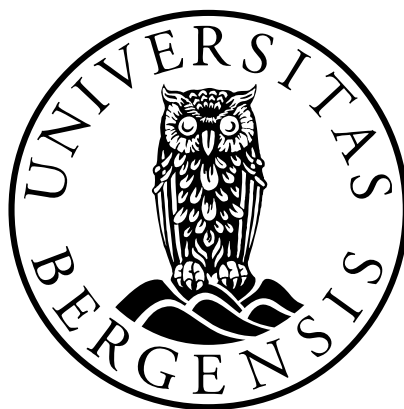


# Endringstilgangen i offentlig kontrakt

*Særlig om tillate verdiendringar i inngått  
kontrakt etter FOA § 28-1 (1) bokstav b, c og d  
og grensa opp mot vesentlege endringar etter  
FOA § 28-2*

Kandidatnummer: 118

Ord: 14993



JUS399 Masteroppgåve  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

# Innholdsliste

Innholdsliste .....	1
1 Innleiing .....	3
1.1 Tema .....	3
1.2 Føremål .....	5
1.3 Endringsproblematikk og balansering av omsyn .....	5
1.4 Rettskjelder og metode .....	7
1.5 Avgrensingar .....	10
1.6 Den vidare framstillinga .....	11
2 Fellesspørsmål .....	12
3 FOA § 28-1 .....	14
3.1 Mindre endringar, jf. § 28-1 (1) bokstav b .....	14
3.1.1 Vilkår .....	15
3.1.2 Er prisreduksjonar omfatta? .....	16
3.1.3 Den overordna karakteren av anskaffinga .....	17
3.1.4 Endringskvote .....	20
3.1.5 Oppsummering .....	21
3.2 Naudsynte tilleggsleveransar, jf. § 28-1 (1) bokstav c .....	22
3.2.1 Inngangsvilkår .....	22
3.2.2 «Tekniske eller økonomiske grunner» .....	24
3.2.3 «Betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader» .....	27
3.2.4 Verdiendringsgrense .....	28
3.2.5 Kumulative vilkår? .....	29
3.2.6 Slektskap til FOA § 13-4 bokstav c .....	31
3.2.7 Oppsummering .....	32
3.3 Naudsynte endringar som fylgje av uførutsette omstende, jf. § 28-1 (1) bokstav d. .....	32
3.3.1 Vilkår .....	33
3.3.2 Absolutte avgrensingar .....	35
3.3.3 Oppsummering av føresegna og forholdet til bokstav c .....	36
3.4 Prisindeksklausular og endringskunngjering .....	37
4 Forholdet mellom tillatne typetilfelle og FOA § 28-2 .....	39
4.1 Den heilskaplege vesentlegvurderinga, jf. § 28-2 .....	39

4.2	Grenseland mellom §§ 28-1 og 28-2 .....	40
4.2.1	Forholdet mellom vesentlegvurderinga og de minimis-regelen:.....	41
4.2.2	Forholdet mellom naudsynte tilleggsleveransar og vesentleg-vurderinga.....	43
4.2.3	Uførutsette omstende i vesentleg-vurderinga.....	44
4.3	Tankar om miljøomsyn i endringsvurderinga .....	46
5	Avslutning .....	50
	Kjeldeliste.....	51

# 1 Innleiing

## 1.1 Tema

Avhandlinga omhandlar innhaldet i og rekkevidda av endringsheimlane i Anskaffingsforskrifta § 28-1 (1) bokstav b, c og d og grensa til mot vesentlege endringar, med særlig fokus på føresegene som stiller eksplisitte verdiendringskrav.

Anskaffingsretten regulerer i hovudsak prosedyrane for gjennomføringa av offentlege innkjøp, frå planleggingsfasen til inngåing av kontrakt. Anskaffingar skal føretakast på bakgrunn av kunngjorde konkurransar, og velje leverandør på grunnlag av den lågaste prisen/kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.<sup>1</sup>

Etter at leverandør blir valt og kontrakt inngått, blir kontraktforholdet i utgangspunktet regulert av kontraktretten, slik som alle andre kontraktar. Ettersom det er ein offentlig anskaffing, grip anskaffingsretten likevel inn og spelar i dag ein betydelig rolle også etter at kontrakt er signert. Særlig gjeld dette i tilknytning etterfylgjande endringsstilgang.

Ein perfekt kontrakt vil gjennom heile kontraktperioden fungerer som eit effektivt styringsreiskap i reguleringa av avtaleforholdet. Ein kontrakt kan likevel, av gode grunnar, berre inngåast med den kunnskap og vit partane har på inngåingstidspunktet. Dersom avtalte vilkår viser seg å vere utilstrekkelige, eller ulike omstende hindrar gjennomføring, kan ulike endringsbehov oppstå.<sup>2</sup> I komplekse og/eller langvarige kontraktar kan det vere vanskeleg å føresjå alle endringsbehov og t.d. vil det ofte vere hovudregelen heller enn unntaket i entreprisekontraktar at dei ofte blir meir omfattande enn først tenkt.

Reglane om etterfylgjande endring av kontrakt var tidligare ikkje regulert i nasjonal lovgeving, men fylgde av den EU-domstolsutvikla læra om forbod mot vesentlege endringar i inngått kontrakt.<sup>3</sup> Læra inneber at dersom oppdragsgjevar etter tildeling vesentleg endrar kontrakten samanlikna med konkurransen som blei kunngjort, skal dette sjåast som ei ny

---

<sup>1</sup> Sjå Anskaffingsforskrifta (FOA) § 18-1.

<sup>2</sup> Liljenbøl og Balle, s. 388.

<sup>3</sup> Sak C454/06, *Pressetext* utgjer grunnlaget for læra.

anskaffing som må kunngjerast etter anskaffingsregelverket. Dette for å unngå at grunnlaget for kontrakttildelinga forrykkast.

Hovudregelen er at anskaffingar som har ein anslått verdi over den nasjonale terskelverdien, som p.t. er 1,3 millionar kroner, skal kunngjerast.<sup>4</sup> Ei anskaffing som ikkje er kunngjort, sjølv om det føreligg kunngjeringsplikt, er å rekne som ein ulovlig direkte anskaffing.<sup>5</sup> Dette reknast som eit særleg grovt brot på regelverket, då det unndrar kontrakten frå open konkurranse.<sup>6</sup> Konsekvensen kan vere at den reviderte avtalen er utan verknad, og gebyrkrav for brot på forskrifta kan fylgje.

EU-domstolen handsama vesentlegnorma i ei rekke saker også etter *Pressetext-saken* utan at dette synast å ha endra innhaldet.<sup>7</sup> Den ulovfesta læra, samt ytterlegare avklaringar frå EU-domstolen, er i det vesentlege fanga opp av Anskaffingsdirektivet 2014/24/EU (direktivet) og no også i Lov og Forskrift om Offentlege Anskaffingar (LOA og FOA).<sup>8</sup> Samtidig er kodifiseringa i direktivet også ei vidareutvikling av læra, ved at typetilfelle av tillate endringar også er regulert.

Spørsmålet om i kva grad partane kan framforhandle endringar i kontraktar over EØS-terskelverdiane er regulert i anskaffingsforskrifta kap. 28. FOA § 28-1 (1) bokstav a-e regulerer typetilfelle av endringar som oppdragsgjevar lovleg kan gjere utan å kunngjere ny konkurranse. Utgangspunktet for tillate endringar er at verdiendringa held seg under nærare spesifiserte grenser og ikkje endrar kontraktens heilskaplege natur.<sup>9</sup> FOA § 28-1 (1) bokstav f opnar for at også andre endringar enn dei nemnde kan gjerast, så lenge endringa ikkje er *vesentleg* etter FOA § 28-2.

Systemet kan minne om eit system som har blitt brukt i konkurranseretten, der ein har forbodsreglar som generelt krev meir analyse for å kunne konkludere om lovlegheita, men der ein har fastsett meir formelle unntaksføresegner for å auke rettsvissa. Dette kan også seiast å vere meininga med forbodsføresegnene i FOA § 28-2 og lovlege unntak i § 28-1.

---

<sup>4</sup> Terskelverdiane fylgjer av FOA § 5-3.

<sup>5</sup> Jf. Prop. 51 L (2015-2016) s. 86.

<sup>6</sup> Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 234.

<sup>7</sup> Goller, s. 260.

<sup>8</sup> Sjø t.d. C-91/08 *Wall*, C-423/07 *Kommisjonen mot Spania*, C-549/14, *Finn Frogne*, C-250/07.

<sup>9</sup> Difis rettleiar, s. 17.

*Problemet* i anskaffingsforskrifta er derimot at dei vilkåra som må vurderast i typetilfella i § 28-1, ofte ikkje gjer vurderinga noko særlig enklare eller klarare enn om ein hadde gjort vurderinga etter den gamle læra, som no fylgjer av FOA § 28-2.<sup>10</sup> Dette «skurrar» med kodifiseringas føremål om å sikre større rettsvise, jf. neste pkt.

## **1.2 Føremål**

Føremålet med anskaffingsregelverket er å fremje effektiv bruk av samfunnets ressursar, jf. LOA § 1, men det er ikkje gjedd at dette føremålet alltid vil bli ivaretatt ved å gjennomføre nye konkurransar og eventuell påfylgjande utskifting av leverandør og utstyr i staden for å endre kontrakten.

I tillegg til å lovsette den ulovfesta læra har EU-kommisjonen uttala at føremålet med kodifiseringa var enklare og meir fleksible reglar, og å sikre større rettsleg klarleik for å redusere administrative byrdar for både oppdragsgjevarar og leverandørar.<sup>11</sup> Reguleringa av typetilfelle skal t.d. sjåast som ei “trygg hamn” for visse endringar. Dette skal bidra til større rettsvise i endringstilgangen ved å sikre at skikkelig etterfylgjande kontroll.

Tanken er at færre problem vil oppstå dersom endringa skjer etter objektive kriterier. Føretakast endringar på grunnlag av kriterier partane ikkje kan påverke vil risikoen for endringars potensielle konkurransevridande verknad reduserast.

## **1.3 Endringsproblematikk og balansering av omsyn**

Tanken er at det er kontrakten slik den er konkurranseutsett som skal gjennomførast. Det å endre ein kontrakt i staden for å kunngjere ny konkurranse kan vere problematisk av omsyn til dei grunnleggande prinsippa, jf. pkt. 1.3, og forbigåtte leverandørar. Endringar kan skape usikkerheit når det gjeld kva verdi oppdragsgjevar eigentleg får for pengane. Endringar blir ofte gjort utan å vurdere om andre leverandørar kunne levert betre, og skjer utan konkurransepress, som vil kunne påverke sluttproduktet oppdragsgjevar sit igjen med etter endringane.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Thue, Buan, mfl., s. 1019

<sup>11</sup> Nærings- og fiskeridepartementet, *Høyringsnotat 2*, s. 1

<sup>12</sup> Arrowsmith, s. 578.

Endringsproblematikken oppstår vidare fordi ein finn seg i skjeringspunktet mellom anskaffingsretten og kontraktretten.

Dei kontraktrettslege reglane skal sørge for ein tilfredstillande gjennomføring av kontrakten der utgangspunktet er at partane har avtalefridom. Partane kan avtale om det skal skje erstatningar eller utvidingar av den inngåtte kontrakten, men også om den skal gjelde noko heilt nytt.

Innanfor anskaffingsretten har ein ikkje den same grad av fridom. Anskaffingsreglane skal sørge for at det beste og mest ressurseffektive tilbodet blir valt og ivareta dei grunnleggande prinsippa, jf. pkt. 1.4. Offentlege organ driv ikkje for eiga vinning, men for samfunnet og har ikkje same det same insitament til å opptre økonomisk rasjonelt som private.<sup>13</sup>

Anskaffingsregelverket avgrensar oppdragsgjevars autonomi, samanlikna med private avtalerettslige forhold.<sup>14</sup>

Kvar ein skal trekke grensa for endringstilgangen er vanskeleg å seie generelt. I alle høve må ei gresnedraging skje på bakgrunn av ei balansering og avveging av til dels motstridande omsyn.<sup>15</sup>

Gjennom å opne for reell konkurranse om offentlege kontraktar sikrar ein føremålet om effektiv ressursutnytting.<sup>16</sup> Dette vil realisere og sikre opne marknadar, som igjen vil styrke konkurranseevna og motverke korrupsjon, osv.<sup>17</sup> For å nå målet er verkemiddelet eit generelt krav om bruk av kunngjorde konkurransar basert på opne og gjennomsiktige prosedyrar.<sup>18</sup> Isolert sett trekker ivaretaking av desse omsyna langt i retning av at ein bør likestille endringar i inngått kontrakt med nyanskaffingar.

På den andre sida må det takast omsyn til dei betydelige taktiske vanskane ny anskaffingsprosedyre vil kunne medføre.<sup>19</sup> Ny konkurranse kostar både tid og pengar og kan få store fylgjekostnadar midt i gjennomføringa av eit eksisterande kontraktforhold. I mange kontrakttypar er endringar dessutan svært vanlege og vil ikkje bryte med kva marknaden

---

<sup>13</sup> NOU 2014:4 s. 65.

<sup>14</sup> Krüger, s. 61.

<sup>15</sup> Arrowsmith, s. 578.

<sup>16</sup> Simonsen, s. 416.

<sup>17</sup> Green Paper, *Public procurement in the EU: Exploring the way forward*, EU-kommisjonen 1996.

<sup>18</sup> C454/06, *Pressetext*, (31-34).

<sup>19</sup> Simonsen, s. 417.

kunne forvente av kontraktutviklinga og dermed heller ikkje i strid med omsyna til rettsvisse og likebehandling.<sup>20</sup> Dette peiker i retning av eit større rom for endring av kontraktar.

Anskaffingsprosessen skal sikre visse grunnleggande prinsippa, jf. pkt. 1.4. Desse bør så langt det er mogleg også ivaretakast i kontraktperioden, men ei altfor streng tolking av anskaffingsregelverket vil kunne føre til fråverande fleksibilitet for kontraktpartane. Dette fører nødvendigvis ikkje til betre anskaffingar, ettersom strenge tolkingar også kan stride mot føremåla om ressurseffektivitet og auka verdiskaping.

Dersom derimot kontraktretten og prinsippet om avtalefridom skulle fått fullt gjennomslag, ville partanes endringstilgang undergrave prinsippa og potensielt resultert i noko heilt anna enn den kunngjorde konkurransen søkte. For stor skjønnsfridom for oppdragsgjevar og mangel på etterprøving vil kunne stride mot leverandørane beskyttelsesverdige interesser.<sup>21</sup>

Rettsstekniske omsyn tilseier at vurderinga bør byggje på klare kriterium, slik at grensa kan føresjåast av oppdragsgjevar, men samtidig gje tilstrekkelig fleksibilitet til at ein kan fange opp dei svært mange ulike saklege endringssituasjonane som kan oppstå.

## 1.4 Rettskjelder og metode

Avhandlinga tar utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. Det sentrale forholdet mellom dei EU-rettslege og nasjonale kjeldene, og det faktum at det framleis er sparsamt med avklarande kjelder, fordrar at det er hensiktsmessig å seie noko om rettskjeldegrunnlaget.

Lov og Forskrift om Offentlege Anskaffingar (LOA og FOA) er dei sentrale nasjonale rettskjeldene i anskaffingsretten, som begge trådde i kraft 1. januar 2017.<sup>22</sup> Desse gjeld for alle offentlege anskaffingar som har ein verdi på 100.000 NOK eller meir, jf. FOA § 1-1.

Overordna føremål, grunnleggande prinsipp og krav til planlegging og gjennomføring av offentlege anskaffingar er regulert i LOA. Prinsippa om konkurranse, likebehandling, rettsvisse, etterprøving og førehaldsmessigheit kan både danne grunnlag for sjølvstendige reglar, men også som tolkingfaktor når ein skal fastleggje innhaldet i enkeltføresegner.

---

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Goller, s. 17.

<sup>22</sup> Høvesvis LOV-2016-06-17-73 og FOR-2016-08-12-974.



Kva gjeld spørsmålet om endringstilgangen, vil særlig prinsippa om konkurranse, likebehandling og rettsvisse ofte inngå som argument for å kunngjere endringsbehov i ny konkurranse. Partane skal ha like føresetnadar i anskaffingsprosessen og oppdragsgjevar kan ikkje gje fordelar til utvalte leverandørar på kostnad av andre, som ei endring derimot ofte kan innebere. Usaklege og urasjonelle endringar vil difor ofte stride mot desse prinsippa. Prinsippet om førehaldsmessigheit kan på si side tale sterkt både for og mot ny kunngjering, alt etter kva den konkrete endringa inneber.

Meir detaljerte føresegner om anskaffingsprosessen fylgjer av FOA. Forskrifta er delt inn i tre delar, der del I gjeld allmenne føresegner, og del II og III gjeld for anskaffingar høvesvis under og over EØS-terskelverdiane. Dette er avgjerande for når og kvar det må kunngjerast.

Det er særlig FOA del III og reglane i kap. 28 som regulerer endringar som er relevant i denne oppgåva. Kap. 28 har slektskap til andre reglar i forskrifta, og ofte er reglane utslag av dei same grunnleggande prinsippa som gjer seg gjeldande ved endringar.<sup>23</sup> Det vil vere ein viss grad av samanfall, og korleis ein forstår dei slekta reglane kan ha betydning for forståinga av endringsføresegnene. Det er likevel ikkje slik at alle moment som er relevante i den eine situasjonen, blindt kan leggest til grunn i andre situasjonar.<sup>24</sup>

LOA og FOA implementerer anskaffingsdirektivet EU/2014/24 som gjeld klassisk sektor over EØS-terskelverdiane.<sup>25</sup> Gjennomføringa er Noregs plikt etter EØS-avtala, ei plikt som også inneber prinsipp om EU/EØS-rettskonform tolking av dei nasjonale lovføresegnene.<sup>26</sup> Anskaffingsdirektivet er difor sentralt for tolkinga av både lova og forskrifta. Direktivets fortale presiserer dei overordna retningslinjene som kan bidra til forståinga av t.d. endringsheimlane. Fortalen ikkje har bindande rettsleg verknad, men vil ha argumentasjonsverdi i oppgåva i mangel av andre kjelder.

I forlenginga av dette kan også implementeringa av Direktivet i andre land vere relevant, samt også andre lands praksis og litteratur om korleis anskaffingsregelverket skal forståast. Til dømes blir det i oppgåva brukte rettskjelder frå Sverige, Danmark og Storbritannia.

---

<sup>23</sup> Sjå t.d. § 13-4 om vilkår for anskaffing utan konkurranse og i § 14-2 om vilkår for endringar av konkurransegrunnlaget.

<sup>24</sup> Thue, Buan, mfl., s. 1019.

<sup>25</sup> Sjå EU/2014/24 art. 4.

<sup>26</sup> Dragsten, s. 55.

EU-domstolen spelar ei viktig rolle for utviklinga og tolkinga av EU-retten. EU-domstolens praksis er etter EØS-avtalen ikkje direkte rettsleg bindande, men vil ha stor argumentasjonsvekt i forståinga av det nasjonale regelverket.<sup>27</sup>

Nasjonalt finst det ingen domstolspraksis som gjeld tema for oppgåva, men det er omfattande praksis frå Klagenemnda for Offentlege Anskaffingar (KOFA). Nemnda sine uttalar er rådgjevande og den rettskjeldemessige vekta er avgrensa til argumentasjonsverdien. Det må likevel presiserast at KOFA består av dyktige og høgt renommerte fagfolk og har vore sentral i rettsutviklinga av det nasjonale regelverket, der både oppdragsgjevarar og leverandørar rettar seg etter avgjerdene.<sup>28</sup> I mangel av annan praksis vil det gjennomgåande visast til KOFA-avgjerder.

*Generelt* om rettskjelder frå før direktivet må det presiserast at LOA og FOA trådde i kraft 1. januar 2017. Dei nye reglane kjem til bruk på anskaffingar som er iverksett etter ikraftsettingsdatoen, jf. FOA § 32-2 (1). Grunna lang sakshandsamingstid i både EU-domstolen og KOFA, samt at det sannsynligvis ikkje er så mange klager som gjeld etterfylgjande endringar av kontrakt, er det framleis minimalt med praksis knytt til dei nye endringsføresegnene.<sup>29</sup>

Endringsheimlane som blir særlig handsama i denne oppgåva gjeld *mindre endringar*, *naudsynte tilleggsleveransar* og *naudsynte endringar som fylgje av utførutsette omstende*.<sup>30</sup> Desse typetilfella blei under den ulovfesta læra sett på som *moment* som gjorde at det skulle meir til for at endringa blei sett som vesentleg.<sup>31</sup> Anskaffingsdirektivets fortale presiserer at ein ikkje ynskja å endre rettstilstanden vesentleg med nytt direktiv, men heller å presisere vilkåra med utgangspunkt i relevant praksis frå EU-domstolen.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Jf. også EØS-avtalens art. 6.

<sup>28</sup> Sjø Dragsten, s. 54.

<sup>29</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Danske klagesager om udbud - Fra 1. juni 2013 til 30. juni 2016, s. 25: Rapporten viser at få saker gjeld etterfølgande endring, og så lite som 1,1 % av klagen gjeld anførslar om ulovlige etterfylgjande kontraktendringar. Den låge prosentdelen kan skuldast at leverandørar som regel har få initiativ til å forfølge endringar som potensielt kan utgjere ulovlige direkteanskaffingar. Det er sannsynleg at dette også gjeld i norsk samanheng.

<sup>30</sup> Fylgjer no av FOA § 28-1 (1) bokstav b-d.

<sup>31</sup> Arrowsmith, s. 579.

<sup>32</sup> EU/2014/24 Fortalen (107).

Rettskjelder knytt til den ulovfesta vesentlegvurderinga vil difor kunne bidra til forståinga av LOA og FOA og ha argumentasjonsverdi. Av desse grunnane blir også eldre rettskjelder vist til gjennomgåande i oppgåva.

## 1.5 Avgrensingar

Denne avhandlinga er ikkje ei uttømmmande analyse av lovlege endringar oppdragsgjevar kan foreta. Det er heller tale om eit utval av aktuelle endringssituasjonar som kan oppstå og korleis dette er regulert i FOA. Det er naudsynt å avgrense omfanget av oppgåva og fokuset er difor sett på føresegnene som stiller eksplisitte verdiendringskrav i forskrifta, herunder FOA § 28-1 (1) bokstav b-d. Det avgrensast difor både mot endring som fylgje av endringsklausul etter bokstav a og skifte av leverandør etter bokstav e, ettersom desse ikkje stiller eksplisitte verdiendringskrav.

Der det er problematisk og framstår særleg aktuelt, vil dei utvalde endringsheimlane sitt forhold til endringsklausular handsamast i oppgåva, sjå t.d. pkt. 4.1.1. Det er difor hensiktsmessig å knyte nokon særlege kommentarar til *endringsklausular*. Endringsklausular vil langt på veg føresetje prisendring dersom klausulen blir aktivert. Nært alle situasjonar som blir beskrive i denne avhandlinga kan få andre utfall om det føreligg ein endringsklausul eller opsjon. Dei potensielle leverandørane kan då seiast å vere tilstrekkelig ivaretatt ved at dei får kjennskap til kva type endringar som kan kome og grensene for kva endringar som kan gjerast *i konkurransegrunnlaget*. Endringar innanfor tilstrekkeleg klare endringsklausular vil difor som hovudregel ikkje utgjere vesentlege endringar.<sup>33</sup>

Det er endringsheimlane i FOA del III som er tema for oppgåva. FOA § 11-2 i del II viser til at vesentlege endringar ikkje er tillate. Det leggst opp til ei vidare og meir fleksibel tilgang til endring i kontrakt etter del II, som samsvarar med førehaldsmessigheitprinsippet.<sup>34</sup> Endringstilgangen etter del III vil kunne ha overføringsverdi til del II og omvendt, men grensene er ikkje nødvendigvis like.<sup>35</sup> Det avgrensast difor mot endringsheimelen i del II.

---

<sup>33</sup> Dragsten, s. 739.

<sup>34</sup> Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 117.

<sup>35</sup> NOU 2014:4, s. 19.

Oppdragsgjevars manglande oppfylging av leverandørens mislighald av kontrakten vil etter omstenda kunne likestillast med at kontrakten er vesentlig endra, men denne problemstillinga blir for omfattande.

Avhandlinga omhandlar vidare anskaffingsforskrifta, som gjeld klassisk sektor.

Forsyningsforskrifta og Konesjonskontraktforskrifta inneheld liknande regulering i høvesvis kap. 24 og kap. 13.<sup>36</sup> Det som blir sagt i oppgåva vil kunne ha overføringsverdi til dei andre forskriftene, men det vil vere enkelte ulikskapar.

Det må også avgrensast mot reglane om statsstøtte. Ulovlig endring i inngått kontrakt kan også utgjere ulovlig støtte i strid med forbodet i EØS-avtalen art. 61 (1). Dette er høgst relevant, men vil vere for omfattande å handsame i denne avhandlinga.

## 1.6 Den vidare framstillinga

I kap. 2 vil enkelte fellesspørsmål avklarast, som har betydning for dei utvalte endringsheimlane som blir handsama.

I kap. 3 er tema innhaldet i endringsheimlane i § 28-1 (1) bokstav b, c og d, og nærare kva som ligg i vilkåra for at *mindre endringar, naudsynte tilleggsleveransar* eller *naudsynte endringar som fylgje av uførutsette omstende* skal vere tillate.

I kap. 4 vil § 28-2 og vesentlegnorma og innhaldet i denne kort presenterast, men fokuset vil ligge på uklare endringssituasjonar som kan oppstå i grenseland mellom dei tillate typetilfella i 28-1 og vesentlege endringar etter § 28-2. Endeleg vil det knytast tankar til kva rolle miljøomsyn spelar i endringsproblematikken.

---

<sup>36</sup> Høvesvis FOR-2016-08-12-975 og FOR-2016-08-12-976.

## 2 Fellesspørsmål

I FOA § 28-1 (1) bokstav b-d er det sentralt å klarlegge om det i det heile er føretatt ei endring av kontrakten, om ein i så fall står overfor ei eller fleire endringar, samt også slå fast verdien av den enkelte endring, i spørsmålet om endringa(ne) er tillate. Spørsmålet har også betyding i den heilskaplege vesentlegvurderinga etter § 28-2. Dette er difor føremålsteneleg å klargjere før hovuddelen.

Ei endring kan inneber eit kvalitativt eller kvantitativt avvik frå den opphavlege kontrakten. Det kan fylgje av ei eksplisitt avtale mellom partane, men også meir uformelle endringar er omfatta.<sup>37</sup> Ved vurderinga av om det er føretatt ei lovleg eller ulovleg endringa av kontrakten, er det utan betyding korleis endringa i kontrakten blir gjort, men det må klargjerast *om* det føreligg ei endring og eventuelt *kva* endringa går ut på

Det er først og fremst konkurransekunngjeringa som er av interesse.<sup>38</sup> Det ein vurderer er om det som faktisk anskaffast i det vesentlege er det same som marknaden fekk opplyst i kunngjeringa, og om endringa er noko nytt eller kan seiast å allereie vere omfatta av leverandørens pliktar etter kontrakten. Det er tale om ei objektiv tolking, der den naturlige forståinga av ordlyden skal leggjast til grunn.<sup>39</sup> Ettersom kontrakten er langt meir detaljert vil denne likevel ha betyding i tvilstilfelle, så lenge det ikkje er for store avvik mellom kunngjering og kontrakt. Det avgjerande er å sjå på sluttresultatet. Kva som var skildra i kunngjeringa, og eventuelt kontrakten, må vurderast opp mot kva oppdragsgjevar har betalt for og fått levert.<sup>40</sup>

Området for reguleringa i FOA kap. 28 er først og fremst dei situasjonane der endring skjer som fylgje av oppdragsgjevars initiativ. Ein kontrakt kan sjølvstøtt også endrast av andre grunnar, for eksempel kan det diskuterast om frivillig minnelig løysing mellom partane, lemping/justering av en kontrakt etter avtl. § 36 eller læra om bristande føresetnadar omfattast, men det er usikkert om slike endringar er meint å vere omfatta av FOA kap. 28.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Sjø. t.d. KOFA 2017/182 der leverandøren fortsette å levere i lang tid etter utløp av opphavleg kontrakt.

<sup>38</sup> Dragsten, s. 738.

<sup>39</sup> Jf. t.d. C-368/10, *Max Havelaar*.

<sup>40</sup> Difis rettleiar, s. 15-16.

<sup>41</sup> Simonsen, s. 419.

Vidare må ein vurdere om det er tale om *ei* eller *fleire* endringar. Skal for eksempel alle endringsbehov som føreligg på eitt tidspunkt reknast som éi endring, eller er det krav til fysisk, funksjonell og/eller økonomisk samanhengen?<sup>42</sup>

Spørsmålet er ikkje regulert i kap. 28, men FOA § 5-4, som regulerer korleis ein reknar anskaffingas verdi, kan bidra som rettesnor. Både når det gjeld spørsmålet om det er ei eller fleire endringar, samt korleis ein skal rekne verdien av endringa(ne).

Etter § 5-4 skal det vurderast *om dei ulike delane heng naturleg og funksjonelt saman, oppfyller same behov og den tidsmessige samanhengen*. Verdifastsettinga meir konkret skal reknast på grunnlag av eit overslag over den samla betalinga ekskl. mva.

Omsynet bak § 5-4 er at oppdragsgjevar ikkje skal kunne omgå regelverket ved å dele opp ei anskaffing. Denne avgrensinga gjeld også for kva endringar som er tillate, då det er tatt inn i fleire av føresegnene i kap. 28, men det må seiast å gjelde eit generelt omgåingsforbod i anskaffingsretten. Ei oppdeling i den hensikt at delar av ei endring skal gå klar av for eksempel verdigrensene, må vurderast som éi endring. Slike omgåingar vil undergrave regelverket og vere konkurranseskadande. Forbodet mot å endre kontraktens overordna karakter, sjå pkt. 3.1.3, har samanheng med og ivaretar omgåingsforbodet.

Oppdragsgjevar kan i forlenginga av dette ikkje gje seg sjølv ein betydelig skjønnsfridom allereie i konkurransegrunnlaget for slik å seinare kunne omgå forskrifta. For eksempel vil formuleringa «prosjekt [...] med tilhøyrande arbeid» vere altfor vidt, då all verdens endringar kan tenkast å vere omfatta.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Simonsen, s. 430, som heller mot det seistnemnte i tråd med FOA § 5-4.

<sup>43</sup> Sjø t.d. C-423/07, *Kommisjonen/Spania* (70).

## 3 FOA § 28-1

Etter at ein har slått fast at det føreligg ei endring og kva denne går ut på, må ein vurdere om den kan gjerast med heimel i FOA § 28-1. Det er mest naturleg å forstå systemet i forskrifta slik at dersom ein finn heimel i § 28-1, inneber dette at endringane er lovlege anten dei elles hadde blitt rekna som vesentlege.

### 3.1 Mindre endringar, jf. § 28-1 (1) bokstav b

Endring av pris vil raskt kunne stride mot dei grunnleggjande prinsippa, herunder likebehandling, rettsvisse og gjennomsiktlige prosessar. Omsynet til effektiv utnytting av samfunnets ressursar tilseier derimot ikkje at ny konkurranse er best ved mindre endringsbehov. Den såkalla de minimis-regelen i FOA § 28-1 (1) bokstav b kan då tenkast å gje tilstrekkelig fleksibilitet.

Det fylgjer av føresegna at ein kan gjere endringar som medfører «prisauke», så lenge endringa er «lavere enn terskelverdiene i § 5-3» og som også er «lavere enn 10 prosent av den opphavlege kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter eller 15 prosent [...] for bygge- og anleggskontrakter». Det er likevel ei absolutt avgrensing i at endringa ikkje kan endre «anskaffelsens overordnede karakter».

Det sentrale i føresegna er at dei aktuelle endringane har så liten verdi i ljøs av den opphavlege kontraktverdien at dei oftast ikkje er problematiske å tillate utan å kunngjere ny konkurranse. Desse endringane kan difor gjerast sjølv om det er ein teoretisk moglegheit for at det kunne påverka utfallet av konkurransen dersom endringa var kjend ved kontraktinngåinga, men blir likevel godtatt fordi størrelsen på endringa i seg sjølv tilseier at den ikkje er vesentleg og vil sjeldan sjåast som ei reforhandling av grunnleggjande kontraktselement.<sup>44</sup>

Regelen slik den er formulert er ikkje direkte utleidd av praksis frå EU-domstolen.<sup>45</sup>

Tidlegare praksis viser likevel at det også etter vesentleglæra er rom for mindre endringar og tilpassingar av inngåtte kontraktar.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Fylgjer EU/2014/24 Fortalen (107) og er eit av vurderingsmomenta i vesentlegvurderinga.

<sup>45</sup> Nærings- og fiskeridepartementet, *Høyringsnotat 2*, s. 34. Sjå også EU/2014/24 Fortalen (107).

<sup>46</sup> T.d. C454/06, *Pressetext* (62), jf. også KOFA 2014/14.

Det er framleis lite praksis knytt til denne regelen, som kan tilseie at den er av mindre betydning, men den er tatt med for å gje større rettsvisse og sikre oppdragsgjevar moglegheita for å foreta mindre endringar.<sup>47</sup> Det at det foreløpig ikkje føreligg særlig praksis treng ikkje å bety at den ikkje har betydning i det praktiske liv. Meininga med kvantifisering gjennom bruk av terskelverdiar, er nettopp at grensa skal vere rettteknisk enkel å praktisere, ivareta likebehandlingsprinsippet og sikre rettsvisse.

### 3.1.1 Vilkår

Etter ordlyden er det berre endringar «som gir en prisøkning» under dei nemnte grensene som er tillate. Føresegna føreset dermed at endringa kan fastsetjast som ein økonomisk verdi og at det er *den økonomiske verdien av ei endring* som er lov. Prisauka må vere ein konsekvens, noko som medfører at ei rein avtalt prisauke, utan innhaldsmessige endringar, i utgangspunktet fell utanfor de minimis-regelen.<sup>48</sup> Sjå pkt. 4.1.1. for moglege modifikasjonar av utgangspunktet.

Endringa må for det første vere lågare enn terskelverdiane i § 5-3, som set absolutte grenser for verdien av mindre endringar. Føresetnadsviis fylgjer det då av § 5-3 (1) bokstav a-c at for vare- og tenestekontraktar kan ikkje endringsverdien vere meir enn 1,3 millionar kroner ekskl. mva. for statlege myndigheiter og 2 millionar kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgjevarar. For bygge- og anleggskontraktar kan ikkje endringsverdien overstige 51 millionar kroner ekskl. mva.

Endringa må også vere lågare enn 10 prosent av den opphavlege kontraktverdien for vare- og tenestekontraktar eller 15 prosent dersom det er ein bygge- og anleggskontrakt. Prosentgrensa er med andre ord relativ.

Verdigrensene er kumulative, jf. “og”, og oppdragsgjevar må halde seg til den minste av anten terskelverdien eller prosentsatsen.<sup>49</sup> Kvantifisering gjennom terskelverdiar gjer endringsgrensa føreseieleg og rettteknisk enkel å praktisere for både vald og potensielle leverandørar, og ivaretar slik likebehandlingsprinsippet.

---

<sup>47</sup> EU/2014/24 Fortalen (107).

<sup>48</sup> Goller, s. 267.

<sup>49</sup> Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 326.



Særlig for vare og- tenestekontraktar framstår det usikkert kor praktisk denne regelen eigentleg vil vere, ettersom dei kumulative verdigrense for slike kontraktar er låge og kan tilseie at regelen berre kan nyttast i relativt små kontraktar. I EU-Kommisjonens direktivutkast var den relative grensa foreslått til berre 5 % av den opphavlege verdien, som gjev uttrykk for at det ikkje nødvendigvis er meininga at føresegna skal vere av stor praktisk betyding, men at tanken bak regelen heile tida har vore å skjerme dei minste endringane frå ny ressurskrevjande konkurranse.<sup>50</sup>

Kva gjeld bygge- og anleggskontraktar er det eit større rom. Den relative grensa på 15 prosent samsvarar med standarden i mange av NS-kontraktane og praksis i bygge- og anleggsbransjen, som kan tilseie at de minimis-regelen kan ha større praktisk betyding for slike kontraktar.<sup>51</sup> For spørsmålet om ein kan avtale høgare prosentgrenser, sjå pkt. 4.1.1.

Tross låge verdiendringsgrenser er det likevel hevda at det ikkje kan vere heilt fritt fram for prisauke, også der endringa ligg under grensene.<sup>52</sup> Mindre verdiendringar kan også vere konkurransevridande og i utgangspunktet føre til sterk motstrid mot dei grunnleggande prinsippa. Arrowsmith meiner difor at det gjeld eit *førehaldsmessigheitkrav* som avgrensing også i de minimis-regelen, av omsyn til manglande konkurranse i tilknytning slike mindre kontraktendringar.<sup>53</sup> Fråværet av proporsjonalitet vil potensielt kunne opne for kameraderi og korrupsjon, for eksempel dersom det ved ei minimal kvalitativ kontraktendring blir avtalt ei prisauke som akkurat held seg innanfor verdigrensene i de minimis-regelen. Sjølv om ein held seg under verdigrensene, bør vederlaget difor så langt det er mogleg spegle konkurransedyktige prisar for tilsvarande endringar for å tilfredsstille kravet til førehaldsmessigheit.

### 3.1.2 Er prisreduksjonar omfatta?

Ordlyden i FOA § 28-1 (1) bokstav b talar berre om «prisøkning» og tilseier at mindre prisreduksjonar ikkje er relevant. Prisreduksjonar vil derimot også kunne tiltrekk seg leverandørar som opphavleg gav tilbod og andre potensielle leverandørar, noko som tilseier at

---

<sup>50</sup> Kommisjonens forslag 2011/0438 (COD), s. 96.

<sup>51</sup> T.d. NS 8405 punkt 22.1.

<sup>52</sup> Arrowsmith, s. 599.

<sup>53</sup> Ibid.

ein i slike tilfelle må kunngjere ny konkurranse. Omsyna til fleksibilitet og rettsvisse kan også gjere seg like gjeldande ved prisreduksjonar.

Spørsmålet er om også prisreduksjonar som fylgje av mindre endringar er omfatta av føresegna.

I direktivets formulering av regelen fylgjer det at det er «the value of the modification» som er lovleg, og omfattar dermed både auke og reduksjon.<sup>54</sup> EU-domstolen er også av den oppfatning at førehaldsmessige prisreduksjonar etter omstenda kan vere tillate, men likevel slik at omsynet til potensielle leverandørar må ivaretakast.<sup>55</sup>

Både auke og reduksjonar fylgjer eksplisitt av den tilsvarande svenske lovføresegna.<sup>56</sup> Dei svenske forarbeida presiserer at ein rett og slett «inte kunde utläsa något annat ur direktivbestämmelsen än att både ökningar och minskningar av värdet omfattas».<sup>57</sup> Den danske reguleringa talar, i likskap med Direktivet, om «værdien af ændringerne».<sup>58</sup> Klagenævnet for Udbud, tilsvarande KOFA, har slått fast at formuleringa omfattar både auke og reduksjonar.<sup>59</sup>

Om ein tolkar forskrifta i ljøs av direktivet og dei skandinaviske rettskjeldene, må svaret vere at også mindre prisreduksjonar er omfatta av de minimis-regelen.

### **3.1.3 Den overordna karakteren av anskaffinga**

#### **3.1.3.1 Generelt**

Forbodet mot å endre anskaffingas overordna karakter set ei absolutt kvalitativ skranke. Dette gjeld for både endringar av mindre verdi etter bokstav b, endringar som fylgje av uførutsette omstende etter bokstav d, samt også endringsklausular etter bokstav a, jf. FOA § 19-1 (2).

Forbodet har same formulering i føresegnene og mange av dei same omsyna vil gjere seg gjeldande, som tilseier at innhaldet i forbodet må vere det same. Felles er det vidare at

---

<sup>54</sup> Jf. EU/2014/24 art. 72 (2).

<sup>55</sup> C-549/14, *Finn Frogne* (29).

<sup>56</sup> Lagen om offentlig upphandling kap. 17 § 9.

<sup>57</sup> Svenske førearbeid: Prop. 2015/16:195, s 847.

<sup>58</sup> Udbudsloven § 180.

<sup>59</sup> Sag 2016/1412 s. 25, der klageorganet uttalar at avtalt endringar som medførte prisreduksjon på 12 % var heilt naudsynt og «indenfor den bagatelgrænse, som i dag fremgår af udbudslovens § 180».

forbodet trengst for å hindre konkurransevridande endringar, slik at endringstilgangen ikkje blir utnytt lenger enn naudsynt, særleg av omsyn til konkurranse, likebehandling og etterprøving.

Resultatet av slike endringar kunne hypotetisk sett hatt innverknad på konkurranseresultatet.<sup>60</sup> Sjølv om også andre, ulike omsyn kan gjere seg gjeldande innanfor dei enkelte endringsheimlane, er det vanskeleg å finne gode grunnar for at innhaldet i forbodet skal variere.<sup>61</sup>

Kva som nærare utgjer ei endring av anskaffinga sin overordna karakter er ikkje klart ut frå forskriftsteksten, som reiser spørsmålet om kva forbodet omfattar.

Ordlyden tilseier for det første at ein ikkje kan foreta større, grunnleggande endringar av anskaffinga. Hovudytinga kan som fylgje av dette ikkje erstattast med noko heilt anna eller rette seg mot ein ny marknad.<sup>62</sup> <sup>63</sup> Går ein kontrakt for eksempel ut på levering av frukt og grønt, kan ein verken bytte eller utvide kontrakten til også å omfatte brødmatt.<sup>64</sup>

For at den overordna karakteren av anskaffinga skal vere den same, må endringa ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktens opphavlege verkeområde. Vanskelege situasjonar kan difor typisk oppstå der denne relasjonen er meir eller mindre fjern og endringar som er heilt urelatera vil forbodet stenge for.<sup>65</sup> Dette hindrar moglegheita til å «gøyme» urelaterte anskaffingar som endringar under ein allereie eksisterande kontrakt.

Anskaffinga sitt føremål kan ikkje endrast, men også der føremålet er det same kan endringa innebere endring av den overordna karakteren.<sup>66</sup> For eksempel eit vegprosjekt der ein endrar frå tunnel under fjorden og i staden vel bru over. Den overordna karakteren endrast ettersom dette opnar for heilt nye marknader, men føremålet er framleis transport frå eine sida av fjorden til andre.

Vidare kan endring av essensielle kontraktvilkår eller absolutte minstekrav stride mot forbodet.<sup>67</sup> Eit anna moment er om endringa medfører ei annleis risikofordeling mellom

---

<sup>60</sup> Jf. EU/2014/24 Fortalen (109).

<sup>61</sup> Bokwall Rislund, s. 14.

<sup>62</sup> Arrowsmith, s. 599.

<sup>63</sup> Danske førearbeid: L 164, side 194.

<sup>64</sup> Difis rettleiar, s. 17.

<sup>65</sup> Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 327.

<sup>66</sup> Bokwall Rislund, s. 14.

<sup>67</sup> Sjø t.d. C-91/08, *Wall*, der val av underleverandør var sentralt for kontrakttildelinga.

partane, for eksempel endring frå langsiktig finansiell leigeavtale til ein entreprisekontrakt.<sup>68</sup> Endringar som gjeld kvantum eller kontraktlengde vil derimot sjeldan endre den overordna karakteren, ettersom anskaffinga gjeld det same.

Forbodet har naturleg samanheng med vesentlegvurderinga i § 28-2. Dersom ein endrar den overordna karakteren av anskaffinga, viser dette partane si vilje å reforhandle avtalens grunnleggande element, heller enn å imøtekome eit naudsynt endringsbehov.<sup>69</sup> Det kan neppe tenkast endringar som endrar kontraktens overordna karakter, utan at dei også blir sett som vesentlege. I likskap med reguleringa av tillatne typetilfelle av endringar, er forbodet mot å endre anskaffingas overordna karakter nytt med Direktivet. Praksis som gjeld vesentlege endringar etter den ulovfesta læra kan likevel eksemplifisere relevante moment og bidra til forståing.

KOFA 2008/5 kan t.d. godt illustrere korleis ulike endringar, både isolert og samla, endrar anskaffingas overordna karakter. Saken gjaldt endringsarbeid som skulle utførast ein annan geografisk stad, på eit anna byggeobjekt enn opphavleg avtalt, og som i tillegg blei endra frå ombygging til oppføring av nybygg. Dette var naturleg nok ikkje lovlege endringar.

### **3.1.3.2 Endring av anskaffinga sin overordna karakter i høve de minimis-endringar**

Sidan de minimis-regelen dannar sjølvstendig heimelsgrunnlag for direkteanskaffingar av endringsytingar, har ein måtta ta høgde for kvalitative endringar som har liten innverknad på kontraktvederlaget.<sup>70</sup> Sjølv mindre endringar i ein kontrakt som ikkje overstig grensene, vil kunne bli sett som ulovlege dersom anskaffinga sin overordna karakter endrast.

Som eksempel kan ein tenke seg ei opphavleg anskaffing som går ut på kjøp av 1000 datamaskiner til ein verdi på 10 MNOK. Kontrakten endrast til leasing av same antall datamaskiner. Den totale verdien av kontrakten etter endringa, inkludert leasingavgift og renter, er på 10,4 MNOK. Endringsverdien på 400.000 kroner er under dei kumulative verdiendringsgrensene, men den overordna karakteren kan då seiast å ha blitt endra ved overgangen frå kjøp til leasing, som har andre rettslege konsekvensar.

---

<sup>68</sup> Dette var tilfelle i KOFA 2016/104. Ved endringa overtok oppdragsgjevar både den finansielle risikoen og risikoen for bygningsmassen 30 år tidlegare enn føresett i konkurransegrunnlaget, medan valt leverandørs risiko blei tilsvarande redusert.

<sup>69</sup> C454/06, *Presstext* (34) og EU/2014/24 Fortalen (107).

<sup>70</sup> Simonsen, s. 435.

Ein vanskelegare situasjon kan tenkast der verdiendringa innanfor grensene, men oppdateringar, produktutvikling eller ny teknologi har forbetra vara/tenesta.

Det er klart ut frå EU-praksis at det er høve for å ta omsyn til ny teknologi utan at dette i seg sjølv endrar anskaffingas karakter.<sup>71</sup> Omsynet til effektiv ressursutnytting tilseier i slike tilfelle at oppdragsgjevar bør kunne motta eit betre produkt dersom endringa er innanfor grensene. Dersom oppdragsgjevar skulle avstått frå teknologiforbetringar under utføringa, for eksempel for å avverje klager, ville dette framstått samfunnsøkonomisk irrasjonelt.<sup>72</sup>

Eksempel kan hentast frå ein relativt ny sak, KOFA 2017/179, som gjaldt anskaffing av varmhjelpemiddel til personar med nedsett evne til å oppretthalde varmen. I ein del av kontraktperioden blei det levert betre batteriløysingar enn avtalt, som fylgje av ei teknologisk utvikling på området. Utover ein liten forbetring i batterikapasiteten var pris og batteriet elles heilt tilsvarende opphavleg tilbod, ei endring som KOFA klart meinte måtte akseptast.

Likevel kjem ein til eit punkt, også i den teknologiske utviklinga, der omsynet til konkurranse og likebehandling tilseier kunngjering av ny konkurranse.

### **3.1.4 Endringskvote**

Føresegna skal som nemnt sikre rettsvisse ved små endringar. At oppdragsgjevar veit om dette spelerommet vil igjen kunne hindre gjennomføring av uføreholdsmessig kostbare anskaffingar. Fleire mindre endringar kan derimot i sum vere så konkurransevridande at dei kumulert blir sett som ei ulovlig vesentleg endring.

Difor fylgjer det til slutt av føresegna at dersom det føretas «flere endringer etter hverandre», skal verdirekninga ta utgangspunkt i den samla prisauka som fylgje av samtlige føretatte endringar. For spørsmålet om kva som utgjer ei endring og kva som er fleire, samt korleis ein skal rekne verdien av endringar, sjå pkt. 2.

Ordlyden indikerer at oppdragsgjevar ei viss «kvote» for mindre endringar. Når denne er oppbrukt, må oppdragsgjevar søke alternative heimelsgrunnlaga.

---

<sup>71</sup> T.d. C-337/99, *Matra*, og C-340/02, *Kommisjonen/Frankrike*.

<sup>72</sup> KOFA 2014/139 (78).

Som eksempel kan ein seie at oppdragsgjevar inngår ei kontrakt med varigheit på tre år om kjøp av datamaskiner. Kontraktverdien er på 2 MNOK, som inneber at det kan føretas mindre endringar for 200.000 kroner.

Det første året blir det føretatt fire ulike endringar til ein verdi av 40.000 kroner per endring, totalt 160.000 kroner, som er innanfor. Det andre året skjer ingen endringar, men det tredje året ynskjer oppdragsgjevar ei mindre endring som har ein verdi på 50.000 kroner. Sjølv om det har gått lang tid, må den seiste endringa inkluderast i dei tilegare, som inneber at ein overskrid endringsgrensa på 10 %. I eit slikt tilfelle må difor den seiste endringa vurderast etter andre heimelsgrunnlag.<sup>73</sup>

KOFA 2017/145 blei løyst etter den ulovfesta læra, men resultatet ville vore det same etter de minimis-regelen. Her blei første kontraktforlenging av matleveransar til eldreheimar akseptert, men sett i samanheng med forlenging nr. 2, medførte endringane ei prisauke på 20 %.<sup>74</sup> Den andre forlenginga var dermed ulovleg.

Det fylgjer ikkje direkte av forskrifta, men etter Direktivet er det klart at det er den *samla nettoverdi* av endringane som er avgjerande.<sup>75</sup> Dette må også gjelde etter forskrifta, særleg sidan den mest sannsynleg også omfattar mindre verdireduksjonar, jf. ovanfor. Dersom oppdragsgjevar i eksempelet ovanfor kan stramme inn gjennom endringar som reduserer kontraktverdien med 10.000 kroner, opnar dermed dette for den seiste endringa. Endringar som aukar og reduserer nettoverdien kan resultere i ein ganske annleis kontrakt enn opphavleg avtala, men her vil forbodet mot å endre anskaffinga sin overordna karakter slå inn.

Omfanget og den økonomiske verdien av kvar endring kan isolert verke relativt beskjeden i forhold til dei samla endringane, men mange av desse kan i sum gje endringane eit ikkje ubetydelig omfang samla sett.<sup>76</sup>

### 3.1.5 Oppsummering

---

<sup>73</sup> Bokwall Rislund, s. 23.

<sup>74</sup> Jf. avgjerdas avsnitt 55.

<sup>75</sup> EU/2014/24 art. 72 nr. 2 (2).

<sup>76</sup> Til eksempel sjå KOFA 2014/14 (38-39), der hundrevis av mindre endringar i ein bygge- og anleggskontrakt resulterte i samla prisauke på 62 %.

For å oppsummere framstår rettsfunksjonen til de minimis-regelen nærast utelukkande å trekke ut av vesentlegvurderinga dei heilt opplagte tilfella, men kan likevel gje oppdragsgjevar den tilstrekkelege fleksibiliteten som trengst.

Kjernetilfelle av mindre lovlege endringar kan typisk vere der oppdragsgjevar berre kjøper noko meir av det same som kontrakten gjeld. Dei tilfella som vil falle utanfor sjølv om grenseverdiane i føresegna ikkje er overskride, bør avgrensast til dei klare omgåingstilfella.

Dersom oppdragsgjevar har «brukt opp» endringsmoglegheitene etter føresegna, er det framleis rom for å foreta endringar, men desse må vurderast etter alternative heimelsgrunnlag.

## **3.2 Naudsynte tilleggsleveransar, jf. § 28-1 (1) bokstav c**

Det fylgjer av FOA § 28-1 (1) bokstav c pkt. 1-3 at endringar som gjeld «tilleggsleveransar» frå den opphavlege leverandøren, men «som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten», er lov når desse er «nødvendige». Slike endringar kan gjelde både varer, tenester og bygge- og anleggsarbeider. Dette gjeld likevel berre når skifte av leverandøren «ikke kan skje av tekniske eller økonomiske grunner» og vil føre til «betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiveren». Endeleg ligg det ei avgrensing i at den enkelte endringsverdien «ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien». Eit spørsmål som naturleg reiser seg er om føresegnas vilkår er kumulative, sjå pkt. 3.2.5 om dette

Føresegna er aktuell der eit behov oppstår under kontraktutføringa som ikkje er tenkt på, og særlig der tilleggsleveransen er meint anten å delvis erstatte eller utvide den eksisterande ytinga, men det er for vanskeleg å inkludere alternative leverandørar.<sup>77</sup>

Omsynet bak endringsheimelen er i hovudsak ressurseffektivitet. Leverandøren som har levert hovudytinga vil i dei tilfella som føresegna regulerer, normalt vere den som vil kunne levere tilleggsytinga på den økonomisk mest fordelaktige måten for oppdragsgjevar.<sup>78</sup> Dersom vilkåra er oppfylt er tanken at det vil vere bortkasta å gjennomføre ny konkurranse.<sup>79</sup>

### **3.2.1 Inngangsvilkår**

---

<sup>77</sup> EU/2014/24 Fortalen (108)

<sup>78</sup> Fylgjer av EU/2014/24 at dette er det overordna tema i evalueringsfasen og for tildelinga av kontrakt.

<sup>79</sup> Dragsten, s. 305.

Det må for det første i det heile tatt vere tale om «nødvendige tilleggsleveranser» som «ikke inngikk i den opphavlege kontrakten».

Ordlyden av «tilleggsleveranser» tilseier varer, tenester eller arbeid som er ei naturlig tilknytning til hovudytinga. Ein kan ikkje foreta endringar av den eksisterande hovudytinga, berre avtale tillegg til den. Dette kan for eksempel gjelde delvise erstatningar eller utvidingar. Sentrale moment er om endringa har rimeleg kommersiell og funksjonell samanheng med den opphavlege avtalen.<sup>80</sup> Tilbehøyr eller reservedelar kan nok også vere omfatta.<sup>81</sup> Dei aktuelle tilleggsleveransane må føresetnadsvis faktisk kunne leverast av opphavleg leverandør.

Dersom kontrakten har karakter av å vere ein utviklingskontrakt, vil ei utvikling av prosjektet og tilleggsleveransar i denne samanheng ikkje sjåast som ei ulovleg endring, så lenge utviklinga ligg innanfor kontraktrammene.<sup>82</sup>

Tilleggsleveransane må vidare vere «nødvendige», som peiker på eit trengande behov. Det er eit grunnleggande krav at hovudytinga vil framstå ufullstendig dersom den supplerande ytinga ikkje leverast.<sup>83</sup> Ein må halde endringa opp mot kva som er krevja for å fullføre kontrakten slik den er skildra i kunngjeringa og konkurransegrunnlaget.

Endra behov kan oppstå ut frå uførutsette omstende, og føresegna kan i den forstand overlappe med bokstav d i fleire situasjonar, jf. pkt. 3.3.3. Også omstende som kunne føresjåast, men som oppdragsgjevar av ulike årsaker ikkje klarte å føresjå, vil kunne gje grunnlag for å bestille tilleggsleveransar.<sup>84</sup>

Av direktivteksten fylgjer det at det berre er aktuelt med tilleggsleveransar som «have become necessary», som tilseier at behovet må ha oppstått i kontraktperioden.<sup>85</sup> Dette fylgjer ikkje klart av forskrifta, men kan indikere at dersom det heile tida var klart at tilleggsleveransar ville bli «nødvendige», så kan ein ikkje bruke denne endringsheimelen. Dersom oppdragsgjevar bevisst har utelatt ytingar i konkurransegrunnlaget, tilseier omsynet til

---

<sup>80</sup> Sjø t.d. KOFA 2014/14 (37).

<sup>81</sup> Bokwall Rislund, s. 27.

<sup>82</sup> C-337/98, *Matra* og Kommisjonenens sak om *London Underground*.

<sup>83</sup> Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 327.

<sup>84</sup> Arrowsmith, s. 601.

<sup>85</sup> EU/2014/24 art. 72 1(b).



likebehandling at desse ikkje seinare kan bestillast som tilleggsleveransar.<sup>86</sup> Dårlig planlegging er ingen unnskyldning.

Eit eksempel frå Sverige kan illustrere streng tolking av tilleggsleveransar.<sup>87</sup> Anskaffinga gjaldt opphavleg fire videoprosessorar, men det blei bestilt tilleggsleveranse av ytterlegare to. Kammarrätten aksepterte erstatninga av den første videoprosessoren, men den andre var «en nyanskaffning och inte en komplettering». Det var uklart om utvidinga var tilstrekkelig naudsynt, som medførte at tilleggsleveransen av begge videoprosessorane innebar ei vesentleg endring. KOFA har også stadfesta at terskelen for å foreta slike tilleggsleveransar er høg.<sup>88</sup>

Den omtala praksisen gjeld tilleggsleveransar *vurdert etter den ulovfesta læra* og er nok strenge tolkingseksempel. Om dette også gjeld etter no gjeldande forskrift er usikkert og blir opp til praksis å avgjere, men det kan diskuterast om det er hensiktsmessig med ein høg terskel.

Dagens regelverk er meir liberalt, t.d. fylgjer det eksplisitt av fortalen at både delvis erstatning og utviding bør vere tillate. Omsynet til effektiv ressursutnytting tilseier at ein bør godta meir pragmatiske løysingar, og kan t.d. i den svenske saken tilseie at den seiste utvidinga bør tillatast. Alternativet er ny og typisk dyr anskaffingsprosess, der dei nye prosessorane måtte vore kompatible.

På den andre sida er naudsyntvilkåret der av ein grunn. Omsynet til konkurranse og likebehandling tilseier ny konkurranse der andre leverandørar kan levere tilfredsstillande. Dersom ein ikkje vurderer nødvendigheten strengt, kan grensene raskt viskas ut og skape risiko for meir vilkårlige tilleggsleveransar.

Endringsheimelen om tilleggsleveransar bør ikkje brukast i større omfang enn det naudsynte behovet tilseier, som også samsvarar med det grunnleggande prinsippet om førehaldsmessigheit i anskaffingane.<sup>89</sup>

### 3.2.2 «Tekniske eller økonomiske grunner»

---

<sup>86</sup> Arrowsmith, s. 601. Sjå også KOFA 2009/208 som eit godt eksempel.

<sup>87</sup> Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2691-11.

<sup>88</sup> Sjå t.d. KOFA 2014/31 og KOFA 2011/181 (32 flg.).

<sup>89</sup> LOA § 4.

Det første avgrensande vilkåret er at tilleggsleveransar berre er tillate dersom «leverandørbytte ikke kan skje av tekniske eller økonomiske grunner», jf. pkt. 1

Ordlyden gir inntrykk av at leverandørskifte må vere faktisk umogleg, altså at det ikkje kan finnast andre alternativ enn å la den opphavlege leverandøren levere tilleggsytingane, jf. «ikke kan skje». Det kan diskuterast om ein så høg terskel vil vere ein praktisk god regel og ivareta føremålet. Terskelen som fylgjer av ordlyden kan gjere det uforholdsmessig vanskeleg å bestille praktisk naudsynte tilleggsleveransar.

Omsynet til best effektiv ressursutnytting må uansett vegast opp mot kor sterkt omsynet til andre potensielle leverandørar gjer seg gjeldande. Tanken er at heimelen skal hindre bortkasta konkurransar der opprinneleg leverandør vil levere tilleggsleveransen best, men dette kan vere tilfelle sjølv om det ikkje er umogleg for andre leverandørar. Til illustrasjon er vilkåret i den danske udbudsloven § 181 at leverandørskifte «ikke kan lade sig gøre *uden væsentlig ulempe af økonomisk eller teknisk art*» og stiller såleis ikkje same høge terskel. Kvifor det norske vilkåret er strengare, og *om* dette er bevisst, er ikkje omtalt i verken forarbeid eller andre rettskjelder.

Det første alternativet er at leverandørskifte ikkje kan skje av «tekniske grunner».

Ordlyden peiker på at kompatibilitet og kompleksitet stenger for andre leverandørar. Som eksempel fylgjer det av forskriftsteksten at dette kan vere tilfelle «fordi tilleggsleveransene må kunne erstatte eller være kompatible med eksisterende utstyr, software, tjenester eller installasjoner som ble anskaffet ved den opprinnelige kontrakten».

Foreløpig er det ingen praksis knytt til dette konkrete vilkåret, men praksis knyt til FOA § 13-4 bokstav b nr. 2, som gjeld vilkår for anskaffingar utan konkurranse der dette er umogleg av «tekniske årsaker», kan bidra til forståinga av vilkåret.

KOFA har uttalt på generelt grunnlag at ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling, så skal det mykje til for å sannsynleggjere at ingen andre leverandørar kan eller vil kunne bli i stand til å levere den aktuelle ytinga.<sup>90</sup> I ein anna sak er det slått fast at «de tekniske

---

<sup>90</sup> T.d. KOFA 2016/145 og KOFA 2011/28.

vanskelighetene ved bytte av leverandør må være uoverkommelige».<sup>91</sup> Lite interesse frå andre leverandørar er irrelevant.

Det grunnleggjande kravet til konkurranse, samt omgåingsforbodet, inneber at oppdragsgjevar ikkje kan snevre inn behovet sitt for at det slik kan føreliggje tekniske grunnar. For eksempel formulere behovet på ein måte slik at opphavleg leverandør ender opp som einaste potensielle leverandør av tilleggsleveransen.<sup>92</sup> Dette blir naturlegvis annleis dersom det faktisk berre finst ein leverandør; då er det umogleg at andre kan levere.<sup>93</sup>

Det andre alternativet er at leverandørbytte ikkje kan skje av «økonomiske grunner».

Det er ingen nærare spesifisering av kva alternativet omfattar enn det som fylgjer av eksempelet. Ordlyden tilseier at kostnadane ved å erstatte eller gjere tilleggsleveransen kompatibel med det eksisterande må vere umogleg dyrt. Oppdragsgjevar vil faktisk ikkje klare å dekke utgiftene ved leverandørbytte og konsekvensen må nærmast vere konkurs for at vilkåret er oppfylt.<sup>94</sup>

Den høge terskelen framstår også her upraktisk ettersom offentlege organ ikkje går konkurs. Ei alternativ og meir praktisk tolking av vilkåret kan vere ei vurdering om kostnadane ved leverandørskifte er økonomisk umogleg ut frå den aktuelle oppdragsgjevarens tolegrense i den konkrete anskaffinga.<sup>95</sup> Simonsen hevdar for eksempel at læra om økonomisk force majeure her kan bidra til forståinga.<sup>96</sup> For eksempel slik at ukontrollerbare økonomiske omstende som finanskrisa eller importforbod kan gjere leverandørbytte urimeleg byrdande. Det kan også tenkast avgrensingar når det gjeld omsetning eller produksjon av den aktuelle tilleggsleveransen.

Dersom ein ved mindre tilpassingar/kostnadar kan gjere andre leverandørars utstyr kompatibelt med oppdragsgjevarens eksisterande utstyr, så føreligg ikkje teknisk eller økonomisk grunn.<sup>97</sup> Ei generell grunngeving om at prosjektet er vanskelig og dyrt, utan at det

---

<sup>91</sup> Sjø KOFA sak 2014/31 premiss 23 og 24.

<sup>92</sup> Thue, Buan, mfl., s. 608.

<sup>93</sup> Sml. FOA § 13-4 bokstav b nr. 3.

<sup>94</sup> Svor, s. 66.

<sup>95</sup> Svor, s. 66-67.

<sup>96</sup> Simonsen, s. 428.

<sup>97</sup> I KOFA 2009/131 førelåg difor ikkje «tekniske årsaker» som gav grunnlag for anskaffing utan konkurranse

framkjem konkrete grunnar som fører til at leverandørskifte ikkje kan skje, er heller ikkje tilstrekkeleg.<sup>98</sup>

### **3.2.3 «Betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader»**

Det neste vilkåret er at leverandørskifte må føre til «betydelige vanskeligheter» eller «vesentlige ekstrakostnader» for oppdragsgjevaren, jf. pkt. 2.

Ordlyden er skjønnsprega, men peiker på at vanskane og kostnadane ved leverandørskifte må vere relativt store. Visse problem og kostnadar ved oppstart dersom ny leverandør skal utføre tilleggsleveransen må alltid reknast med og er ikkje tilstrekkelig.<sup>99</sup> Det skal større ulemper til enn dette.

Eksempel på «betydelige vanskeligheter» kan, i likskap med føresegnas pkt. 1, gjelde manglande kompatibilitet med eksisterande utstyr, men kan også gjelde andre vanskar, for eksempel drift og vedlikehald

Kva gjeld kostnadsvilkåret, formulerer direktivteksten dette som «substantial duplication of costs».<sup>100</sup> Dette indikerer at kostnadene ved å bytte leverandør må føre til minst ei dobling av kostnadar for at desse kan reknast som «vesentlige».

Vilkåra legg opp til ei førhaldsmessigheitsvurdering.<sup>101</sup> Leverandørskifte må objektivt sett føre til uførehaldsmessige store vanskar/kostnadar for oppdragsgjevaren i forhold til kva tilleggsleveransen gjeld. Vanskane må vurderast opp mot kostnadar i tid eller pengar som vil fylgje av leverandørskifte. Kva som er målestokken for vurderinga er vanskeleg å seie generelt, bortsett frå at ordlyden gjev uttrykk for ein høg terskel.

Moment av betydning kan for eksempel vere kor mykje som er levert/installert frå før, altså om tilleggsleveransen trengst tidlig eller seint i kontraktforholdet. Det vil typisk vere både vanskelegare og dyrare å endre leverandør langt ut i kontraktforholdet. Problematiske

---

<sup>98</sup> Dragsten, s. 294.

<sup>99</sup> Dragsten, s. 307.

<sup>100</sup> EU/2014/24 art. 72 (b) ii.

<sup>101</sup> Fylgjer av føresetnadvis av EU/2014/24 Fortalen (108), samt Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 327-328.

ringverknadar må også kunne tilleggas vekt, t.d. vanskar knytt til risikostyring og forsikringsspørsmål der ulike leverandørar har opptredd.

Dersom endringsbehovet er lite skal det mindre vanskar/ekstrakostnader til før det sjåast å vere uføreholdsmessig. Eit sterkt og rasjonelt behov kan tilseie tilsvarande større spelerom.

Ei interessant problemstilling i høve vilkåra i føresegnas pkt. 1 og 2 kan vere situasjonen der oppdragsgivar sit med ei eldre IT-anskaffing, som for eksempel årleg krev fornying av lisensar eller modular. Det vil typisk vere vanskeleg og/eller dyrt å bytte ut heile systemet, men det framstår ikkje klart kvar ein plasserer fornyingar av slike lisensar eller modular. Anten kan fornyingane sjåast som ei naturleg produktutvikling der dette fylgjer av kontrakten, eventuelt gjennom klausular/opsjonar. Det kan også hevdast at slike fornyingar er tilleggsleveransar, som må møte dei dels strenge vilkåra for dette. Spørsmålet er framleis ikkje avklart i praksis.

### **3.2.4 Verdiendringsgrense**

Det seiste vilkåret er at «prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien», jf. pkt. 3.

Det er prisauka tilleggsleveransen inneber som er det sentrale. For vurderinga av korleis ein reknar verdien av endringa, sjå pkt. 2 tidlegare i oppgåva.

Dersom det leverast fleire tilleggsleveransar, fylgjer det vidare at grensa på 50 % gjeld for kvar enkelt endring. Ved alle endringane skal prisauka vurderast opp mot den opphavlege kontraktverdien, og ikkje opp mot verdien kontrakten har fått gjennom tidlegare endringar. For vurderinga av kva som utgjer ei eller fleire endringar, sjå pkt. 2 tidlegare i oppgåva.

Til forskjell frå de minimis-regelen handsama i pkt. 3.1, er det her ikkje noko øvre grense for talet på endringar. Prisauka kan difor bli stor og i prinsippet er det mogleg å til slutt foreta endringar som i verdi aleine er større enn opphavleg kontraktverdi.

Av nemnte grunn hevdar Arrowsmith difor at det moglegvis også gjeld ei førehaldsmessigheitsavgrensing i føresegnas pkt. 3, ved at ekstrakostnaden endringa medfører

berre kan akseptertast der dette sikrar «an appropriate agreement».<sup>102</sup> Kva som ligg i dette utover naudsyntkravet er uklart, så om dette gjeld i praksis eller ikkje står att å sjå.

Uansett har føresegna den viktige presiseringa om at endringane ikkje er tillate dersom dei blir føretatt for å omgå regelverket. Sjå også om dette i pkt. 2.

### **3.2.5 Kumulative vilkår?**

Grensa på 50 % i pkt. 3 vil alltid gjelde, men utforminga av situasjonsskildringane i pkt. 1 og 2 gjer det uklart om desse to er alternative eller kumulative.

Vurderinga av om leverandørskifte vil medføre «betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader» er tilsynelatande samanfallande med vilkåret om «tekniske eller økonomiske grunner». Dersom noko er teknisk eller økonomisk umogleg vil det også føreligge betydelige vanskar eller ekstrakostnader. Dette vil også vere tilfelle sjølv dersom ein tolkar terskelen som lågare enn faktisk umoglegheit, jf. pkt. 3.2.2.

Etter dette skulle ein tru at det er tale om alternative unntak, altså at oppdragsgjevar anten må påvise faktisk umoglegheit, eller så må han i det minste kunne sannsynleggjere at det vil oppstå betydelige problem ved et leverandørskifte.<sup>103</sup>

Etter ordlyden gjev dei to situasjons skildringane derimot uttrykk for kumulative vilkår, jf. bindeordet «og».

I praksis framstår dette upraktisk. Ein vesentleg ekstrakostnad vil føreligge før noko er økonomisk umogleg for oppdragsgjevar. Vilkåret om økonomisk umoglegheit vil slik bli konsumert av kravet til vesentleg ekstrakostnad. Oppdragsgjevar er nøydd til å bytte leverandør sjølv om dette er umogleg av økonomiske grunnar, så lenge kostnadsauka ikkje er stor nok.<sup>104</sup> For eksempel dersom ein oppdragsgjevar driv eit prosjekt med veldig små marginalar, slik at sjølv ein marginal prissauke veltar heile prosjektet, men utan at ekstrakostnaden ved skifte objektivt er vesentlig.

Spørsmålet er om det er riktig forståing at vilkåra er kumulative.

---

<sup>102</sup> Arrowsmith, s. 601.

<sup>103</sup> Simonsen, s. 427.

<sup>104</sup> Svor, s. 70.

Ei naturleg forståing av ordlyden i forskrifta, som nemnt ovanfor, tilseier kumulative vilkår. Også i Direktivet blir det brukt bindeord mellom vilkåra, jf. «and».<sup>105</sup> Dette er tunge argument for at det faktisk er kumulative vilkår.

Spørsmålet er ikkje handsama i høyringsnotat eller forarbeid og har framleis ikkje vore oppe i praksis. Det næraste ein synast å kome er rettleiaren frå Nærings- og fiskeridepartementet som presiserer at samtlege vilkår i føresegna må vere oppfylt, utan noko grunngeving.<sup>106</sup>

I andre land finn ein dels ulik gjennomføring av Direktivet. I den danske loven er det kumulative vilkår, men her har pkt. 1 ei anna vilkårsformulering enn umoglegheit, som gjer det meir naturleg med kumulative vilkår.<sup>107</sup>

I den britiske gjennomføringa av direktivet er det i denne føresegna eksplisitt oppstilt alternative vilkår, som brukar bindeordet “or”.<sup>108</sup>

Arrowsmith har ikkje kommentert problemet, men Sanchez-Graells uttalar at dette er det einaste punktet i den britiske gjennomføringa av direktivet som er forskjellig “in a (seemingly) material way”. Under spørsmålet om det er riktig gjennomføring at vilkåra er alternative uttalar han at “the divergence is material because the second condition seems to impose a “threshold of significant inconvenience/duplication of cost” that gets lost if both conditions are not met simultaneously”. Sanchez-Graells konkluderer med at dette potensielt kan leie “an infringement of EU law” og rådar oppdragsgjevarar som vurderer tilleggsleveransar til å tolke vilkåra som kumulative for å unngå søksmål.<sup>109</sup>

I norsk litteratur kan nemnast at Simonsen meiner at ein kan sjå bort frå naturleg ordlydstolking og heller tolke regelen som alternative grunnlag for direkteanskaffingar.<sup>110</sup> Goller føreset derimot at det er tale om kumulative vilkår i både for både naudsynte tilleggsleveransar og ved uførutsette omstende, men går ikkje inn på problemstillinga.<sup>111</sup>

---

<sup>105</sup> EU/2014/24 art. 72 nr. 1 bokstav b

<sup>106</sup> Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 327

<sup>107</sup> Liljenbøl, Balle, s. 393

<sup>108</sup> jf. Public Contracts Regulations 2015 regulation 72(1)(b)

<sup>109</sup> Uttalen er henta frå nettsida hans <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/06/modification-of-contracts-during-their.html> (sitert 19.11.2018), med vidare tilvisning til boka hans *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd edition, Hart Publishing 2015, s. 426-429.

<sup>110</sup> Simonsen, s. 427.

<sup>111</sup> Goller, s. 259.

Om det er tale om kumulative eller alternative vilkår er etter dette uklart. Spørsmålet kan tenkast å avhenge av korleis ein tolkar tersklane i dei ulike vilkåra, t.d. om ein kan forstå vilkåret i pkt. 1 som mindre strengt enn umoglegheit, som kan innbere at vurderingane ikkje konsumerast. Den endelege løysinga må vere opp til praksis å avgjere.

### 3.2.6 Slektskap til FOA § 13-4 bokstav c

Endringsheimelen om tilleggsleveransar er langt på veg i samsvar med FOA § 13-4 bokstav c, som regulerer anskaffingar utan konkurranse for tilleggsleveransar frå den opphavlege leverandøren. Det er nyansar og ulik systematikk, men ein har her to føresegner som regulerer den tilnærma same situasjonen for tilleggsleveransar. Det er ikkje enkelt å sjå grunnane for ei slik dobbelthandsaming, særlig fordi reglane tilnærma har det same innhaldet.<sup>112</sup>

Tilleggsleveransar etter § 28-1 skjer under ein eksisterande kontrakt. Slike endringar kan difor naturleg nok berre skje dersom kontrakten fortsatt er gjeldande. Det vil seie at det ikkje er mogleg å kjøpe tilleggsleveransar som endring i kontrakt etter kontraktens utløp. I så fall må § 13-4 utgjere mogleg grunnlag for slike leveransar.<sup>113</sup>

Ein annan forskjell er verdiendringskravet på 50 % som avgrensar endringstilgangen. Dette kan indikere at det er mogleg å gjennomføre ny anskaffing av *større* tilleggsleveransar etter § 13-4 bokstav c frå den opphavlege leverandøren, enn gjennom endring i eksisterande kontrakt. Til gjengjeld gjeld det eit øvre kontraktlengdekrav i § 13-4 om at slike kontraktar normalt ikkje skal overstige tre år.

Når det kjem til endring etter § 28-1 er det naturleg med ei slik øvre verdiavgrensing. Andre omsyn gjer seg gjeldande ved inngrep i eit eksisterande rettsforhold enn ved heilt nye anskaffingar der ein i utgangspunktet står fritt.<sup>114</sup> Difor har ein naturleg ikkje verdiavgrensing i § 13-4, ettersom denne regulerer ny anskaffing.

Det er problematisk dersom ein enkelt kan omgå verdiendringskravet på 50 % ved heller å berre inngå ny kontrakt etter FOA § 13-4 bokstav c, men det er vanskeleg å sjå for seg at dette ville blitt akseptert i praksis. Ut frå samanhengen i regelverket må det seiast å gjelde eit

---

<sup>112</sup> Simonsen, s. 428.

<sup>113</sup> Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 328.

<sup>114</sup> Simonsen, s. 429



generelt prinsipp/forbod mot å omgå anskaffingsregelverket, som set ein stoppar for slike situasjonar.

### **3.2.7 Oppsummering**

Tilleggsleveransen skal kunne føretakast for sikre framleis kontraktgjennomføring og det er føremålslaust å kunnjere og gjennomføre ny konkurranse. Problemet er at ein er avhengig av fleire til dels vanskelege vilkår med tilsynelatande høge og uklare tersklar, som gjer regelen mindre fornuftig og samsvarar dårlig med føremålet om større rettsvise. Korleis desse skal forståast er opp til praksis å avgjere. Ei rettesnor kan vere at dersom tilleggsleveransen er *naudsynt* for å gjennomføre kontrakten og det er *uføreholdsmessig vanskeleg* å skifte leverandør, bør dette tale for at tilleggsleveransen tillatast.

Dersom vilkåra ikkje er oppfylt og ny konkurranse kunnjerast, kan eventuelt dei tekniske og økonomiske aspekta ved å tilpasse nytt utstyr i staden vektleggast som ein del av tildelingskriteria.

## **3.3 Naudsynte endringar som fylgje av uførutsette omstende, jf. § 28-1 (1) bokstav d**

Uavhengig av førebuingane i forkant av kunnjeringa kan det oppstå uførutsette omstende som oppdragsgjevar ikkje har hatt i tankane i konkurransefasen, men som materialiserer seg i kontrakttida og krev endringar i den inngåtte kontrakten.

FOA § 28-1 (1) bokstav d opnar for at ein kan foreta endringar som er «nødvendige» som fylgje av «omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse», men berre så lenge «anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret» og «prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien».

Endringsheimelen er særlig aktuell ved langvarige kontraktar, der sjansen større for at uførutsette omstende kan inntreffe. Å alltid måtte gjennomføre ny konkurranse for å tilpasse kontrakten slike omstende vil kunne vere uturvande tids- og ressurskrevjande.

Oppdragsgjevar vil ha behov for ein viss grad av fleksibilitet til å tilpasse kontrakten i løpet av kontraktperioden og sikre at endeleg resultat blir så optimalt som mogleg.

### 3.3.1 Vilkår

Dei aktuelle endringane må for det første vere «nødvendige», på same måte som i bokstav c. Kva som nærare ligg i dette, sjå pkt. 3.2.1.

Bokstav d har i utgangspunktet eit vidare nedslagsfelt ettersom den gjeld alle endringar og ikkje berre tilleggsleveransar. Derimot stiller regelen krav til årsakssamanheng: endringsbehovet må skuldast dei aktuelle uførutsette omstenda, jf. «nødvendig som følgje av». Endringane kan ut frå dette ikkje gå lenger enn det som er naudsynt for å møte dei uførutsette omstenda.

Det avgjerande for kva omstende som er relevante er kva ein aktsam oppdragsgjevar kunne føresjå ved kunngjering av avtalen. Det må vere omstende som oppstår *til tross for* at oppdragsgjevar har føretatt rimeleg flittige førebuingar i høve den opphavlege konkurransen.<sup>115</sup> Det er tale om ei objektiv vurdering av om det kunne krevjast at oppdragsgjevar kunne eller burde føresjå forholda.<sup>116</sup> Vurderinga gjeld konkret for kvar anskaffing.

I aktsemdvurderinga skal det takast omsyn til ulike moment ved anskaffinga.<sup>117</sup>

Oppdragsgjevars ressursar og anskaffingas natur og karakter har betydning. I vurderinga av kva krav som stillast til førebuingane gjeld det eit førehaldsmessigheitprinsipp mellom førebuingane og det anskaffinga gjeld. Ved større, dyre anskaffingar er førbuingskravet såleis tilsvarande høgt.

Eit anna moment som kan vektleggjast er bransjepraksis. T.d. er det for bygge- og anleggskontraktar typisk kjend at fleire endringsbehov oppstår, også allereie på kunngjeringstidspunktet. Ettersom føreseigna særleg aktuell i langvarige kontraktar, vil endringar som skjer raskt etter kontraktinngåing lettare bli sett som omstende ein aktsam oppdragsgjevar burde føresett.

Relevante omstende synast etter dette å vere av ein fleksibel størrelse avhengig av oppdragsgjevaren og anskaffinga.<sup>118</sup> Stillast det strenge krav til kva oppdragsgjevar burde ha føresett, innskrenkast verkeområdet for endringsheimelen, men verken ordlyden eller fortalen

---

<sup>115</sup> EU/2014/24 Fortalen (109).

<sup>116</sup> NOU 2014:4, s. 113.

<sup>117</sup> Dei nemnte momenta her fylgjer av EU/2014/24 Fortalen (109).

<sup>118</sup> Treumer, s. 294

tilseier ei rigid tolking.<sup>119</sup> Det kan likevel nemnast at EU-domstolen til no endå ikkje i noko tilfelle har akseptert påstandar frå oppdragsgjevarar om at det har føreligge uførutsette omstende.<sup>120</sup>

Generelt kan ein leggje til grunn at force majeure-forhold naturleg nok er omfatta. Sjølv den mest aktsame oppdragsgjevar kan som hovudregel ikkje forventast å føresjå slike omstende.

Andre ukontrollerbare tilfelle av meir forretningsmessig karakter kan også tenkast å vere omfatta, for eksempel at leverandøren går konkurs eller av andre grunnar kan levere, for eksempel på grunn av brann i produksjonslokale, streik osv.<sup>121</sup> Slike forhold beror likevel i større grad på aktsemdvurderinga.

Ulike oppfatningar hjå partane, endring av prioriteringar, at oppdragsgjevar ombestemmer seg eller reint slurv, kunne lett vore unngått med større aktsemd. Endringsbehov som oppstår som fylgje av dette kan sjeldan seiast å utgjere uførutsette omstende.<sup>122</sup>

Vidare er det ofte ein realitet at det ligg dårlig planlegging og grunnarbeid til grunn ved utarbeiding av kravspesifikasjonane. Dette er heller ikkje tilstrekkelig, jf. KOFA 2014/14, der oppdragsgjevar gjorde hundrevis av endringar i ein bygge- og anleggskontrakt og gjorde gjeldande desse var naudsynte som fylgje av uførutsette omstende. KOFA uttalte at endringane gjaldt forhold som det ikkje var unaturleg eller urimelig å forvente at ein byggherre avklarte før kunngjøring.

Eit utslag av at aktsemdvurderinga er av ein relativ storleik etter anskaffinga sin karakter, er at denne endringsheimelen i kombinasjon med § 28-1 (1) bokstav a om endringsklausular, kan danne eit godt verktøy for oppdragsgjevars prosjektstyring.<sup>123</sup> Kva som rimeleg kan krevjast av ein aktsam oppdragsgjevar vil også kunne vere med å trekke grensa for kva endringar oppdragsgjevar bør sørge for å ha grunnlag for i endringsklausuler, og vice versa. Dette er føresetnadsvis også slått fast av EU-domstolen, seinast i Finn Frogne-saken.<sup>124</sup> Meir om dommen og kritikken i pkt. 4.2.3.

---

<sup>119</sup> Simonsen, s. 430

<sup>120</sup> Bokwall Rislund, s. 33

<sup>121</sup> Dragsten, s. 162. Dette kan også ha samband med vilkåret handsama i pkt. 3.2.2.

<sup>122</sup> Liljenbøl, Balle, s. 394. Sjå C-385/02, *Magistrato per il Po de Parma* som eksempel på dårlig planlegging.

<sup>123</sup> Svor, s. 73.

<sup>124</sup> C-549/14, *Finn Frogne* (31-40).

Som eksempel på uførutsette omstende har KOFA akseptert at kommunesamanslåingar kan gjere det naudsynt med endingar, typisk aktuelt i langvarige kontraktar.<sup>125</sup> Andre eksempel kan vere der det er anskaffa ei langvarig transportkontrakt, men pga. av politiske vedtak som t.d. vegomlegging eller bygging av ny skule eller sjukehus, blir passasjergrunnlaget ein rekna med i opphavleg konkurranse forskuvt. Dette er omstende som moglegvis kan akseptast. Eit vanskelig aspekt som vil inngå i aktsemdvurderinga vil derimot vere å fastslå tidspunkt der noko går frå å vere ein fjern moglegheit til å bli sannsynleg, for eksempel å fastslå når politiske vedtak er endelege.

### 3.3.2 Absolutte avgrensingar

Av føresegnas pkt. 1 fylgjer den kvalitative avgrensingar som er kjend frå bokstav b. Endringa er berre tillate dersom anskaffinga sin «overordnede karakter» ikkje blir endra. For innhaldet i forbodet, sjå pkt. 3.1.3.

Eit utslag av forbodet i høve uførutsette omstende, er at sjølv om endringa reelt er ein konsekvens av uførutsette omstende, kan den likevel ikkje heimlast i bokstav d dersom endringa skil seg for mykje frå det opphavlege kontraktarbeidet. Oppdragsgjevar kan for eksempel ikkje tildele eksisterande leverandør i oppgåve å handtere vesensforskjellige krav enn opphavleg kontrakt gjaldt, sjølv om nye krav kan oppstå av dei same uførutsette omstenda.<sup>126</sup>

Endringstilgangen er vidare i uførutsette tilfelle som føresegna regulerer, men ein kan likevel ikkje ved slike omstende rettferdiggjere uavgrensa endringar. Dersom det er heilt naudsynt å endre kontrakten pga. uførutsette omstende, men dette vil endre den overordna karakteren, kan eit alternativ vere å heller vurdere direkteanskaffing etter § 13-4 dersom tidsnauda er sterk nok. Eventuelt må ny konkurranse kunnigjerast.

Av føresegnas pkt. 2 fylgjer den kvantitativ avgrensinga og er tilsvarande avgrensinga i bokstav c, pkt. 3. Endringa kan berre skje dersom prisauka ikkje overstig 50 prosent av den opphavlege kontraktverdien og dersom det skjer fleire endringar etter kvarandre pga. uførutsette omstende, så gjeld grensa for kvar enkelt endring.

---

<sup>125</sup> KOFA 2017/56, der samanslåing med Tjøme kommune i 2018 omstende Nøtterøy kommune ikkje med aktsemd kunne førtsjå då dei kunnigjorde konkurranse om kvalitetssikringssystem i 2008. Saken gjaldt FOA del II, men illustrerer godt.

<sup>126</sup> Arrowsmith, s. 600.

Ordlyden viser til *prisauke* som fylgje av endringa, men etter omstenda kan det tenkast endringar som medfører prisreduksjonar som fylgje av uførutsette omstende.<sup>127</sup>

Det er prisauka, eventuelt reduksjonen, endringa inneber som er det sentrale. Ved alle endringane skal verdiendringa vurderast opp mot den opphavlege kontraktverdien, og ikkje opp mot verdien kontrakten har fått gjennom tidlegare endringar.

For vurderinga av korleis ein reknar verdien av endringa og kva som utgjer ei eller fleire endringar, sjå pkt. 2. Endringa må ikkje ha som føremål å omgå forskrifta, t.d. splitte opp ei endring i fleire for å kome under 50%-grense. Sjø elles det som er sagt om omgåingsforbodet i pkt. 2.

### **3.3.3 Oppsummering av føresegna og forholdet til bokstav c**

Endringsheimelen er i stor grad avhengig av kor strenge aktsemndkrav som blir stilt for den enkelte anskaffinga, men reguleringa er hensiktsmessig og kan sikre fleksibiliteten til å gjennomføre typisk langvarige kontraktar. Kontraktendringar som fylgje av uførutsette omstende bør som hovudregel akseptast føresett at oppdragsgjevar har vore tilstrekkeleg akksam og endringa berre gjerast så langt det er naudsynt for å tilpasse kontrakten dei nye omstenda.

Det er særleg viktig at endringa er *førehaldsmessig* for at den skal tillatast. Dersom endringsbehovet blir for omfattande må alternative heimelsgrunnlag søkast, eventuelt ny konkurranse kunngjerast.

Fleire situasjonar kan ofte vurderast både under bokstav c og bokstav d. Her er det ein naturleg samanheng, ettersom uførutsette omstende typisk skapar eit behov for naudsynte tilleggssytingar. Føresegnene skal dekke ein stor del av oppdragsgjevars viktigaste endringsbehov og utfyller kvarandre. Kva heimel som er aktuell vil ofte avhenge om endringane skuldast førutsette eller uførutsette omstende.

Heimelen i bokstav d framstår på eit vis som ei slags øvre grense for tillatne endringar før ein må over i den heilskaplege vesentlegvurderinga etter § 28-2. Utviding av kontraktar ut over 50 prosentgrensa, samt endringar av lågare verdi når oppdragsgjevar burde ha førutsett

---

<sup>127</sup> Basert på argumentasjonen i C-549/14, *Finn Frogne* (premiss 30).

endringa i konkurransegrunnlaget, må sjåast som tilleggsleveransar som marknaden må få tilgang til gjennom ny konkurranse.

### 3.4 Prisindeksklausular og endringskunnngjering

FOA § 28-1 (2) presiserer at dersom kontrakten inneheld ein prisindeksklausul, skal prisauka som fylgje av endringar etter heimlane i bokstav b til d reknast med utgangspunkt i den justerte prisen. Dette er altså aktuelt i høve prosentgrensene i dei ulike føresegnene og regelen må naturleg nok også gjelde ved prisreduksjonar, der dette er aktuelt.

Vidare fylgjer det av § 28-1 (3) at oppdragsgjevar skal kunnngjere endringar som høvesvis gjeld naudsynte tilleggsleveransar og fylgjer av uførutsette omstende, etter reglane i § 21-1 som regulerer framgangsmåten ved kunnngjeringar. Kunnngjeringsplikta for endringar er ny med det nye regelverket, men utover framgangsmåten, føreligg det ingen regulering eller andre kjelder som seier noko meir om kva kunnngjeringsplikta inneber ved endringar og kva konsekvensar det har.

Kunnngjering av anskaffingar reknast som eit av dei viktigaste verkemidla for å sikre at oppdragsgjevar opptre i samsvar med dei grunnleggande prinsippa.<sup>128</sup> For slike anskaffingskunnngjeringar er plikten streng. Ei streng plikt bør også tenkast å gjelde ved endringar. Ettersom tilleggsleveransar og endringar som fylgje av uførutsette omstende har relativt høge kvantitative avgrensingar, kan det bli tale om relativt store verdiendringar. Av omsyn til prinsippa om konkurranse og likebehandling bør kunnngjeringa gje tilstrekkeleg informasjon til forbigåtte leverandørar og gje kunnskap om endringane, så dei kan vurdere om dei vil «angripe» desse.<sup>129</sup>

Om det gjeld ei slik streng for kunnngjeringar er uklart, men basert på få klager som gjeld etterfylgjande endringar, så kan det tyde på at plikta ikkje blir praktisert strengt i praksis.<sup>130</sup>

Eit interessant spørsmål er om ei slik endringskunnngjering har same rettsverknad som intensjonskunnngjeringar, jf. FOA § 21-5. Er det publisert ei intensjonskunnngjering etter ei forsvarlig vurdering, kan ikkje ei seinare påvist ulovlige direkteanskaffing rammast av

---

<sup>128</sup> Nærings- og fiskeridepartementets rettleiar, s. 232

<sup>129</sup> Thue, Buan, mfl., s. 809

<sup>130</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Danske klagesager om udbud - Fra 1. juni 2013 til 30. juni 2016, s. 25, jf. fotnote 30 ovanfor.

sanksjonar eller kjennast utan verknad. Det er ingen rettskjelder som løyser dette spørsmålet og det framstår uklart om nokon eigentleg har sett desse spørsmåla.

## 4 Forholdet mellom tillatne typetilfelle og FOA § 28-2

Det er mest naturlig å forstå systemet i forskrifta slik at dersom vilkåra i endringsheimlane i § 28-1 er oppfylt, inneber dette at endringane er lovlege anten dei elles hadde blitt rekna som vesentlege eller ikkje. Dette fylgjer direkte av Direktivet, men er ikkje gjort like klar i den norske forskriften.<sup>131</sup> Likevel kan dette lesast ut av systematikken mellom § 28-1 og 28-2.<sup>132</sup> Endringsheimlane i 28-1 vil ofte vere i strid med typetilfella i § 28-2, men godtakast fordi særlege omsyn til ressurseffektivitet gjer seg sterkt gjeldande.

### 4.1 Den heilskaplege vesentlegvurderinga, jf. § 28-2

Etter FOA § 28-1 (1) bokstav f er alle endringar uansett verdi tillate, så lenge ikkje reknast som vesentlege og viser med det til FOA § 28-2. Denne føresenga inneheld den overordna materielle forbodsføresegna som slår fast at vesentlege endringar er forbode. Av denne fylgjer det at ei endring ikkje er tillate dersom den fører til at innhaldet i kontrakten blir vesentleg forskjellig frå den opphavlege kontrakten.

Vesentlegvurderinga skal skje på grunnlag av ei heilskapleg vurdering av endringa og alle aspekt ved saken kan ha betydning. Det er heilt sentralt å vurdere korleis endringa «triggjar» dei grunnleggande prinsippa bak regelverket og kor sterkt endringa vil vere ressurseffektiv i tråd med føremålet.

Ei rettesnor kan vere, på same måte som etter § 28-1, om oppdragsgjevar endrar kontrakten ut frå naturlige og rasjonelle forretningsmessige grunnar og om endringa er førehaldsessig. Ein ynskjer ikkje at oppdragsgjevar skal bli tvunge til å leve vidare med ein uhensiktsmessig kontrakt, berre fordi dette er eit betre alternativ enn ny og kostnadskrevjande konkurranse. Dersom endringa derimot er konkurransevridande og framstår som ei omgåing av reglane, skal det mindre til for at endringa sjåast som vesentleg.

Vidare fylgjer fire grupper av endringstilfelle som alltid skal sjåast som vesentlege i bokstav a-d.<sup>133</sup> Dette er endringar som inneber nye vilkår som kunne gjort det mogleg at andre

---

<sup>131</sup> EU/2014/24 art. 72 nr. 2.

<sup>132</sup> Thue, Buan, mfl., s. 1017.

<sup>133</sup> Bygger på premissa frå C-454/06, *Pressetext* (32 flg.).



leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at kontrakten kunne blitt tildelt ein annan leverandør. Vidare dersom endringa endrar kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren, utvidar kontraktomfanget betydelig eller gjeld skifte av leverandør i andre tilfelle enn § 28-1 (1) bokstav e nemner. Førretar oppdragsgjevar slike endringar utan ny konkurranse, vil det utan vidare bli sett som ei ulovlig direkte anskaffing.

Oppdragsgjevar er meint å få eit større handlingsrom.<sup>134</sup> Likevel inneber typetilfella at endringar ikkje kan påverke kontrakten meir enn at det etter endringa framleis er sannsynlig at valt leverandør ville hatt det beste tilbodet. Endringar som derimot går i disfavour leverandøren er ikkje eigna til å påverke konkurransen og vil i utgangspunktet ikkje utgjere vesentlege endringar.<sup>135</sup>

Det sentrale er at plikta til å gjennomføre ei ny anskaffing oppstår dersom det skjer ei vesentleg endring av kontraktvilkåra og dette viser at det var partane si vilje å reforhandle avtalens grunnleggande element.<sup>136</sup> Forbodet og typetilfella i § 28-2 er i stor grad uttrykk for ivaretaking av dei grunnleggande prinsippa som fylgjer av LOA § 4.

## 4.2 Grenseland mellom §§ 28-1 og 28-2

Typetilfella i § 28-1 er ikkje ei uttømmende regulering av lovlege endringar og fylgjeleg kan fleire andre typetilfelle tenkast.<sup>137</sup> Når ein er kome til vesentlegvurderinga har ein truleg anten fastslått at endringa ikkje fyller vilkåra i endringsheimlane i § 28-1, men det kan også tenkast at oppdragsgjevar ikkje har forstått om den aktuelle endring kan først under desse heimlane pga. dei til dels vanskelege vilkåra og vurderingane.

Visse særskilte spørsmål og situasjonar kan oppstå i relasjon til endringsheimlane i § 28-1 bokstav b, c og d. Dersom ein t.d. finn seg i grenseland eller ei gråson, for eksempel like utanfor vilkår eller prosentgrenser, kan det likevel føreligge særlege grunnar for å tillate endringa. Dette fordrar ei vurdering av korleis desse situasjonane kan forholde seg til vurderinga av vesentlege endringar som ikkje er tillate etter § 28-2, og er tema i det vidare.

---

<sup>134</sup> Goller, s. 259.

<sup>135</sup> Fylgjer føresetnadsviis av C454/06, *Pressetext* (62).

<sup>136</sup> *Ibid.* (34).

<sup>137</sup> Sjå t.d. Arrowsmith, s. 602 og Treumer, s. 148.

### 4.2.1 Forholdet mellom vesentlegvurderinga og de minimis-regelen:

Rettsfunksjonen til de minimis-regelen er utelukkande å trekke ut av vesentlegvurderinga dei heilt opplagte tilfella, ikkje å fastsetje yttergrenser. Som nemnt i pkt. 2.1 kan det likevel diskuterast kva betyding de minimis-regelen i realiteten vil ha i ljøs av dei låge terskelkrava, og særleg for vare- og tenestekontraktar. Det vil ofte vere minimalt med endringar, så med andre ord kan ein ofte finne seg i situasjonen der ein er utanfor de minimis-regelen og må vurdere opp mot vesentlegnorma i § 28-2.

Forbodet i de minimis-regelen mot å endre anskaffinga sin overordna karaktere er absolutt. Dersom verdiendringa overstig terskelkrava, kan det derimot framleis vere opplagt at endringa ikkje er vesentleg.

Eit problematisk punkt når ein er over de minimis-tersklane, er at den økonomiske balansen forskuvast i retning leverandøren, ei endring som etter § 28-2 bokstav b skal sjåast som vesentleg. Systematikken i forskrifta tilseier på den andre sida at ei endring over terskelverdiane ikkje automatisk skal sjåast som vesentleg, ettersom «alltid»-regelen i § 28-2 viser særleg til § 28-1 (1) bokstav f. Endringar som medfører høgare prisauke over verdiendringskrava vil difor måtte vurderast konkret.

Som nemnt i pkt. 2.1 krev de minimis-regelen at prisauka skjer som ein *konsekvens* av ei endring. Ved ei rein prisauke er ein i utgangspunktet utanfor regelen. Det kan det likevel spørjast om de minimis-regelen rammar ein kvar prisendring som er til fordel for leverandøren, eller om det kan være rom for mindre prisjusteringar.

Arrowsmith hevdar at visse mindre prisendringar er akseptable, sjølv om dette inneber ei lita forskuving av den økonomiske balansen, og at dette gjeld dersom det føreligg ein særleg god grunn.<sup>138</sup> Goller har same synet og presiser at dette kan vere tilfelle særleg dersom prisauka skuldast eksterne, objektive mekanismar, t.d. valutajusteringar.<sup>139</sup> Dette vil harmonere med føremålet om auka verdiskaping i samfunnet ved å sikre mest mogleg effektiv ressursbruk ved offentlege anskaffingar.<sup>140</sup>

Fylgjeleg kan mindre reine prisaukingar etter omstenda tenkast å vere tillate.

---

<sup>138</sup> Arrowsmith, s. 585–586.

<sup>139</sup> Dette var situasjonen som blei akseptert i C454/06, *Pressetext*.

<sup>140</sup> Goller, s. 268.

Eit anna særleg interessant og praktisk spørsmål i tilknyting situasjonen der ein er over verdiendringsgrensene, er om ein kan avtale tilgang til større prosentvise endringar enn det som fylgjer av § 28-1 bokstav b.

Problemstillinga er særleg aktuell i høve bygge- og anleggskontraktar, ettersom de minimis-grensa på 15 % her samsvarar med endringsheimlane i mange av standardkontraktane.<sup>141</sup> Desse gjev byggherren tilgang til å gjere, samt påleggje visse kontraktendringar. Det er også relativt vanlig i praksis å ha ei høgare grense i standardkontraktane.<sup>142</sup> Som eksempel kan nemnast at Statsbygg i si totalentreprisepkt. 14.1 opererer med ei grense på 25 % i sin standard. Utforminga av standarden tilsvarar elles NS 8407 pkt 31.1, men denne opererer med 15 %.

Slike vilkår i standardkontraktane vil nok etter omstenda kunne stå i eit spenningsforhold til anskaffingsregelverket, både de minimis-regelen og reguleringa av endringsklausular.

Kva gjeld de minimis-regelen i FOA, kan endringsføresegnene i NS-kontraktane minne om regelen, men det er i større grad ein einsidig endringstilgang. Føremålet er likevel det same: naudsynt fleksibilitet for å sikre kontraktgjennomføring.

Endringar etter avtalar med høgare prosentgrenser, og der endringa faktisk overstig grensa på 10/15 %, vil *ikkje direkte* kunne ha heimel i de minimis-regelen. Det er ikkje med det sagt at slike endringar er vesentlege. Det kan diskuteras om endringar som fylgjer endringsføresegner i NS-kontraktar bør utgjere ulovlege direkteanskaffingar, ettersom omforente standardvilkår i bygge- og anleggsbransjen ikkje vil vere konkurranseskadelige.<sup>143</sup>

Nettopp det at høgare grenser blir avtala i praksis viser at endringar føretatt etter slike avtalar ikkje treng å vere vesentlege. Standardkontraktar er ofte å føretrekke, ettersom dei bidrar til likebehandling og rettsvise for alle partar. Difor er det også ein hovudregel i anskaffingsregelverket at standardkontraktar skal brukast på dei kontraktområda dei finnast.<sup>144</sup>

Dette har ei side til endringsklausular og det er høve for å avtale dette etter § 28-1 (1) bokstav a, så lenge krava i § 19-1 (2) blir møtt. Føresegna stiller ingen eksplisitte verdigrenser for

---

<sup>141</sup> Jf. t.d. NS 8401, NS 8405, NS 8406, NS 8407.

<sup>142</sup> Nordtvedt, s. 451.

<sup>143</sup> Sjå eksempel i KOFA 2014/139 (Frå 57 og utover)

<sup>144</sup> Jf. FOA § 19-1 (1).

endringsklausular, men forbodet mot å endre anskaffingas overordna karakter gjeld. Avtalar lik dei i NS-kontraktane kan sjeldan seiast å stride mot dette forbodet, men dette må vurderast konkret for den enkelte klausul.

Det utfordrande er derimot *klarleikskravet* som stillast til endringsklausular; det skal fylgje klart av endringsklausulen kva endringar som kan føretakast, i kva omfang og på kva vilkår. Klarleikskravet skal etter Direktivet tolkast strengt, av omsyn til rettsvisse og likebehandling av potensielle leverandørar.

Dersom høgare avtalte grenser skal vere lovleg etter ein endringsklausul, må grunnane for dette presist grunnjevast for at endringane skal vere lovelege etter anskaffingsregelverket. Utan slik grunngeving ville ein enkelt kunne omgått anskaffingsregelverket og de minimis-regelen.

Kor grensa eventuelt går for kor høge prosentgrenser ein kan avtale er ikkje klart, men særlege behov må gjere seg gjeldande og det må spesifiserast kvifor ein har valt ein større endringstilgang. T.d. opererer naudsynte tilleggsleveransar og uførutsette omstende som tidlegare nemnt med 50 %. Grunngevinga for desse heimlane er at det gjer seg særlege omsyn gjeldande for å tillate slike endringar, så det kan vanskeleg tenkast at ein kan avtale så høge prosentgrenser.

Spørsmålet om ein kan avtale høgare grenser må etter dette svarast bekreftande, men ikkje med heimel i de minimis-regelen. Dersom sterke nok behov gjer seg gjeldande og dette er gjort tilstrekkeleg klart for alle potensielle leverandørar, kan slike avtalar og endringar vere tillate etter § 28-1 (1) bokstav a, jf. § 19-1 (2).

Realiteten er nok at endringsklausulen i NS-kontraktane sjeldan vil vere klare og presise nok, men heller generelt utforma. Om høgare avtalte grenser kan tillatast utan at endringsbehovet er klart nok presisert, kan nok tenkast ut frå ein tanke om at omsynet til likebehandling og rettsvisse blir ivaretatt når endringa fylgjer av bransjepraksis og omforente endringsvilkår. Dette beror på ei konkret heilskapsvurdering etter § 28-2.

#### **4.2.2 Forholdet mellom naudsynte tilleggsleveransar og vesentleg-vurderinga**

I forhold til reguleringa av naudsynte tilleggsleveransar kan også situasjonar i grenseland utanfor § 28-1 (1) bokstav c oppstå. For eksempel dersom endringa ikkje kan sjåast som ein tilleggsleveranse, eller dersom at endringa ikkje er tilstrekkeleg naudsynt. Her må ein i så fall falle tilbake på heilskapsvurderinga i § 28-2.

Det kan tenkast at grensespørsmål her typisk vil knyte seg til forståinga av føresegna, herunder tersklane, kva som skal til for at vilkåra er oppfylt og om det er kumulative vilkår, jf. pkt. 2.2.3. Vilråra som må vurderast i § 28-1 gjer ofte ikkje vurderinga noko særlig enklare eller klarare enn om ein hadde gjort vurderinga etter § 28-2. Meininga er at det skal vere enklare for oppdragsgjevar å vite kva tilleggsleveransar som kan bestillast, men dette er ikkje opplagt etter forskriftas regulering. Tekniske og økonomiske vanskar vil vere sentralt for moglegheita av kontraktgjennomføringa og er uansett moment som bør vektleggjast, også utanfor § 28-1.

### **4.2.3 Uførutsette omstende i vesentleg-vurderinga**

Dersom ein er utanfor reguleringa i § 28-1 (1) bokstav d er eit interessant spørsmål som oppstår kva tyngde omsynet til uførutsette omstende, endringsintensjonen og føreseielegheit då kan ha for spørsmålet om endringa er lovleg.

Det er særleg avgjerda C-549/14, *Finn Frogne*, frå EU-domstolen som har aktualisert dette spørsmålet. Saken gjaldt anskaffing av eit komplekst nødkommunikasjonssystem til det danske Rigspolitiet. Under kontraktgjennomføringa oppstod det store problem, den opphavlege leveransen måtte leggest om, partane forhandla seg frem til ei minneleg løysing og unngjekk dermed rettstvist. Problemet at forliket medførte store endringar i prosjektet og kontraktverdien blei redusert fra 527 millioner danske kroner til 35 millioner. Endringane var aldri eit ynskje frå partane, men skuldast uførutsette vanskar. Forliket ser i utgangspunktet ut som ei hensiktsmessig og ressurseffektiv løysing når alt først gjekk skeis.

EU-domstolen var usamd og meinte at likebehandlingsprinsippet og omsynet til dei forbigåtte leverandørane ved så store reduksjonar som denne saken gjaldt gjorde seg så sterkt gjeldande at forliket måtte sjåast som ei vesentleg endring. Domstolens la også vekt på at der det føreligg uvisse knytt til kontrakten, må oppdragsgjevar heller ta høgde for kontraktsamanbrot ved å legge inn endringsklausuler i opphavleg konkurransegrunnlag dersom uførutsette vanskar skulle oppstå, sjå pkt. 2.3.1.

Dommen er kritisert. Sjølv om Domstolen hadde høve til å klargjere rettstilstanden, kommenterast ikkje forholdet til det nye regelverket og etterlatar stor usikkerheit. Domstolen uttalar at uførutsette omstende *ikkje har betydning* ved vurderinga av om endringa er vesentleg, sjølv om fleire føresegner i den nye forskrifta nettopp inneheld spesifikke reglar som er meint for og etter omstenda aksepterer endringar i ein slik situasjon.<sup>145</sup> Endringsintensjonen tilleggas vidare ikkje betydning, sjølv om partanes *vilje* til å reforhandle kontrakten er eit sentralt vurderingsmoment i vesentlegvurderinga.<sup>146</sup> Domstolen går dermed i motsett retning av dei nye reglane.

Implisitt synast EU-domstolen i denne saken å indikere at alle aktsame oppdragsgjevarar må føresjå moglegheita for at kontraktforholdet kan bryte saman, ein risiko som alltid føreligg, men domstolen synast vidare å krevje en full kontraktregulering av korleis eit slikt opphøyr av kontraktforholdet skal skje. I teorien er EU-domstolen kritisert for at den langt på veg antar at det er mogleg å utforme perfekte kontraktar og uttømmande regulere alle moglege konsekvensar i endringsklausular, utan å erkjenner at slike endringsklausular også kan vere heilt ineffektive, for eksempel i situasjonar som gjeld kontraktsamanbrot.<sup>147</sup> Dette kan ironisk nok også ha som konsekvens at minnelege løysingar og forlik likevel må søkast av partane.

Det nye regelverket var meint å vere ei kodifisering av tidlegare EU-praksis, men viser at hensiktsmessige og rasjonelle endringar i større grad vil kunne aksepterast enn der partane bevisst prøver å omgå regelverket. Sjølv om det nok er riktig at den konkrete verdireduksjonen i saken var for stor til å aksepterast, samsvarar Domstolens uttalar dårlig med kodifiseringas føremål og synd dersom uførutsette omstende ikkje kan tillegkast betydning i andre tilfelle enn § 28-1 (1) bokstav b.

Avgjerda framstår som ei upraktisk løysing som ignorerer den kommersielle røynda og inneber urettferdig strenge vilkår for kontraktendringar når ein først har hamna i situasjonen der kontraktforholdet går ad undas. Oppdragsgjevar hamnar i ein «catch 22» ved å enten bli verande i eit ikkje-fungerande kontraktforhold som medfører at oppdragsgjevar ikkje får fylt behovet som anskaffinga skulle fylle, eller å måtte bruke betydelige midlar i ny konkurranse og etableringa av nytt, forhåpentlegvis fungerande kontraktforhold.

---

<sup>145</sup> Både i FOA kap. 28 og 13.

<sup>146</sup> EU/2014/24 Fortalen (107).

<sup>147</sup> Sanchez-Graells, s. 428. Kritikken gjeld ikkje Finn Frogne direkte, men generelt at EU-domstolens praksis gjev uttrykk for antakingar om at perfekte kontraktar er mogleg.

Det kan hevdast spørsmålet er av avgrensa praktisk betyding ettersom § 28-1 (1) bokstav d opererer med ei så høg verdigrense som 50 % for kvar enkelt endring, men den prinsippelle betydinga er framleis stor og Finn Frogne viser at spørsmålet kan oppstå. Ein kan også tenke seg at vesentlegvurderinga etter omstenda kan trekkast vidare enn 50%-grensa i endringsheimelen.<sup>148</sup> Då er det uheldig om uførutsette omstende som ligg til grunn for endringa er irrelevant.

### 4.3 Tankar om miljøomsyn i endringsvurderinga

Miljøomsyn og grønne anskaffingar har blitt eit større fokus. Offentlig sektor er ofte store aktørar på mange markadar. Anskaffingsprosessen kan såleis brukast som eit middel til å fremje bestemte føremål.<sup>149</sup> Ambisiøse miljøkrav kan stimulere til innovativ utvikling av nye, framtidretta løysingar.

EU-domstolen har i lang tid vektlagt miljøomsyn,<sup>150</sup> og det fylgjer no eksplisitt av det nye anskaffingsregelverket. Offentlege organ skal innrette sin anskaffingspraksis slik at den «bidrar til å redusere skadelig miljøpåverking, og fremme klimavennlige løysingar der dette er relevant», jf. LOA § 5 (1). Dersom miljø brukast som tildelingskriterium i anskaffinga, «bør [slike omsyn] vektes minimum 30 prosent», jf. FOA § 7-9. Sjølv om dette neppe stiller rettslege plikter, skal miljøomsyn ha stor betyding.<sup>151</sup>

Kva gjeld *endringstilgangen* i inngåtte kontraktar, er ikkje betydinga av miljøomsyn her eksplisitt nemnt. Dersom ein likevel først må foreta endringar i inngått kontrakt, bør den same tankegangen om viktig av miljøomsyn gjelde. Dette kan også seiast å fylgje implisitt av LOA § 5 (2) som seier at oppdragsgjevar kan stille eigna krav og kriterier knytt «*ulike trinn i anskaffelsesprosessen*».

Det kan tenkast mange miljøvenlege løysingar når ein først skal foreta endringar. Som eksempel kan ein ta utgangspunkt i eit byggeprosjekt, der mange endringsbehov kan oppstå. Transport, energibruk, avfallshandtering eller tilleggsleveransar for installasjonar. Miljøvenlegheita av ulike løysingar kan her variere stort og ny teknologi er ofte aktuelt.

---

<sup>148</sup> Simonsen, s. 432.

<sup>149</sup> Trygstad, s. 101

<sup>150</sup> Sjø t.d. C-448/01, *Wienstrom* og C-368/10, *Max Havelaar*

<sup>151</sup> Trygstad, s. 105.

Eit interessant og uavklart spørsmål er om miljøvenlegheit kan opne for ein vidare endringstilgang i forhold til endringar som elles ville blitt valt.

Omsynet til best mogleg ressursutnytting og effektivitet er eit overordna mål i anskaffingsretten, og grunnlegg i hovudsak dei tillate typetilfella i § 28-1. Effektiv ressursutnytting vil også fordre ei miljøvennleg utnytting. Tanken om å vektlegge miljøvenlege endringar er god og vil normalt gje anskaffinga totalt lågare miljø- og klimabelastning, Det kan difor vere hensiktsmessig å ha ein vidare endringstilgang for miljøvenlege endringar.

På den andre sida er det eit problem at miljøvenlege løysingar generelt gjev høgare kostnadar enn endringar som elles ville blitt gjennomført.<sup>152</sup> I denne forstand vil miljøvenlege endringar kunne strid mot omsynet til effektiv ressursutnytting. Omsynet til konkurranse og likebehandling kan tilseie at endringsbehovet konkurranseutsetjast, der konkurransepress vidare kan bidra til å redusere kostnadane.

Det er tilsynelatande konflikt mellom dei tradisjonelle målsettingane og miljømålsettinga, då vektlegging av miljøomsyn i prinsippet vil kunne gå på kostnad av det opphavlege samfunnsmalet om best mogleg behovsdekning til lågast mogleg pris, samt effektiv tenesteproduksjon.<sup>153</sup>

Ser ein meir konkret på kva betyding miljøomsyn kan ha i høve typetilfellevurderingane i § 28-1 (1) bokstav b-d, vil dette variere. Dersom ein er innanfor vilkåra i dei aktuelle endringsheimlane, kan og bør ein sjølvstakt leggje vekt på om endringa i tillegg er miljøvenleg. I tvilstilfelle, for eksempel i dersom ein vurderer førehaldsmessigheita av endringa, kan det kanskje tenkast å vere utslagsgjevande dersom ei endring er miljøvenleg.

Grunna sannsynleg høgre kostnadar, kan det på den andre sida tenkast å oppstå friksjon mellom endringsheimlane og ynskje om å vektleggje miljøet. T.d. vil de minimis-regelen, som gjeld mindre verdiendringar, tenkast å vere upraktisk ved dyre miljøvenlege endringar. Også vilkåret om at endringa må vere tilstrekkeleg naudsynt som fylgjer av fleire av typetilfella, kan vere problematisk. For eksempel i ein langvarig transportkontrakt det vurderast å bytte drivstoff. Skal ein velje vanlig diesel eller dyrare, men meir miljøvenleg

---

<sup>152</sup> Oslo Economics, s. 5-6.

<sup>153</sup> Ibid., s. 22.



biodiesel. Tradisjonell diesel vil jo bokstavelig talt fylle det naudsynte behovet og det kan hevdast at dyr biodiesel går lengre enn det naudsynte behovet.

Spørsmålet om miljøomsyn kan vere meir aktuelt i den heiskaplege vesentlegvurderinga i § 28-2. For eksempel ei endring som inneber for store verdiendringar, men til gjengjeld veldig miljøvennleg.

Fordelane miljøvenlege endringar kan ha må sjølvstyre vere legitimt å vektleggje i den heiskaplege vurderinga, så langt det lar seg gjere. Kostnadsaspektet vil likevel også her ofte yte motstand.

Miljøvenlege endringar vil raskt kunne krysse av på typetilfella i bokstav a-d som regulerer endringar som alltid er vesentlege. Dersom desse t.d. hadde vore del av den opphavlege konkurransen, kunne andre leverandører potensielt deltatt etter bokstav a. Men dersom miljøomsyn opphavleg gjaldt som tildelingskriterium, må det kunne tenkast eit vidare rom for større endringar av omsyn til miljø, då omsynet til konkurranse og likebehandling er ivarettatt.

Dyrare miljøvenlege endringar vil i meir eller mindre grad alltid forskuvene den økonomiske balansen i favør leverandøren og slik ofte innebære at endringa er vesentleg etter § 28-2 bokstav c. Sett i ljøs av LOA § 5 og samfunnsgevinstante miljøvenlege løysingar medfører, er det gode likevel gode grunnar for at ein bør akseptere større forskuvingar i den økonomiske balansen på grunnlag av miljøomsyn, særleg ved større miljøvenlege effektar.

Utifrå det som er sagt vil kostnadsaspektet ved miljøvenlege endringar ofte vere den avgjerande puslebiten. For eksempel er det forskjell på å byte ut eldre, forureinande ferjer med nye el-ferjer, som i alle er for dyrt og konkurransevridande. Ei slik endring kan ikkje forsvarast ut frå miljøomsyn. Dette kan då heller brukast i kvalifikasjonskrava eller tildelingskriteria i ny konkurranse, slik at konkurransepress kan bidra til å redusere prisane.

I mindre kontraktar derimot, for eksempel levering av reinhaldsarbeid, kan ny teknologi medfører nye miljøvenlege løysingar for vaskemiddel/emballasje/transport/osv. i ein lang kontraktperiode. Her bør det her vere eit vidare rom for endring, sjølv om slike endringar er dyrare enn tradisjonelle løysingar.

Dersom ein ser på kostnaden endringa vil ha opp mot den miljøvenlege effekten, samt vurderer dette opp mot løysingar som elles ville blitt valt, og det miljøvenlege alternativet framstår *førehaldsmessig*, talar dei beste grunnar for ein vidare endringstilgang. Ein

konsekvens ved vidare endringstilgang for miljøvenlege endringar, føresett at dette blir gjort allment kjend for leverandørar, kan også stimulere til meir miljøvenleg anskaffingspraksis.

Som endringstilgangen generelt går det likevel ei grense for når ein må kunngjere ny konkurranse. Miljøomsyn kan tale både for og mot ny konkurranse og vil avhenge av den konkrete situasjonen, kostnadar og miljøeffektar, og kor stor motstanden til dei grunnleggande prinsippa til konkurranse og likebehandling er.

Det er føreligg ingen klar løysing av spørsmålet, men det er klart utifrå regelverket med klare signal frå både EU og Stortinget, at ein miljøvenleg anskaffingspraksis er ynskjeleg og hensiktsmessig. Ein bør strekkje seg etter og utnytte moglegheiter der dei oppstår, t.d. endringssituasjonen, som kan gjere anskaffinga totalt meir miljøvenleg. Det *er* høve for å vektleggje miljøomsyn og det *bør* vere ein vidare endringstilgang.

## 5 Avslutning

Oppgåva har tatt for seg endringstilgangen i dei tillatne typetilfella i FOA § 28-1 (1) bokstav b, c og d. Desse speglar i stor grad endringsbehov som ofte oppstår og ein skal tillate førehaldsmessige, rasjonelle endringar som i større eller mindre grad er naudsynte for at anskaffinga skal oppfylle sitt innhald. Tilsvarande skal avgrensingane hindre konkurransevridande endringar.

Overordna handlar det om å vurdere det konkrete endringsbehovet opp mot kor sterkt omsyna til ressurseffektivitet, konkurranse, likebehandling og rettsvisse gjer seg gjeldande. Omsyna må balanserast for å sikre det mest optimale resultatet for alle partar. Reguleringa skal sikre framleis kontraktoppfylling og etter alt å dømme gjere det enklare for partane å vurdere om endringa kan føretakast utan ny konkurranse.

I dei opplagte tilfella der vilkåra klart er oppfylt må det slåast fast at endringsheimlane gjev rettsvisse, men grensedraginga for kva endringar som er tillate utover dette er vanskeleg.

Vilkåra stiller delvis uklare grenser som gjer at det i mange tilfelle er tvilsamt korleis reglane skal praktiserast. Dette gjeld både innad i § 28-1, men også i grenseområdet utanfor, samt kva betyding vurderingsmoment frå § 28-1 har i den heilskaplege vesentlegvurderinga.

Grensa for når ein er innanfor eller utanfor framstår flytande, som på den eine sida er naturleg ettersom mange endringar er forskjellige, men dette samsvarar dårleg med føremålet om å gje klarare retningslinjer for endringstilgangen.

I den «trygge hamna» som endringsreglane skal vere for oppdragsgjevar, ligg det fylgjeleg fleire skjær.

I praksis synast oppdragsgjevarar jamt over å endre kontraktar i større grad enn det regelverket tillatar. Etersom KOFA no har fått tilbake gebyrmyndigheita, kan ulovlege endringar få større konsekvensar og oppdragsgjevarar vil gjere lurt i å forsikre seg om kva endringar som er tillate. Vilkåra som må vurderast i typetilfella i § 28-1, gjer derimot ofte ikkje vurderinga noko særlig enklare eller klarare enn om ein hadde gjort vurderinga etter den gamle læra, som no fylgjer av FOA § 28-2. Alle partar vil vere tent med avklaring av problemet og rettstilstanden, anten av lovgjevande eller dømmende organ, forhåpentlegvis i nær framtid.

# Kjeldeliste

## **Primærkjelder - Direktiv, Lov og Forskrift:**

Direktiv 2014/24/EU 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser (anskaffingsdirektivet)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

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

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

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (Sverige)

Lov nr. 1564 af 15/12/2015 Udbudsloven (Danmark)

2015 No. 102 Public Contracts Regulations 2015 (Storbritannia)

## **Førearbeid:**

Kommisjonens forslag 2011/0438 (COD): Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on public procurement

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

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

Høringsnotat 2: Ny forskrift om offentlige anskaffelser

Regeringens proposition 2015/16:195 (Sverige)

L 164 – 2014-15 (1. samling) Forslag til Udbudslov (Danmark)

## **EU-domstolens avgjerdsler:**

C-337/99 *Matra*

C-448/01 *Wienstrom*

C-340/02 *Kommisjonen/Frankrike*

C-385/02 *Magistrato per il Po de Parma*

C454/06 *Presstext*

C-250/07

C-423/07 *Kommisjonen mot Spania*

C-91/08 *Wall*

C-368/10 *Max Havelaar*

C-549/14 *Finn Frogne*

**KOFA-avgjersler:**

KOFA 2008/5

KOFA 2009/131

KOFA 2009/208

KOFA 2011/28

KOFA 2011/181

KOFA 2014/14

KOFA 2014/31

KOFA 2014/139

KOFA 2016/104

KOFA 2016/145

KOFA 2017/56

KOFA 2017/145

KOFA 2017/179

KOFA 2017/182

### **Andre lands praksis:**

Mål nr 2691-11 (Sverige, *Kammarrätten i Sundsvall*)

Sag 2016/1412 (Danmark, *Klagenævnet for Udbud*)

### **Litteratur:**

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement - regulation in the EU and UK, Vol. 1*, Third edition, Sweet & Maxwell 2014

Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser - regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013

Goller, Morten, mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal 2017

Krüger, Kai, *Autonomispørsmål ved offentlige anskaffelser. Hvor fritt står anskaffelsesmyndigheten?* publisert i *Udførelse af offentlig opgave via kontrakt*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag 2004

Liljenbøl, Morten Wahl og Balle, Jens, *Ændringer af udbudte kontrakter II*, publisert i *Aktuell udbudsrett II*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag 2016

Nordtvedt, Henning mfl., *NS 8407 – Kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2013

Sanchez-Graells, Albert, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd edition, Hart Publishing 2015

Simonsen, Lasse, *Endringer av kontrakter inngått av det offentlige – Art. 72 i direktiv 2014/24/EU*, publisert i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, s. 415-442, Fagbokforlaget 2016

Svor, Per Ole: *Avtalefrihet ved anskaffelser - Om adgangen til å endre inngåtte kontrakter omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser*, publisert i *MarIus* nr. 479, Sjørettsfondet 2017

Thue, Anders og Buan, Anne, mfl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgåve, Gyldendal 2018

Treumer, Steen, *Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive*, *Public Procurement Law Review* nr. 3, Sweet & Maxwell 2014 s. 148-155

Treumer, Steen, *Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive*, publisert i *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djøf Forlag 2014 s. 281-300

Trygstad, Kristian Jåtog, *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, 2. utgåve, Gyldendal 2017

### **Andre kjelder:**

Bokwall Rislund, *Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen*. rapport for Upphandlingsmyndigheten 2017

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi), *Veileder for kontraktoppfølging ved offentlige anskaffelser*, 2016

EU-kommisjonen, *Green Paper - Public procurement in the EU: Exploring the way forward*, 1996

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne*, 2016

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Danske klagesager om udbud - Fra 1. juni 2013 til 30. juni 2016*, 2016

Nærings- og fiskeridepartementets, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2017

Oslo Economics, *Virkninger av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelser*, utredning for Nærings- og fiskeridepartementet, 2018