begrunnelse i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. Pressetext-avgjørelsen tilsier at hva som ligger i en objektiv begrunnelse kan være endringer som er egnet til å forbedre eller lette kontraktgjennomføringen. I Pressetext var en valutakonvertering og en opprunding som følge av dette noe som lettet gjennomføringen av kontrakten på en effektiv måte, og dermed objektivt begrunnet. Andre eksempler kan være mindre utsettelse. En utsettelse på en måned kan for eksempel sørge for at kontrakten for øvrig gjennomføres i tråd med kontraktsvilkårene, og en slipper dermed kostnadene med å gjennomføre en ny konkurranse. Avgjørelsen tilsier dermed at en må foreta en konkret helhetsvurdering, der det i alle fall for prisendringer kun er tillatt med minimale endringer, og at disse må være objektivt begrunnet.

3.4.4 Endringsadgangens behandling i klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Bestemmelsen er lite behandlet i de alminnelige norske domstolene, men KOFA har en del saker som behandler spørsmålet. Avgjørelsene vurderer ikke vilkåret «betydelig» særskilt, men heller hele

⁵⁶ C-454/06 *Pressetext* avsnitt 29

⁵⁷ C-454/06 *Pressetext* avsnitt 34-37

⁵⁸ C-454/06 *Pressetext* avsnitt 59

⁵⁹ C-454/06 *Pressetext* avsnitt 60

⁶⁰ C-454/06 *Pressetext* avsnitt 61

⁶¹ C-454/06 *Pressetext* avsnitt 59

⁶² C-454/06 *Pressetext* avsnitt 61

bokstav c. Det er likevel åpenbart at dette vilkåret er vurderingstemaet da det generelt er det som volder tvil; når er utvidelsen så stor at den er en direkte ulovlig anskaffelse?

I KOFA 2019-29 var vurderingstemaet § 28-2 bokstav a, avgjørelsen har likevel verdi ettersom bestemmelsen kan tolkes i sin kontekst i tråd med EU-rettslig metode. Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om kystverkets kjøp av droner og tilhørende utstyr innebar en ulovlig direkte anskaffelse grunnet endring av kontrakt etter gjennomført anbudskonkurranse. Det var flere punkter ved avtalen som ble påklaget, men det var til slutt forskyvning av leveringstidspunkt som ble avgjørende for klagenemnda. I konkurransegrunnlaget ble det oppstilt flere leveringsfrister, angitt med konkrete datoer. Til slutt var de ulike leveringsfristene forskyvet med 16, 14, 19, 47 og 50 uker. Klagenemnda konkluderte med at selv om det var enkelte forbehold i konkurransegrunnlaget, ga fristene inntrykk av behov for hurtig levering og at endringer ikke ville være betydelige. Utsatt levering på flere måneder var derfor ikke innenfor en rimelig forståelse av konkurransegrunnlaget. Etter dette kom klagenemnda til at det forelå en endring og vurderte om noen av unntakene i § 28-1 kunne være aktuelle. Disse viste seg å ikke være aktuelle og nemnda vurderte deretter bokstav a, som de kom til at var oppfylt ettersom leveringstidspunkt kan være avgjørende for om en leverandører vil delta.

Avgjørelsen sier noe generelt om hva som ligger i ordet "endring". Dette er relevant også for bokstav c, ettersom endring av leveringstidspunkt også kan omfattes av denne. Nemndas vurdering viser at forbehold i konkurransegrunnlaget om endringer, vil være av betydning, men kan ikke anvendes som unnskyldning for enhver endring. Her må konkurransegrunnlaget leses i sin kontekst: når fristene er konkrete og gir inntrykk av behov for hurtig levering, vil en endring på flere måneder ikke være innenfor et generelt forbehold om at fristene er tentative. Dette tilsier i tråd med det som er lagt til grunn så langt at hva som ligger i en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang, må vurderes ut fra konkurransegrunnlagets premisser, og hva denne gir leverandørene rimelig grunn til å anta om omfanget. Dette taler for at hva som er betydelig er en relativ faktor, som avhenger av konkurransegrunnlagets kontekst.

I saken KOFA 2020-119 Øygarden kommune, hadde kommunen gjennomført konkurranse om rammeavtaler for håndverkertjenester for blant annet elektriker, filter og ventilasjon, grunnarbeid og vegvedlikehold, glassmester mm. Det var i kunngjøringen angitt et estimat for hvert fagområde for forbruk per år. Videre var det uttalt uttrykkelig at rammeavtalen ikke ville gjelde store byggeoppdrag, med eksempelvis verdi på over kr 500 000.

Klager anførte at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse for rammeavtalene for "*Elektrikar*", "*Filter og ventilasjon*", "*Service og vedlikehold av heis*", "*Røyrleggar*", "*Malar/golvleggar*", "*Tømrrar*", "*Grunnarbeid og vegvedlikehold*" og "*Glasmeistar*". Klagenemnda startet med å vise til at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse når en anskaffelse ikke er kunngjort, men det foreligger en kunngjøringsplikt og at dette inkluderer vesentlige endringer i kontrakten fra det som ble opprinnelig kunngjort.⁶³ I slike tilfeller foreligger en ny kontrakt, som dermed skulle vært kunngjort etter regelverket.

Nemnda vurderte først rammeavtalen for grunnarbeid og vedlikehold. Tilsvarende KOFA-2019-29 slår klagenemnda fast at den estimerte verdien på seks millioner kroner for rammeavtalens løpetid på fire år, ikke endres med et forbehold om at omfanget av tjenestenes verdi kan variere mye fra år til år. Klagenemnda begrunner her ikke sin avgjørelse ytterligere, men konstaterer at de tolker dette til å gjelde volum lavere enn estimert.

⁶³ jf. Bl.a. merknadene til anskaffelseslovens § 12 i Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser

Det er også her trolig omstendighetene rundt kontrakten som leder til en slik tolkning. Reglene for anskaffelse er såpass klart formulerte, at dersom det var meningen å ta et forbehold om en større økning burde dette vært gjort mer eksplisitt. I tillegg følger det av kontrakten at større byggeoppdrag med verdi på eksempelvis over kr 500 000 (for et enkelt fagfelt) vil falle utenfor kontrakten. Da er en naturlig tolkning av forbeholdet at den knytter seg til mindre endringer, og da særlig for lavere volum enn antatt.

Det viser seg at beløpet det er kjøpt for er samlet 15 ganger så høyt som den estimerte verdien, og dermed "utvidet betydelig" ifølge klagenemnda. Etter dette konkluderer nemnda med at det foreligger et brudd på FOA § 28-2 ettersom en betydelig utvidelse av konkurransegrunnlagets omfang alltid er en vesentlig endring etter bokstav c. For øvrig viser de til at dersom det hadde fremgått et mer realistisk estimat i konkurransegrunnlaget ville det kunne ført til deltagelse fra andre potensielle leverandører jf. Bokstav a.

I denne vurderingen er også KOFA temmelig knapp. Det ser ut til at en økning av verdigrunnlaget på 15 ganger originalbeløpet er så omfattende at det klart faller innenfor bokstav c's betydelige utvidelse. Det foretas i alle fall ingen uttrykkelig nærmere vurdering av tolkningsgrunnlaget. Det må derfor antas at med i alle fall en økning på 15 ganger estimatet i konkurransegrunnlaget i den senere kontrakten foreligger en betydelig utvidelse, uten at dette gir noen særlige bidrag til hva som er en betydelig utvidelse.

Dette er så langt helt i tråd med det som fremgår av vurderingen så langt. Det skal normalt lite til før en endring innebærer en betydelig utvidelse, og i så tilfelle må utvidelsen begrunnes objektivt. Endringer på 15 ganger originalestimatet er åpenbart et brudd på regelen. Det er vanskelig å se at en så stor økning noen gang kunne objektivt begrunnes. I realiteten gir nok avgjørelsen lite til noen tolkning av hva som ligger i ordet betydelig, som en endelig grense, men taler i tråd med forarbeidene for at dette er en konkret vurdering. I tillegg viser avgjørelsen at det ved denne vurderingen kan legges vekt på forbehold, men at de må være langt klarere fastsatt enn det som var gjort i denne saken. At ordet «estimat» befinner seg i kontrakten, er ikke tilstrekkelig.

Videre vurderer også KOFA om det foreligger en direkte anskaffelse for rørleggertjenestene. Her var estimatet på 600 000 kroner hvert år og avtalen løp i fire år. Dette vil si et estimat på 2 400 000 i løpet av fire år, reelt sett ble det kjøpt for 5 879 462, altså om lag en million mer enn det dobbelte av estimatet. Utvidelsen er mye mindre enn utvidelsen på 15 ganger estimatet for rammeavtalen for grunnarbeid og vedlikehold. Klagenemnda kommer likevel til at også dette er en betydelig utvidelse, uten noen videre begrunnelse her heller. Dette innebærer at også en utvidelse på det dobbelte kan være en betydelig utvidelse. Heller ikke her tolker klagenemnda hva som ligger i en betydelig utvidelse, men viser heller til at så lenge utvidelsen er betydelig, er ikke andre momenter som likebehandling og forutberegnelighet av betydning. I dette ligger det nok at ved en så stor utvidelse, tilsier ikke prinsippene at det må foretas noen nærmere vurdering hverken den ene eller andre veien da dette åpenbart fanges opp av ordlyden. Disse momentene blir dermed heller avgjørende i grensetilfellene. For øvrig synes det åpenbart at prinsippene ville forbudt en slik utvidelse uansett, ettersom en så stor utvidelse vanskelig kan objektivt begrunnes. Dette tilsier at det går en grense ved svært store utvidelser, slik som en fordobling, og at utover dette må det foretas en konkret vurdering. Det bør likevel bemerkes at dette neppe kan legges til grunn uten noen forbehold. Det kan foreligge kontrakter som er så kompliserte og inneholder så store verdier at de selv ved slike store utvidelser i den enkelte sak kan være behov for en nærmere vurdering, av om endringen er objektivt begrunnet. Dette er i alle fall i tråd med det som er lagt til grunn tidligere.

I KOFA 2019-61 Lærdal kommune var spørsmålet om kommunens innkjøp av maskinentreprenørtjenester innebar en direkte ulovlig anskaffelse. I konkurransegrunnlaget var det gitt et estimat på inntil kr 4 500 000 for en periode på fire år, med forbehold om at dette var et

overslag basert på egen kunnskap om pris og planlagt aktivitet. For maskinentreprenørtjenestene lå estimatet på kr 1 500 000. Nemnda hadde bare kompetanse til å avgjøre avropene for de to siste årene, 2017 og 2018. Disse var på kr. 15 887 192 til sammen.

Det må bemerkes at saken gjaldt forskriftens del II, det vil si anskaffelser under EØS-terskelverdi. Nemnda bemerket likevel at del III, og dermed § 28-2 vil ha betydning også ved vurderingen etter del II. Det kan dermed ikke legges alt for stor vekt på avgjørelsen, utenom som en mer generell tolkning av § 28-2. Adgangen til endring er ifølge nemnda selv noe videre etter del II, og § 28-2 bokstav c blir derfor mer et utgangspunkt for nemndas tolkning, heller enn en avgjørende skranke.

Avgjørelsen er likevel et godt moment i tolkningen av § 28-2 bokstav c, da den går grundigere til verks enn de to forrige nevnt over. Nemnda påpeker at det foretas en konkret sammenligning av avtaleforholdet før og etter endringen. Her viser nemnda til Pressetext som rettskilde, hvilket gir tolkningen større rettskildemessig verdi.

Innklagde anførte i denne sammenheng at estimatet ikke måtte tolkes snevert, men i sammenheng med kunngjøringen og konkurransegrunnlaget for øvrig og at forbruket dermed var påregnelig. Klagenemnda mente derimot at estimatet på kr 1 500 000 var tydelig angitt og at eventuelle forbehold måtte ha kommet fram tydeligere. Dermed konkluderte nemnda med at differansen var betydelig. Det påpekes også her at formålet bak forbudet om betydelige utvidelser er ikke å sikre likebehandling og forutberegnelighet til den originale anskaffelsen, men heller å sikre at et etterfølgende behov for nye anskaffelser gjøres gjenstand for konkurranse.⁶⁴ Nemnda viser til KOFA-2016-196 premiss 37 som støtte for sitt argument. I denne avgjørelsen fra 2016 tolker KOFA Pressetext, til at man må vurdere kontrakten slik den ser ut før og etter endringene, og at det ikke er noe krav om at endringen kunne før til et annet utfall av den originale konkurransen.⁶⁵ I avgjørelsen er det skjedd en betydelig tidsmessig utvidelse av kontrakten, og da var det ikke til hjelp at den opprinnelige kontrakten inneholdt en opsjon for den typen tjenester det ble gjort avrop for etter kontrakten var utgått. Det er således ikke av betydning at den opprinnelige konkurransen ikke ville utspilt seg annerledes, og at likebehandlingsprinsippet dermed ikke er i veien for utvidelsen i forhold til den opprinnelige anskaffelse. Dette er i tråd med utgangspunktet om at en vesentlig endring regnes som en ny anskaffelse, selv om det ikke er foretatt en ny konkurranse. I denne vurderingen bør en vel heller spørre om likebehandlingsprinsippet er til hinder for å ikke lyse ut en *ny* konkurranse, slik at en forskjellsbehandlinger potensielle nye tilbydere, heller enn å se på den opprinnelige konkurransen.

Nemnda kommer i alle tilfeller som i de to tidligere sakene til at mangedoblingen av estimatet er en "åpenbar" betydelig utvidelse av omfanget til konkurransegrunnlaget. Avgjørelsen viser i tråd med det som er lagt til grunn tidligere; at det må foretas en konkret sammenligning av avtaleforholdet før og etter endringen for å avgjøre hva som er en betydelig utvidelse. Dette tilsier, som etter KOFA 2019-29, at det må avgjøres konkret hva som er en betydelig utvidelse, basert på konkurransegrunnlagets prinsipper sammenlignet med den endrede avtalen.

Så langt sier nemndspraksisen lite om hva som mer generelt ligger i vilkåret betydelig. Det er likevel et gjennomgående mønster at det skal en del til før et forbehold i konkurransegrunnlaget påvirker tolkningen av § 28-2 bokstav c. Et upresist forbehold om at prisen er et estimat eller at denne må kunne tilpasses, gir derfor neppe større rom til endring enn reglene i kapittel 28 gir. Dette er helt i tråd § 28-1 (1) bokstav a og § 19-1 andre ledd, som angir regelen om endringsklausuler. Etter denne må disse angis i anskaffelsesdokumentene, de må angis klart og i hvilket omfang og på hvilke vilkår og kan ikke endre kontraktens overordnede karakter. Så langt gir altså ikke KOFA-praksis noe særlig

⁶⁴ KOFA-2019-61 avsnitt 38

⁶⁵ KOFA-2016-196 avsnitt 36

til fortolkningen av § 28-2 bokstav c utover det som kan utledes av andre kilder. Dette har nok sammenheng med det om kan utledes av avgjørelsene; vurderingen av når en avtale er betydelig utvidet baseres helt konkret på konkurransegrunnlaget. Dermed er det vanskelig å angi noen mer konkrete tolkningsmoment enn det som så langt i avhandlingen om at en må vurdere om endringen i den enkelte sak er objektiv og hensiktsmessig, og ivaretar formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Når det gjelder tidsmessige utvidelser ser KOFA imidlertid ut til å gi noe friere rom i alle fall i nyere praksis. I KOFA-2018-479 ble for eksempel en utvidelse av kontraktens varighet med forlengelse på fem måneder tillatt.⁶⁶ Videre ble en endring der varigheten var det samme som vilkårene tilsa, men oppstart og avslutningstidspunkt endret med ca. åtte måneder, ikke ansett for å være en betydelig utvidelse av kontraktens omfang i KOFA-2019-662.⁶⁷ Det er i dommene ikke tatt eksplisitt hensyn til om det her kan foreligge brudd på prinsippet om likebehandling og formålet om effektiv konkurranse. I 2019-avgjørelsen er det likevel et poeng at endringen oppsto underveis i konkurransen. Det var her åpnet for å stille spørsmål i konkurransen hvor en da måtte ta hensyn til svar på disse, endringer og tillegg.⁶⁸ Det er dermed vanskelig å se at endringen innebar en særlig endring for vinner av konkurransen, som medførte en forskjellsbehandling overfor de andre tilbyderne. I tråd med det som er lagt til grunn så langt, ble endringen tillatt ettersom konkurransegrunnlaget tilsa at en slik endring var objektiv og hensiktsmessig.

Utvidelsen på fem måneder som ble akseptert i 2018-avgjørelsen er vanskeligere å se sammenfalle med prinsippet om likebehandling. I denne saken ble ikke leverandørene likestilt underveis i konkurransen, slik at likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet ble tilstrekkelig ivaretatt. I så fall tilsier proporsjonalitetsprinsippet at det skal mer til før endringen kan tillates, det må i alle fall være klart at endringen var objektivt begrunnet og hensiktsmessig. Fem måneder er såpass lang tid at det tilsier at vinner av konkurransen står i en bedre situasjon enn de andre som ikke fikk muligheten til å endre sine tilbud i tråd med en potensiell utvidelse. KOFA begrunner sin avgjørelse med at kontraktens vilkår, innhold eller karakter ikke er endret. Dette fremstår imidlertid ikke helt riktig. Det var kunngjort i konkurransegrunnlaget at avtaleperiodene var på så og så mange år med opsjon på forlengelse. Når kontrakten ble utvidet med ytterligere fem måneder må det i alle fall foreligge en endring i kontraktens innhold, da kontraktens innhold er basert på konkurransegrunnlaget. Det fremgår av blant annet avgjørelsen fra EU-domstolen C-526/17 at lengden på kontrakten avtalt mellom partene er åpenbarte en essensiell del av en kontrakt.⁶⁹ Basert på det som kommer fram i dommen synes det heller ikke som utvidelsen er hensiktsmessig i den grad at det ville spart samfunnet ressurser, ettersom det likevel ble utlyst ny konkurranse etter dette.

På den andre siden var avtaleperioden fire år med mulighet for opsjon på forlengelse på tre år, altså syv år totalt. Fem måneder utgjør om lag 6 % av hele kontraktsperioden inkludert forlengelsen. Dersom en ser på konkurransegrunnlaget, fremstår dermed ikke utvidelsen betydelig. For øvrig fremgår det av avgjørelsen at utvidelsen bare medførte en økning av vederlaget med 6,3 % hvilket neppe er til hinder for effektiv bruk av samfunnsressurser. Ettersom det etter utløp av utvidelsen på fem måneder ble kunngjort en ny konkurranse, var utvidelsen for øvrig trolig en nødvendighet slik at en ikke sto uten tjenestene avtalen gjaldt i denne perioden. Dette taler for at endringen var objektivt begrunnet. KOFA-avgjørelsene er svært knappe, og det er derfor vanskelig å finne begrunnelsen for deres konklusjon. Sakens omstendigheter tilsier i alle tilfeller at endringen her var så minimal at det

⁶⁶ KOFA-2018-479 avsnitt 42

⁶⁷ KOFA-2019-662 avsnitt 42-46

⁶⁸ KOFA-2019-662 avsnitt 13

⁶⁹ Dom av 18. September 2019, *Comission v Italian Republic*, C-526/17 EU:C:2019:244 avsnitt 69

neppe ville vært proporsjonalt å ikke tillate den, særlig i lys av konkurransegrunnlaget når en ser på hvor liten prosentvis utvidelse det var tale om.

Det som kan utledes av KOFA sin praksis gir støtte til det som er lagt til grunn så langt i oppgaven om at det må foretas en konkret helhetsvurdering, så fremt det ikke er snakk om en «åpenbar» betydelig utvidelse, slik som en 15-ganger økning av kontraktens verdi fra konkurransegrunnlaget. For øvrig kommer det frem at utgangspunktet for denne konkrete vurderingen er konkurransegrunnlaget og avtalen selv. Dersom det er angitt konkrete datoer for levering, eller kontrakten gir inntrykk av et behov for hastig levering skal det mer til før en forsinkelse kan tillates. Dersom prisen derimot er hovedelementet av avtalen og levering kommer mer i bakgrunnen og er mindre eksakt, kan nok en større forskyvning tillates så lenge denne ikke påvirker prisen i for stor grad.

3.4.5 Betydningen av at oppdragsgiver foretok en forsvarlig vurdering av oppdragsgrunnlaget

Det er gjennomgående skrevet lite om kontraktendringer, men Skeie har i sin forklaring av endringsreglene i offentlige anskaffelser, presisert at endringsadgangen er snever.⁷⁰ Så langt er Skeie i tråd med det som er klarlagt så langt fremstillingen.

Skeie er videre inne på hva som kan være problematisk med tidsmessige endringer. Forsinkelsen i seg selv fremstår kanskje først uproblematisk, men realiteten er at følgene av en forsinkelse ofte fører med seg ytterligere endringer. Det kan gi rett på tilleggsbetaling, det kan medføre ytterligere kostnader til for eksempel leie av lokale, eller leie av utstyr så vel som personell.⁷¹ Når dette samler seg opp, kan en fort havne over de tillatte 10 % og ut i territoriet for betydelige utvidelser. Dette tilsier at når en vurderer en tidsmessig endring, må en ikke bare se på for eksempel hvor mange måneder avtalen ble utvidet, men også om dette fikk noen konsekvenser for gjennomføringen av avtalen for øvrig. Dersom en utvidelse på ti måneder reelt sett ikke medførte noen prisendring, og var objektivt begrunnet og for øvrig ikke problematisk kan det være den ikke er en betydelig utvidelse. Mens en utvidelse på en måned som drastisk endret prisen og forskjøv gjennomføringen av hele kontrakten kan derimot være et brudd på anskaffelsesreglene. Ved vurderingen av om endringen er en betydelig utvidelse burde en derfor også vurdere konsekvensene endringen innebærer. Igjen er det logiske utgangspunktet for denne vurderingen konkurransegrunnlaget og avtalen.

Skeie skriver videre at hun mener KOFA trolig vil være forsiktige med å sanksjonere oppdragsgivere som har foretatt en forsvarlig vurdering av oppdragsgrunnlaget, hvor det likevel har oppstått behov for endringer.⁷² Denne antagelsen er ikke begrunnet i noen kilder, og viser ikke til noen KOFA-praksis hvor det er foretatt en slik vurdering. Antagelsen former likevel et interessant spørsmål; Er det bare endringer som *burde* vært kalkulert for, som kan regnes som betydelig utvidelse og dermed en ulovlig direkte anskaffelse jf. § 28-2 bokstav c?

For det første er noe av problemstillingen besvart gjennom § 28-1 bokstav d som eksplisitt regulerer tillatte endringer som følge av uforutsette omstendigheter. Med andre ord omstendigheter der oppdragsgiver har foretatt en forsvarlig vurdering, men det må likevel gjøres en endring som følge av uforutsette omstendigheter. Det som er eksplisitt tillatt etter denne kan ikke regnes som et brudd på § 28-2 bokstav c. Det fremgår av bestemmelsen at endringer er tillatte når de er «nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse». Dette er likevel begrenset til når «anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret» jf. første ledd og

⁷⁰ Christina Victoria Eckhoff Skeie, "Endringsadgangen i entreprisekontrakter etter regelverket om offentlige anskaffelser", Lov og rett vol. 59, 8, 2020 . 494

⁷¹ Skeie (2020) s. 496-497

⁷² Skeie (2020) s. 498

prisøkningen «ikke overstiger 50 % av den opprinnelige kontraktsverdien» jf. andre ledd. En utvidelse på 5 millioner, på et prosjekt med en verdi på 20 millioner som følge av en uventet forsinkelse grunnet en underleverandørs overaskende konkurs vil trolig være tillatt etter § 28-1. Det er her ikke snakk om en økning på over 50 %, endringen endrer ikke anskaffelsens overordnede karakter, og omstendighetene er etter alt å dømme ikke noe en aktsom oppdragsgiver kunne forutse. Selv om tilfellet ellers fort kunne havnet i strid med § 28-2 c, ettersom utvidelsen er godt over 10 % av den opprinnelige kontraktsverdien. Dette er et tilfelle der endringen ikke burde vært kalkulert for av oppdragsgiver, og omfattes dermed av Skeies antagelse.

Ettersom FOA § 28-1 bokstav d er begrenset til en økonomisk økning på 50 % av avtalen, reguleres uforutsette omstendigheter over denne verdien i den generelle regelen i § 28-2. En prisøkning på over 50 % kommer nok fort i konflikt med flere av alternativene i § 28-2, ikke minst bokstav c om betydelig utvidelse. Da hjelper det lite at oppdragsgiver hadde foretatt en forsvarlig beregning. Dette taler for at Skeies antagelse i alle fall ikke kan gjelde uforbeholdent, så lenge oppdragsgivers vurdering var forsvarlig.

Videre tilsier forutsetningen i § 28-1 bokstav d (1), om at "anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret", at ikke enhver utvidelse som følge av uforutsette hendelser som faller utenfor § 28-1, kan være tillatt etter § 28-2 bokstav c så lenge de er det var foretatt en forsvarlig beregning. Forutsetningen om at "anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret" er gjentatt både her, og i bokstav b så vel som i § 19-1 andre ledd siste setning om endringsklausuler. Ettersom EU-regelverket de norske reglene er basert på skal tolkes i sin kontekst tilsier dette at kravet om at anskaffelsens overordnede karakter ikke endres også har betydning ved tolkningen av § 28-2 bokstav c. Dette tilsier at selv om det skulle finnes en norm om at § 28-2 bokstav c tolkes slik at det ikke foreligger en betydelig utvidelse, dersom det skjer en endring som kom på tross av at oppdragsgiver hadde foretatt en forsvarlig vurdering av oppdragsgrunlaget, kan ikke denne endringen medføre at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.

Det kan tenkes at Sula kommune, har beregnet at utbygging av en bro vil koste 30 millioner, og at oppdraget vil ta tre år. Dette er en fullstendig forsvarlig beregning. Etter en anskaffelsesprosess inngås kontrakt med Brobyggeren AS, og prosjektet kommer i gang i 2020 helt i tråd med beregningen. Alt går som det skal frem til starten av 2022. Det viser seg på dette tidspunktet at Brobyggerens underleverandør mangler materialer. Brobyggeren ser seg nødt til å skifte underleverandør. Dette tar tid, og selv med de beste forutsetninger klarer ikke Brobyggeren å skaffe materialer til en rimeligere pris enn at budsjettet sprenges med 23 %, både på grunn av materialene så vel som medfølgende utsettelse. Det viser seg at omstendigheten ikke var tilstrekkelig uforutsigbar til at den var tillatt etter § 28-1 bokstav d andre ledd og det er her tale om en utvidelse av kontraktens omfang. Ifølge normen som er skissert over skal likevel ikke endringer innebære brudd på § 28-2 bokstav c, ettersom oppdragsgivers beregninger var helt og holdent rimelige og korrekte. Forskyvningen er stor, men ikke så stor at det er snakk om å endre kontraktens overordnede karakter. I så fall burde eksempelet ikke stride med § 28-2 bokstav c, så fremt det er hold i at det burde utøves tilbakeholdenhet med å straffe oppdragsgivere som har foretatt forsvarlige beregninger.

En slik tilnærming fremstår imidlertid ikke helt i tråd med det som er lagt til grunn så langt i avhandlingen. Etter en fortolkning av § 28-2 bokstav c tilsier ordlyd, formål, prinsipper, forarbeid, rettspraksis og kontekst at det bør legges vekt på om endringen er objektiv og hensiktsmessig, og egnet til å ivareta formålet om effektiv ressursbruk ved å vurdere om likebehandlingsprinsippet er tilstrekkelig ivarettatt. Det er dette som burde avgjøre om endringen i den enkelte sak burde tillattes eller ikke, snarere enn en generell norm om at en burde være forsiktig med å straffe en oppdragsgiver som har foretatt en forsvarlig vurdering. Dersom vurderingen fremstår forsvarlig og tilfellet ligger tett opp mot § 28-1 bokstav d, kan selvfølgelig alle vurderingsmomentene over tale for

at endringen burde tillattes. Det avgjørende er at disse momentene faktisk vurderes. Noen ganger kan oppdragsgiver ha foretatt en helt forsvarlig beregning, men størrelsen på endringen kan tilsi at den fremdeles ikke er objektivt begrunnet og ivaretar likebehandlingsprinsippet i tilstrekkelig grad. I så fall ville det stride mot en alminnelig tolkning av § 28-2 bokstav c å tillatte endringer.

Dette betyr naturligvis ikke at Skeie mente at KOFA fritt kan tillatte endringer etter § 28-2 bokstav c som ikke er regulert av § 28-1, så lenge en oppdragsgiver hadde gjort en rimelig beregning. Men det viser i alle fall at fokuset på vurderingen burde være hva som er hensiktsmessig og objektivt begrunnet i tråd med likebehandlingsprinsippet og formålet om effektiv ressursbruk i den enkelte sak. Hvor «uskyldig» oppdragsgiver er, fremstår av mindre betydning.

Konklusjonen er at det ikke generelt kan anvendes en norm om at det bare er endringer som burde vært kalkulert for som kan omfattes av § 28-2 bokstav c's "betydelig utvidelse", uten å foreta en helhetsvurdering som inkluderer hva som er objektivt, hensiktsmessig og i tilstrekkelig grad ivaretar bestemmelsens formål og prinsipper.

4 Konklusjon

Det er etter en gjennomgang av rettskildebilde på området klart at det ikke kan trekkes opp noen klar grense for hva som er en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang. I stedet må det foretas en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak, der det vurderes hvorvidt endringen som ble foretatt var en "betydelig" "utvidelse" av kontraktens "omfang".

Avhandlingen viser at de fleste former for utvidelser omfattes av bestemmelsen, men at kjerneområde er verdimessige og tidsmessige utvidelser, og at det i hovedsak er forstørringer som omfattes. Det springende punkt vil normalt være om utvidelsen er "betydelig". Her viser avhandlingen at ordlyden er nokså vid og tilsier at det skal en del til før en utvidelse er betydelig. Regelens kontekst og da særlig de minimis-regelen i § 28-1 første ledd bokstav b nr. 2, tilsier derimot at det normalt ikke skal større endringer til før de foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Dette styrkes av likebehandlingsprinsippet og formålet om effektiv ressursbruk. På den andre siden tilsier proporsjonalitetsprinsippet at dersom en endring er objektivt begrunnet, og ikke i veien for å oppnå formålet om effektiv ressursbruk, er det større rom for endring.

I Pressetext-avgjørelsen kommer det frem at pris er en viktig del av avtalen, og i tråd med likebehandlings- og proporsjonalitetsprinsippet, at endringer av denne derfor må være minimal og objektivt begrunnet. En kan forstå dommen slik at endringer av det som fremstår som en viktig del av avtalen, bør være minimale og må begrunnes objektivt. Videre kom det frem av dommen at endringer som forenkler gjennomføringen av avtalen, kan være objektivt begrunnede endringer, som kan tillattes.

At det er det som med utgangspunkt i avtalen som fremstår viktig som særlig begrenser endringsadgangen støttes av praksis fra KOFA. Gjennomgangen av nemndavgjørelsene viser at det er konkurransegrunnlaget og avtalen selv som utgjør utgangspunktet for vurderingen av om en endring innebærer en betydelig utvidelse. Er for eksempel leveringsdato eksplisitt angitt i avtalen og dette var et avgjørende krav i konkurransegrunnlaget, kan bare minimale utsettelse godkjennes og de må begrunnes objektivt. Er prisen derimot formulert i konkurransegrunnlaget som et mindre viktig vilkår og er mer diffust formulert i avtalegrunnlaget, er det nok større rom for endring. Videre tilsier nemndpraksisen i tråd med FOA § 28-1 første ledd a jf. § 19-1 annet ledd, at dette utgangspunktet

ikke forrykkes av at det er tatt et vagt formulert forbehold. Skal forbehold påvirke denne vurderingen må det være konkret og klart formulert.

En gjennomgang av Skeies påstand om at en bør være forsiktig med å ikke godta endringer som oppsto på tross av oppdragsgivers forsvarlige vurdering ledet ikke fram. Skeie påpekte imidlertid også at en bør være forsiktig med selv mindre endringer på bakgrunn av påvirkningen slike endringer kan ha på gjennomføringen av avtalen før øvrig. Dette er et godt begrunnet poeng. Dersom endringen fremstår minimal og objektivt begrunnet, bør en også vurdere om den påvirker andre deler av avtalen. En mindre leveringsutsettelse som i seg selv ikke fremstår i strid med § 28-2 bokstav c, kan fort føre til økte utgifter til leie av lokale, eller forsinket levering til andre igjen for oppdragsgiver.

Konklusjonen er at det ikke kan trekkes noen klar grense for når det foreligger en betydelig utvidelse av en kontrakts omfang. Avhandlingen viser imidlertid hvilke tolkningsmoment en kan legge vekt på i denne vurderingen. Vurderingen er en konkret helhetsvurdering, der utgangspunktet er at kun minimale endringer kan tillattes, men ved et visst slingsringsmonn for objektivt begrunnede endringer der formålet om effektiv ressursbruk og likebehandlingsprinsippet tillater det. Videre er det viktig å anvende konkurransegrunnlaget og avtalen selv som utgangspunktet for denne vurderingen, og undersøke om resten av avtalen påvirkes av endringen.

Kilderegister

Lover, forskrifter, direktiv

- Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser
- Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser
- Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF
- Lov 27. november 1992 nr109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen o avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

Forarbeid og lignende

- P-2017-933 Veileder fra nærings- og fiskeridepartementet
- NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket
- Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser

Nedlastninger fra nettsted

- <https://e24.no/naeringsliv/i/pWmno/tromsoe-kommune-har-avtaler-verdt-over-200-mill-som-har-gaatt-ut-paa-dato-eksperter-aldri-opplevd-lignende> (lastet ned 29.03.2022)
- https://www.nrk.no/norge/legger-seg-flate_-milliardsprekk-og-regelbrudd-i-forsvaret-1.15863388 (lastet ned 29.03.2022)
- <https://www.klagenemndssekretariatet.no/sak/2022-548> (lastet ned 11.04.2022)
- <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa> (lastet ned 29.03.2022)
- <https://ordbokene.no/bm,nn/search?q=omfang&scope=ei> (lastet ned 21.03.2022)

Rettspraksis

- Rt. 2000 s. 1811
- Dom av 24. oktober 2018, *Anodiki*, C-260/17, EU:C:2018:864
- Dom av 13. november 1990, *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395
- Dom av 16. Desember 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, EU:C:1993:945
- Dom av 19. juni 2008, *Presstext*, C-454/06, EU:C:2008:351
- Dom av 13. april 2010 *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182
- Dom av 3. mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127
- Dom av 5. Oktober 2000, *Comission v France*, C-16/98, EU:C:2000:541
- Dom av 2. Desember 2015, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634
- Dom av 22. juni 1993, *Storebaelt*, C-243/89, EU:C:1993:257
- Dom av 18. September 2019, *Comission v Italian Republic*, C-526/17 EU:C:2019:244

Nemndspraksis

- KOFA-2020-119
- KOFA-2017-145
- KOFA-2018-7
- KOFA-2019-29
- KOFA 2019-29
- KOFA 2020-119
- KOFA 2019-61

- KOFA-2016-196
- KOFA-2018-479
- KOFA-2019-662

Litteratur

- Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement: Regulations in the EU and UK vol. 1, 3*. Utg. Sweet & Maxwell 2014
- Eckhoff Skeie, Christina Victoria "Endringsadgangen i entreprisekontrakter etter regelverket om offentlige anskaffelser", Lov og rett vol. 59, 8, 2020
- Ekre, Oda Hellenes «tolkning av tilbud i anbudskonkurranser» lov og rett vol 53, utg. 5 (2014) s. 253-272
- Thue, Anders og Buan, Anne *Norsk Lovkommentar til Forskrift om offentlige anskaffelser, 2021*
- Villacís, Ana Lucía og Baquedano, Ana Isabel Peiró, *Contract modifications and the CJEU: The evolution of Public procurement Case law* DOI: 10.21552/epppl/2021/1/11
-