

Endring i entreprisekontrakt etter reglene om offentlige anskaffelser

*I hvilken grad begrenser anskaffelsesregelverket
endringsadgangen i norske standardkontrakter
for entreprise?*

Kandidatnummer: 92

Antall ord: 13391



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema og aktualitet.....	3
1.2 Presisering av problemstilling og avgrensninger.....	4
1.3 Metode og rettskildebilde.....	6
1.4 Fremstillingen videre.....	8
2 Introduksjon til overordnet vurderingstema.....	9
2.1 Vesentlighetslæren.....	9
2.2 Byggherrens ensidige endringskompetanse og den kontraktsrettslige fleksibilitet... ..	10
2.3 Endringsbegrepet.....	11
2.4 Kort om tolkning av entreprisekontrakt inngått etter anskaffelsesreglene.....	11
3 Grensene for tillatte endringer.....	13
3.1 Innledende om anskaffelsesregelverkets regulering av tillatte endringer.....	13
3.2 <i>De minimis</i> -endringer.....	13
3.2.1 Generelt.....	13
3.2.2 Anskaffelsesregelverkets regulering av <i>de minimis</i> -endringer.....	14
3.2.3 Betydningen for endringsadgangen i entreprisekontrakter.....	16
3.3 Endringer med hjemmel i endringsklausul.....	18
3.3.1 Generelt.....	18
3.3.2 Adgangen til å innta endringsklausuler etter anskaffelsesregelverket.....	18
3.3.3 Nærmere om klarhetskravet.....	20
3.3.4 Oppfyller byggherrens endringskompetanse kravet til endringsklausuler?.....	22
3.3.5 Praksis ved å øke verdigrensen for byggherrens endringskompetanse.....	26
3.4 Endringer som skyldes uforutsette omstendigheter.....	33
3.4.1 Generelt.....	33
3.4.2 Anskaffelsesregelverkets regulering av uforutsette omstendigheter.....	33
3.4.3 Utfordringer tilknyttet grunnforhold.....	35
3.4.4 Forholdet til bestemmelsen om fristforlengelse på grunn av force majeure.....	36
3.5 Nødvendige tilleggsleveranser.....	29
3.5.1 Generelt.....	29
3.5.2 Anskaffelsesregelverkets regulering av nødvendige tilleggsleveranser.....	29

3.5.3	Betydningen for endringsadgangen i entreprisekontrakter	31
4	Forbudet mot vesentlige endringer	38
4.1	Innledende om anskaffelsesregelverkets regulering av vesentlige endringer	38
4.2	De faste kategorier av vesentlige endringer	39
4.2.1	Nye betingelser av betydning for andre leverandører	39
4.2.2	Kontraktens økonomiske balanse forskyves	40
4.2.3	Kontraktens omfang økes betydelig	42
4.3	Den skjønsmessige helhetsvurderingen	44
4.3.1	Generelt	44
4.3.2	Endringsklausul som moment i vurderingen?	44
4.3.3	Høyere terskel for vesentlige endringer i entreprisekontrakter?	45
4.4	Typetilfeller av vesentlige endringer i entreprisekontrakter	46
4.4.1	Innledende om typetilfeller	46
4.4.2	Endringer som i betydelig grad overstiger kontraktens terskelverdier	46
4.4.3	Endring av geografisk område og reduksjon i kontraktsomfang	47
4.4.4	Reduksjon i kontraktsomfang og endring av geografisk område	48
5	Avsluttende betraktninger	49
	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

Oppgaven omhandler adgangen til å gjøre endringer i entreprisekontrakt der byggherren er en offentlig oppdragsgiver. Nærmere bestemt i hvilken grad reglene om offentlige anskaffelser legger begrensninger på endringsadgangen i norske standardkontrakter for entreprise.

Anskaffelsesregelverket skal realisere målet om fri flyt av varer og tjenester i EU, hindre korrupsjon og kameraderi ved offentlige innkjøp, sikre likebehandling av leverandører, og sørge for at offentlige midler brukes mest mulig effektivt.¹ Regelverket særpreges derfor av strenge prosedyre- og kunngjøringsregler, hvor grunnleggende prinsipp om konkurranse, likebehandling av leverandører og gjennomsiktlige prosedyrer er gjennomgående.² Utgangspunktet er at anskaffelsesregelverket kun regulerer fasen frem til kontraktinngåelse, og at kontraktsretten overtar for det videre løp. For at anskaffelsesregelverket ikke skal omgås, og grunnlaget for kontraktstildelingen forrykkes, griper imidlertid anskaffelsesreglene også til en viss grad inn i kontraktfasen ved å legge begrensninger på adgangen til å gjøre endringer i en inngått kontrakt. Utgangspunktet er at det er forbudt å gjøre vesentlige endringer i en inngått kontrakt.³

Entrepriseretten særpreges av bygge- og anleggsprosjekters dynamiske og ofte uforutsigbare karakter.⁴ Prosjektene er ofte langvarige og komplekse, og det ligger i entreprisekontrakters natur at endringsbehov i gjennomføringsfasen vil oppstå. Snarere vil behovet for å gjøre endringer være hovedregelen enn unntaket. For å sikre en hensiktsmessig kontraktavvikling tar de entrepriserettslige standardkontrakter høyde for dette, ved å oppstille et nokså utførlig endringsregime, hvor byggherren gis en ensidig rett til å pålegge entreprenøren endringer, i tillegg til partene står fritt til å avtale endringer utover dette.⁵

Som offentlig oppdragsgiver kommer endringsspørsmålet i en særstilling, ettersom man plikter å overholde anskaffelsesregelverket og å anvende balanserte standardkontrakter der dette finnes.⁶ De entrepriserettslige standardkontraktene er ikke utviklet med henblikk på anskaffel-

¹ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 1. Goller (2017) 17.

² Anskaffelsesloven § 4.

³ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 28-2.

⁴ Bruserud (2014) s. 148.

⁵ Eksempelvis NS 8405 pkt. 22.1.

⁶ Se anskaffelsesforskriften §§ 1-2 og 19-1.

sesreglene, og tar sikte på å regulere rettsforholdet mellom private parter. Man står derfor overfor endringsregler som ikke er likelydig utformet, og som i stor grad ivaretar ulike formål. Der anskaffelsesreglene skal sørge for en rettmessig kontraktstildeling, skal entreprise-reglene sørge for en hensiktsmessig kontraktavvikling. Det kan derfor være vanskelig å avstemme reglene mot hverandre, ettersom relativt rigide endringsregler står i et spenningsforhold til behovet for fleksible løsninger.

Dersom anskaffelsesrettens prinsipper om konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet skal ivaretas, må det legges visse begrensninger i endringsadgangen. På den andre side vil det være svært upraktisk og kostnadskrevenne om man skal terminere en stor bygge- og anleggs-kontrakt og gjennomføre en ny konkurranse hver gang et endringsbehov oppstår. Dette vil heller ikke fremme det overordnede målet om at offentlige midler skal brukes mest mulig effektivt. Anskaffelsesreglene bør derfor tolkes på en måte som i best mulig grad ivaretar de hensyn som gjør seg gjeldende. En for streng tolkning av anskaffelsesregelverket kan det lede til lite fleksibilitet i kontraktsforholdet, og en byggherre som risikerer å bli bundet til en løsning han ikke er tjent med. Får avtalefriheten derimot for stort gjennomslag, risikerer man at anskaffelsesregelverket undergraves, ved at kontrakten blir om til noe annet enn det som opprinnelig var konkurranseutsatt, og at det reelt sett ikke har vært konkurranse om kontrakten.

1.2 Presisering av problemstilling og avgrensninger

Oppgavens nærmere problemstilling er forholdet mellom det anskaffelsesrettslige endringsreglene og endringsadgangen i norske standardkontrakter for næringsentreprise. Oppgaven søker å besvare hvilke begrensninger anskaffelsesreglene legger på endringsadgangen i standardkontraktene. Temaet reiser en rekke spørsmål. Grunnet begrensninger i oppgavens ord-grense og tid tilgjengelig, er det behov for å foreta visse avgrensninger.

Det avgrenses for det første til anskaffelsesforskriften, slik at endringsreglene for forsynings-sektoren og konsesjonskontrakter ikke behandles.⁷ Forsyningsforskriften har imidlertid mer eller mindre likelydende endringsregler som anskaffelsesforskriften, og for denne vil derfor drøftelsene kunne ha en viss overføringsverdi.⁸ Oppgaven vil videre kun behandle reglene i anskaffelsesforskriften del III, ettersom disse tar sikte på å gjennomføre Norges EU/EØS-

⁷ Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om forsyningssektoren (forsyningsforskriften) og forskrift 12. august 2016 om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktsforskriften).

⁸ Se forsyningsforskriften §§ 24-1 og 24-2.

rettslige forpliktelser.⁹ Reglene som er oppstilt uavhengig av Norges EU/EØS-rettslige forpliktelser i anskaffelsesforskriften del II, vil dermed ikke være tema for oppgaven.

En forutsetning for spørsmålene som reises er at opprinnelig kontrakt er inngått rettmessig, og at tvilen rundt en endrings lovligheit først oppstår i kontraktens gjennomføringsfase. På grunn av begrensninger i oppgavens omfang vil endringer i konkurransegrunnlaget forut for kontraktsinngåelsen ikke behandles.¹⁰ Det samme gjelder bestemmelsene som tillater anskaffelser uten konkurranse i anskaffelsesforskriften § 13-4.

For selve endringsreglene avgrenses det mot skifte av leverandør og konkurs, ettersom dette faller noe på siden av oppgavens tema.¹¹ Besvarelsen tar dermed ikke sikte på en fullstendig gjennomgang av de anskaffelsesrettslige endringsreglene som sådan, men en vurdering av de hjemmelsgrunnlagene som er særlig relevante i relasjon til endringsadgangen i standardkontraktene. Det vil særlig fokuseres på bestemmelsene om *de minimis*-endringer og endringsklausuler i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a) og b) ettersom det er uklart om byggherrens ensidige endringskompetanse oppfyller anskaffelsesregelverkets krav til endringsklausuler, eller om den snarere utgjør en spesialversjon av *de minimis*-regelen. I tillegg vil de entrepriserettslige endringsadgangen vurderes opp mot bestemmelsene om nødvendige tilleggsleveranser og uforutsette omstendigheter i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) og d), i tillegg til den alminnelige vesentlighetsbegrensningen anskaffelsesforskriften § 28-2.

Entrepriserettslig fokuseres det på byggherrens ensidige endringskompetanse og avtalte endringer mellom byggherre og entreprenør.¹² I tillegg vil bestemmelsen om fristforlengelse som skyldes force majeure vurderes opp mot den anskaffelsesrettslige bestemmelsen om uforutsette omstendigheter.¹³ Standardkontrakten NS 8405 (Norsk bygge- og anleggskontrakt for utførelsesentreprise) brukes som referansepunkt for bestemmelsene, men tilsvarende bestemmelser finnes også i andre entrepriserettslige standardkontrakter.¹⁴ Avgrensningen gjøres derfor kun for enkelhetens skyld, og problemstillingene vil være relevante også for endringsadgangen i de andre standardkontraktene.

⁹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 8.

¹⁰ For endringer i konkurransegrunnlaget, se eksempelvis Thue (2018) s. 621-630 og Dragsten (2013) s. 471-474.

¹¹ Anskaffelsesforskriften §§ 28-1 (1) bokstav e) og 28-2 bokstav d).

¹² Se eksempelvis NS 8405 (Norsk bygge- og anleggskontrakt for utførelsesentreprise) pkt. 22.1.

¹³ NS 8405 pkt. 24.3.

¹⁴ NS 8406 (Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt) pkt. 19.1 og pkt. 20, og NS 8407 (Alminnelige betingelser for totalentrepriser) pkt. 31.1 og pkt. 33.3.

1.3 Metode og rettskildebilde

Oppgavens problemstilling vurderes etter det norske regelverket for offentlige anskaffelser ved bruk av alminnelig juridisk metode. På nasjonalt plan reguleres anskaffelsesretten gjennom lov- og forskrift om offentlige anskaffelser. Anskaffelsesloven er kortfattet og inneholder få materielle regler, men suppleres med et omfattende og detaljert forskriftsverk i medhold av anskaffelsesloven § 16. For oppgavens problemstilling er det særlig anskaffelsesforskriften §§ 28-1 og 28-2 som er relevant, og som regulerer endringsadgangen.

Endringsreglene omfattes av anskaffelsesforskriften del III, som tar sikte på å gjennomføre direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet).¹⁵ For denne delen av regelverket er Norge, gjennom EØS-avtalen art 6, forpliktet til tolke regelverket i samsvar med EU/EØS-retten.¹⁶ Anskaffelsesdirektivet utgjør derfor en sentral rettskilde ved tolkningen av det norske regelverket, og særlig vil anskaffelsesdirektivet art. 72, som regulerer endringsadgangen få betydning ved tolkningen av de norske endringsbestemmelsene.

Ettersom de norske reglene presumeres å samsvare EU/EØS-retten, vil EU-domstolens avgjørelser i stor grad også være avgjørende forståelsen av det norske regelverket.¹⁷ Siden anskaffelsesdirektivet er relativt nytt, finnes det likevel bare begrenset med praksis til de nye endringsbestemmelsene, som var inntatt i regelverket ved direktivets inntreden i 2014. Endringsreglene utgjør likevel i stor grad en kodifisering av EU-domstolens praksis. Avgjørelsene forut for direktivets inntreden vil derfor fremdeles være relevante for å analysere rettstilstanden.¹⁸

Til tross for at det gjennomføres svært mange anskaffelser, er det bare et begrenset antall saker som behandles av norske domstoler. Dette har blant annet sammenheng med at det er opprettet et eget organ, Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA), for løsning av tvister på anskaffelsesrettens område.¹⁹ Klagenemdas avgjørelser er rådgivende, og utgjør derfor ikke i seg selv en tungtveiende rettskilde.²⁰

¹⁵ Prop. 51 L (2015-2016) s. 8.

¹⁶ Ved motstrid er EU/EØS-retten er også gitt forrang i 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) § 2.

¹⁷ Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) s. 4.

¹⁸ Arrowsmith (2014) s. 597.

¹⁹ Anskaffelsesloven § 11 og forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemd for offentlige anskaffelser § 1.

²⁰ Se forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser § 1.

Imidlertid har omfanget av klagenemdas saker ført til at nemda hatt en sentral rolle i rettsutviklingen innen offentlige anskaffelser.²¹ Et argument for å tillegge avgjørelsene vekt er at de er avsagt av personer med spesiell fagkunnskap på området. Også Høyesterett har vist til nemdas praksis, uten å nærmere problematisere den rettskildemessige vekt.²² Likevel må det nok likevel være argumentasjonens overbevisningskraft, snarere enn avgjørelsene i seg selv som kan tillegges vekt i vurderingene.²³ For denne oppgaven vil klagenemdas avgjørelser være relevante i vurderingen av de nærmere grensene for endringsadgangen.

Rettskildebildet i entrepriseretten skiller seg klart fra anskaffelsesretten. Entrepriseretten er i stor grad ulovfestet, og særpreges ved en langvarig tradisjon for selvregulering gjennom bruk av fremforhandlede standardkontrakter.²⁴ Standardkontraktene er fremforhandlet i regi av Standard Norge, og er utarbeidet av en komité som er sammensatt av utpekte representanter fra involverte parter. Sammensetningen skal sikre at kontraktene reflekterer rimelige og balanserte avveininger av motstridende interesser. Lovgiver har derfor vært tilbakeholden med å gripe inn i rettsområdet gjennom lovgivning.²⁵

Omfanget av rettspraksis er også begrenset på entrepriserettens område. Dette henger sammen med at standardkontraktene i lengre tid regulerte at tvister skulle behandles i voldgift, hvor praksisen i utgangspunktet ikke har vært offentlig tilgjengelig.²⁶ De senere år har imidlertid domstolene fått en mer sentral rolle i tvistesaker, ettersom man i større grad har gått bort i fra voldgiftsordningen i standardkontraktene.²⁷ Sakene er imidlertid ofte omfattende og vil i stor grad avhenge av faktum, slik at avgjørelsene ofte er av mer konkret enn prinsipiell betydning.²⁸ Når innholdet i standardkontraktene skal fastlegges, finnes det dermed lite autoritativt materiale å basere tolkningen på utover selve ordlyden.²⁹ I mangel på tyngre rettskilder vil juridisk teori spille en større rolle enn det som ellers er vanlig i norsk rett.³⁰

²¹ Dragsten (2013) s. 54.

²² Se eksempelvis Rt. 2007 s. 983 avsnitt 103, Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 34 og Rt. 2008 s. 1075 avsnitt 35.

²³ Goller (2017) s.19.

²⁴ Bruserud (2014) s. 25.

²⁵ Bruserud (2014) s. 25.

²⁶ Marthinussen (2016) s. 52.

²⁷ Meyer-Myklestad (2018) s. 26.

²⁸ Marthinussen (2016) s. 53.

²⁹ Bruserud (2014) s. 28.

³⁰ Meyer-Myklestad mfl. (2018) s. 27.

1.4 Fremstillingen videre

I det videre vil det gis en introduksjon til overordnet vurderingstema i kapittel 2, mens det i kapittel 3 og 4, som er oppgavens hoveddel, går grundigere inn på endringsreglene i anskaffelsesregelverket og forholdet til endringsadgangen i standardkontraktene. Dette gjøres ved å ta utgangspunkt i de enkelte endringsgrunnlagene i anskaffelsesforskriften §§ 28-1 og vesentlighetslæren i 28-2, hvor bestemmelsene underveis vurderes opp mot endringsadgangen i NS 8405. På slutten av kapittel 4 vil det også gås igjennom noen typetilfeller av vesentlige endringer i entreprisekontrakter, før det avslutningsvis knyttes noen betraktninger til gjeldende regelverk i kapittel 5.

2 Introduksjon til overordnet vurderingstema

2.1 Vesentlighetslæren

Reglene for når og på hvilke vilkår man kan foreta endringer i inngåtte kontrakter etter anskaffelsesregelverket, har tidligere vært regulert gjennom EU-domstolens praksis. En av de mest sentrale avgjørelsen er C-454/06 (Presstext) hvor domstolen etablerte et forbud mot vesentlige endringer.³¹ Med grunnlag i de anskaffelsesrettslige prinsippene om likebehandling av leverandører og gjennomsiktede prosedyrer, slo domstolen fast at en vesentlig endring vil utgjøre en ny kontrakt som skal kunngjøres i samsvar med anskaffelsesregelverket.³² Formålet med vesentlighetslæren er å unngå at anskaffelsesregelverket omgås, ved at man først tildeler en kontrakt rettmessig og deretter endrer den i strid med kontraktstildelingens premisser.³³ Regelen skal derfor sikre at de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet etterleves også i kontraktfasen.³⁴ Dersom det gjøres for store avvik i kontrakten fra slik den opprinnelig var konkurranseutsatt, har ikke tilbyderne stilt likt i konkurransen. Slike endringer vil derfor ikke være forenelig anskaffelsesrettens prinsipper.

Vesentlighetslæren ble lenge kritisert for å være uklar og lite forutberegnelig. Med det formål å klarlegge vilkårene for når en endring medfører ny kunngjøringsplikt, ble forbudet kodifisert og nærmere presisert i anskaffelsesdirektivet art. 72, som trådte i kraft i februar 2014.³⁵ Direktivbestemmelsen ble implementert i norsk rett gjennom anskaffelsesforskriften §§ 28-1 og 28-2, med ikrafttredelse fra 1. januar 2017. Regelverket skiller nå klarere mellom lovlige og ulovlige endringer. Anskaffelsesforskriften §§ 28-1 og 28-2 kan sies å bygge på en tredeling, med endringer som alltid er tillatte, endringer som alltid er ulovlige, og endringer som kan være lovlige dersom visse betingelser er oppfylt. Det nærmere innholdet i bestemmelsene vil drøftes i oppgavens kapittel 3 og 4.

³¹ C-454/06 (Presstext) premiss 34.

³² C-454/06 (Presstext) premiss 34.

³³ C-469/99 (CAS Succhi di Frutta SpA) premiss 115. Se også Arrowsmith (2014) s. 578.

³⁴ C-549/42 (Finn Frogne) premiss 28.

³⁵ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 107.

2.2 Byggherrens ensidige endringskompetanse og den kontraktsrettslige fleksibilitet

I bygge- og anleggsprosjekter vil det ikke sjelden det oppstå endringsbehov underveis. Endringer er regelen mer enn unntaket. Det kan enten skyldes uforutsette omstendigheter, eller at byggherren simpelthen bare ønsker en annen løsning enn det som opprinnelig var forutsatt.³⁶ For å gi byggherren fleksibilitet, og for å unngå at han sitter igjen med et lite tilfredsstillende resultat, gis byggherren en relativt vidtgående endringskompetanse til å pålegge entreprenøren endringer i NS 8405 pkt. 22.1. Endringskompetansen innebærer at byggherren ensidig kan pålegge endringer inntil 15 % netto av opprinnelig kontraktsverdi i positiv eller negativ retning.³⁷ Til gjengjeld skal vederlaget skal justeres tilsvarende, slik at balansen i kontrakten opprettholdes.³⁸

Endringer vil i denne sammenheng kunne være at entreprenøren skal «yte noe i tillegg eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte endringer skal utgå».³⁹ Bestemmelsen synes derfor i utgangspunktet å favne vidt, men innsnevres noe i standardens pkt. 22.1 tredje ledd. Endringen må her «stå i sammenheng med det kontrakten omfatter og ikke være av vesentlig annen art enn det opprinnelige avtalte arbeidet.»⁴⁰ Endringsarbeidet må ha en viss tilknytning til kontraktarbeidet, som henger sammen med at entreprenøren har en plikt til å utføre det (den såkalte hoppeplikten).⁴¹ Det nærmere innholdet i vilkårene, og forholdet til de anskaffelsesrettslige endringsreglene vil drøftes i oppgavens hoveddel.

Utover det byggherren ensidig kan pålegge, står partene privatrettslig fritt til å gjensidig avtale endringer, noe som er et utslag av alminnelige kontraktsfrihet i norsk rett. Partene kan både avtale seg bort fra 15 %-grensen, men også avtale endringer som er av vesentlig annen art enn det avtalte arbeidet. Standardkontrakten legger ikke noen begrensning på endringsadgangen. I tillegg kan partene avtale opsjoner eller prisjusteringsmekanismer i kontrakten, eller andre bestemmelser som tilrettelegger for justeringer i kontraktgjennomføringen. For de gjensidige

³⁶ Meyer-Myklestad (2018) s. 108.

³⁷ NS 8405 pkt. 22.1.

³⁸ NS 8405 pkt. 25.2 bokstav a).

³⁹ NS 8405 pkt. 22.1.

⁴⁰ NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd.

⁴¹ NS 8405 pkt. 22.3 tredje ledd.

avtalte endringene, vil det derfor i prinsippet bare være anskaffelsesreglene som kan legge begrensninger på endringsadgangen.

2.3 Endringsbegrepet

Entrepriserettslig knytter endringsbegrepet seg til byggherrens ensidige endringskompetanse. Andre avvik fra kontrakten vil derimot falle utenfor endringsbegrepet, som eksempelvis avbestilling, forsinkelse som skyldes uforutsette omstendigheter, og avvik i mengder som skal avregnes etter enhetspriser, gitt at disse ikke «i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.»⁴² Anskaffelsesrettslig anvendes derimot et videre endringsbegrep. I prinsippet vil ethvert avvik fra opprinnelig konkurransegrunnlag utgjøre en relevant endring i relasjon til de anskaffelsesrettslige endringsbestemmelsene, ettersom ethvert avvik vil kunne stride mot prinsippene om likebehandling og gjennom-siktighet. Hvorvidt en endring faller utenfor endringsbegrepet entrepriserettslig, vil derfor ikke være relevant i vurderingen av endringens lovlighet etter anskaffelsesregelverket. For oppgavens problemstilling må det derfor legges til grunn et videre endringsbegrep enn det som ellers er vanlig i entrepriseretten.

2.4 Kort om tolkning av entreprisekontrakt inngått etter anskaffelsesreglene

Vurderingen av om en endring er vesentlig må bero på en tolkning av kontrakten slik den fremstår før og etter endringen.⁴³ Det må her tas utgangspunkt i kontrakten slik den var kunngjort.⁴⁴ Utgangspunktet er at det skal legges til grunn en objektiv tolkningsnorm mellom næringsdrivende. I Rt. 2012 s. 1729 (Mika) la Høyesterett til grunn at prinsippet om en objektiv fortolkning får særlig tyngde i kontrakter inngått etter anbudsreglene, ettersom kontraktgrunnlaget er utarbeidet av oppdragsgiver alene, og det er et krav om like konkurransevilkår for tilbyderne.⁴⁵ Dette ble fulgt opp i Rt. 2014 s. 886 (Fjord1), hvor Høyesterett presiserte at det ikke vil være rom for å vektlegge partenes subjektive oppfatninger i vurde-

⁴² Se NS 8405 pkt. 38 tredje avsnitt, pkt. 24.3 og pkt. 22.1 fjerde avsnitt.

⁴³ Thue (2018) s. 1019.

⁴⁴ Dragsten (2013) s. 738.

⁴⁵ Se avgjørelsens avsnitt 57 og 58.

ringen.⁴⁶ Dette innebærer at partenes subjektive forståelse av konkurransegrunlaget ikke kan påberopes som grunnlag for endringen.

⁴⁶ Se avgjørelsens avsnitt 43.

3 Tillatte endringer

3.1 Innledende om anskaffelsesregelverkets regulering av tillatte endringer

Utgangspunktet er at endringer som ikke er vesentlige er tillate etter anskaffelsesregelverket.⁴⁷ For å skille klarere mellom tillate og vesentlige endringer, oppstiller anskaffelsesforskriften alternative hjemmelsgrunnlag for tillatte endringer i § 28-1, hvor ny kunngjøring ikke er nødvendig. Hjemmelsgrunnlagene omtales gjerne som frihavner, ettersom endringer som omfattes av bestemmelsene ikke underlegges den alminnelige vesentlighetsbegrensningen i anskaffelsesforskriften § 28-2. For oppgavens problemstilling er det derfor hensiktsmessig å først vurdere hvilket endringsrom bestemmelsene om tillatte endringer gir for endring av entreprisekontrakt, før det generelle forbudet mot vesentlige endringer vurderes.

I dette kapittelet vil derfor innholdet i de relevante hjemmelsgrunnlagene i anskaffelsesforskriften § 28-1 drøftes, og endringsadgangen etter NS 8405 vil vurderes opp mot hjemmelsgrunnlagene underveis. Det vil først vurderes hvilken adgang det er til å gjøre endringer på generelt grunnlag etter den såkalte *de minimis*-regelen i anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav a). Videre vil forholdet mellom den anskaffelsesrettslige bestemmelsen om endringsklausuler og byggherrens ensidige endringskompetanse drøftes i pkt 3.3. Deretter vil det i pkt. 3.4. og 3.5 vurderes hvilken endringsadgang oppdragsgiver har i mer spesielle tilfeller, hvor endringsbehovene er begrunnet forhold som nødvendige tilleggsleveranser eller uforutsette omstendigheter.

3.2 *De minimis*-endringer

3.2.1 Generelt

Etter anskaffelsesregelverket vil mindre verdimeslige endringer alltid være tillatte.⁴⁸ Den såkalte *de minimis*-regelen i § 28-1 (1) bokstav b) utgjør en generalhjemmel som kan påberopes for enhver type endringer som ligger innenfor bestemmelsens terskelverdier. Endringer som omfattes av bestemmelsen vil anses som uvesentlige, og må derfor ikke vurderes etter den

⁴⁷ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav f) og § 28-2.

⁴⁸ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a).

alminnelige vesentlighetsbegrensningen i § 28-1. I det følgende vil det drøftes hvilket endringsrom *de minimis*-regelen gir for endring av entreprisekontrakt. Dette vil gjøres ved å først ta utgangspunkt i den anskaffelsesrettslige reguleringen. Deretter vurderes betydningen for byggherrens endringskompetanse og avtalte endringer mellom byggherre og entreprenør.

3.2.2 Anskaffelsesregelverkets regulering av *de minimis*-endringer

Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b) oppstiller såkalte *de minimis*-terskelverdier, hvor endringer som faller inn under terskelverdiene er lovlige, så lenge anskaffelsens «anskaffelsens overordnede karakter» ikke endres.⁴⁹ Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 2, og er inntatt i regelverket for å gi økt rettssikkerhet og forutberegnelighet ved mindre verdimesige endringer⁵⁰ For bygge- og anleggskontrakter innebærer regelen at oppdragsgiver lovlige kan foreta endringer som er lavere enn 15 % av den opprinnelige kontraktsverdi, og som heller ikke overstiger EØS-terskelverdi.⁵¹ Terskelverdiene er kumulative, slik at begge må være oppfylt for at hjemmelsgrunnlaget skal kunne påberopes som grunnlag for endringen. Dersom man foretar flere endringer etter hverandre, vil den samlede prisøkningen som vil være avgjørende.⁵² Foretas det først en endring på syv prosent av kontraktens opprinnelige verdi, og deretter en endring på ni prosent, vil endringene falle utenfor frihavnen.

Dersom endringens verdi ligger innenfor terskelverdiene, kan man foreta endringer uten å nærmere vurdere vesentlighetskriteriene i § 28-2. Det fremgår ikke klart i anskaffelsesforskriftens ordlyd, men kan leses direkte ut av anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 2, hvor endringer som faller inn under terskelverdiene kan foretas «uden at det er nødvendig at kontrollere, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er oppfylt...».⁵³ Kriteriene det henvises til tilsvarer vesentlighetskriteriene i anskaffelsesforskriften § 28-2.

De minimis-regelen kan begrunnes med at de fleste kontraktsforhold har behov for et dynamisk element, og at mindre verdimesige endringer sjelden kunne ha påvirket den opprinnelige konkurransen. I tillegg kan kunngjøring av småoppdrag være uforholdsmessig ressurskre-

⁴⁹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

⁵⁰ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 107. Se også Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 34 og Thue (2018) s. 1085.

⁵¹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b) og § 5-3 bokstav c). EØS-terskelverdi utgjør nå 51 millioner kroner, men justeres annet hvert år av departementet. Sist justert i april 2018.

⁵² Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

⁵³ Anskaffelsesdirektivet art. 72. nr. 2.

vende, og dermed ikke bidra til målet om offentlige ressurser skal brukes mest mulig effektivt.⁵⁴

En overordnet materiell skranke er likevel at «anskaffelsens overordnede karakter» ikke endres.⁵⁵ I dette ligger at selv små verdimeslige endringer kunne ha hatt betydning den opprinnelige konkurransen dersom endringene likevel er betydelig i forpliktelsens art.⁵⁶ I slike tilfeller vil det være nærliggende at andre leverandører kunne vært interessert i å inngi tilbud om kontrakten, og at endringen derfor vil stride med likebehandlingsprinsippet. Det vil da være irrelevant hvor liten prosentmessig andel endringen utgjør av den opprinnelige kontraktens verdi.

Et entrepriserettslig eksempel på at anskaffelsens overordnede karakter endres, kan være at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget har beskrevet at en betongkonstruksjon skal bli støpt på stedet, men senere endrer dette til prefabrikasjon.⁵⁷ I slik tilfeller kan det tenkes at produksjonsomleggingen kun vil medføre små justeringer i vederlaget, men at endringen likevel endrer kontraktens overordnede karakter. Endringen vil da ikke være anskaffelsesrettslig lovlig.

Et tolkningsspørsmål er om *de minimis*-regelen bare omfatter prisøkninger, eller om man også kan påberope bestemmelsen for prisreduksjoner. Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b) bruker bare formuleringen «prisøkning». I anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 2 formuleres derimot vilkåret som «værdien af ændringen» i den danske versjonen, og tilsvarende «the value of the modification» i den engelske versjonen. Begge formuleringer virker å også omfatte prisreduksjoner. I EU-domstolens sak C-549/14 (Finn Frogne) ble det klart lagt til grunn at også verdireduksjoner omfattes av det alminnelige forbudet mot vesentlige endringer.⁵⁸ Det er derfor mest nærliggende å tolke forskriftsbestemmelsen som at den også omfatter prisreduksjoner.⁵⁹

Dersom terskelverdiene overstiges, kan det spørres om endringene automatisk vil bli ansett som vesentlige. Det er ikke grunnlag for å tolke *de minimis*-regelen antitetisk her, ettersom anskaffelsesdirektivets fortale presiserer at også endringer som overstiger terskelverdiene kan være lovlige:

⁵⁴ Simonsen (2016) s. 432 og Aasbrenn (2012) s. 53.

⁵⁵ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

⁵⁶ Arrowsmith (2014) s. 599, Treumer (2014) s. 152.

⁵⁷ Simonsen (2014) s. 435.

⁵⁸ C-549/14 (Finn Frogne) premiss 32.

⁵⁹ I denne retning også Thue (2018) s. 1026.

«Det bør være mulig at endre kontrakten over disse terskler uten at skulle gjennomføre en ny udbudsprocedure, hvis disse overholder de relevante betingelser i dette direktiv.»⁶⁰

Simonsen argumenterer for at rettsfunksjonen til *de minimis*-regelen utelukkende må være å trekke vesentlighetsvurderingen ut av de tilfellene som fremstår som helt opplagte, ikke å angi yttergrensen for lovlige direkteanskaffelser.⁶¹ Virkningen av at terskelverdiene overstiges er derfor bare at endringen ikke fanges opp av frihavnen.⁶² I slike tilfeller vil endringens lovlighet bero på en vurdering om endringen er vesentlig etter anskaffelsesforskriften § 28-2, eller eventuelt om den har annet hjemmelsgrunnlag for lovlige endringer i anskaffelsesforskriften § 28-1.

3.2.3 Betydningen for endringsadgangen i entreprisekontrakter

Spørsmålet blir så hvilken betydning *de minimis*-regelen får for byggherrens ensidige endringskompetanse i NS 8405 pkt. 22.1. Som nevnt innledningsvis kan byggherren pålegge entreprenøren endringer opptil 15 % av den opprinnelige kontraktsverdi, som må «stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art enn det opprinnelige avtalte arbeidet».⁶³ Grensen på 15 % er sammenfallende med den relative terskelverdien i *de minimis*-regelen, slik at endringer som ligger innenfor standardkontraktens grense også i utgangspunktet faller inn under frihavnen i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b). Dette vil imidlertid stille seg annerledes der endringen er innenfor grensen på 15 %, men likevel overstiger EØS-terskelverdi.⁶⁴ I slike tilfeller vil ikke *de minimis*-regelen kunne påberopes som grunnlag for endringen. EØS-terskelverdi utgjør i dag 51 millioner kroner i bygge- og anleggskontrakter.⁶⁵ I store bygge- og anleggskontrakter vil nok den verdigrensen kunne utgjøre en betydelig begrensning, særlig i lys av at det er den samlede verdien av endringer som er avgjørende etter *de minimis*-regelen i § 28-1 (1) bokstav b).⁶⁶

⁶⁰ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 111.

⁶¹ Simonsen (2016) s. 434.

⁶² Arrowsmith (2014) s. 598.

⁶³ NS 8405 pkt. 22.1 tredje avsnitt.

⁶⁴ Anskaffelsesforskriften § 5-3.

⁶⁵ Anskaffelsesforskriften § 5-3.

⁶⁶ I denne retning Aadal (2018) s. 43 med henvisning til tidligere EØS-terskelverdi på 44 millioner kroner.

Faller endringene derimot innenfor grensen på 15 % og EØS-terskelverdi, vil endringene i utgangspunktet være anskaffelsesrettslig lovlige.⁶⁷ Forutsetningen er likevel at «anskaffelsens overordnede karakter» ikke endres.⁶⁸ For endringer som byggherren ensidig pålegger, vil den anskaffelsesrettslige begrensningen trolig sjelden slå inn, all den tid standardkontrakten også krever at endringen må «stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art enn det opprinnelige avtalte arbeidet».⁶⁹ Vilkåret om at endringsarbeidet må «stå i sammenheng» med det kontrakten omfatter, innebærer at endringsarbeidet må ha en viss tilknytning til kontraktens objekt og formål.⁷⁰ Dette formuleres gjerne som et krav om at endringsarbeidet må utgjøre en naturlig fortsettelse av det opprinnelige kontraktarbeidet.⁷¹ Allerede her synes standardkontrakten å stenge for endringer som endrer «anskaffelsens overordnede karakter».⁷² Videre må endringene ikke være av en «vesentlig annen art» enn opprinnelig avtalte arbeidet. Bruserud formulerer dette som et krav om at endringsarbeidet rimeligvis kan sies å tilhøre samme «fag».⁷³ Vilkåret begrunnes med at entreprenøren bør slippe å pålegges endringsarbeid han ikke har kompetanse eller fagkunnskap til å gjennomføre, og et typisk moment vil være om det må innhentes ny underentreprenør for å utføre endringsarbeidet.⁷⁴

Samlet virker de kvalitative vilkårene standardkontrakten derfor å være strengere enn det som følger av *de minimis*-regelens krav om at «anskaffelsens overordnede karakter» ikke må endres.⁷⁵ Så lenge endringene ligger innenfor de *de minimis*-regelens terskelverdier, vil de derfor også normalt være lovlige etter anskaffelsesregelverket.⁷⁶ Det er derfor først hvor endringene enten overstiger EØS-terskelverdi, eller partene avtaler endringsarbeid utover standardkontraktens grenser, at forholdet mellom anskaffelsesregelverket og standardkontraktene kommer særlig på spissen. Dette blir derfor en forutsetning for den videre drøftelsen. For slike endringer vil den anskaffelsesrettslige lovligheten bero på om endringen har annet hjemmelsgrunnlag i § 28-1 (1) eller om den ikke ellers er vesentlig etter § 28-2.

⁶⁷ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

⁶⁸ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

⁶⁹ NS 8405 pkt. 22.1 tredje avsnitt.

⁷⁰ Bruserud (2014) s. 283.

⁷¹ Marthinussen (2016) s. 310.

⁷² Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

⁷³ Bruserud (2014) s. 283.

⁷⁴ Bruserud (2014) s. 283 og Marthinussen (2016) s. 310.

⁷⁵ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

⁷⁶ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

3.3 Endringer med hjemmel i endringsklausul

3.3.1 Generelt

Etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a) vil en endring som har grunnlag i en endringsklausul i den opprinnelige kontrakten være lovlig etter anskaffelsesregelverket.⁷⁷ Forutsetningen er at endringsklausulen er utformet i samsvar med anskaffelsesregelverkets krav til klarhet og presisjon.⁷⁸ Dersom endringsklausulene oppfyller vilkårene, vil endringsklausulene representere et handlingsrom utover det som følger av anskaffelsesregelverkets generalhjemler.⁷⁹ For endringsadgangen i entreprisekontrakter kan dette få betydning for to forhold. For det første hvorvidt endringer som ligger innenfor standardens grense på 15 %, men som overstiger EØS-terskelverdi, vil kunne være lovlig med grunnlag i bestemmelsen om endringsklausuler i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a) og dermed ikke må underlegges vesentlighetsbegrensningen. For det andre for om byggherren i realiteten har et endringsrom på 30 % ved at han kan foreta endringer opp til 15 % både etter *de minimis*-regelen i § 28-1 (1) bokstav b) og etter bestemmelsen i standardkontrakten.⁸⁰

I det følgende vil det gjøres rede for den anskaffelsesrettslige reguleringen av endringsklausuler, før det vil vurderes om byggherrens ensidige endringskompetanse i NS 8405 pkt 22.1 oppfyller det anskaffelsesrettslige kravet til endringsklausuler.⁸¹

3.3.2 Adgangen til å innta endringsklausuler etter anskaffelsesregelverket

Anskaffelsesforskriften §§ 28-1 (1) bokstav a) § 19-1 (2) regulerer adgangen til å innta endringsklausuler i kontrakten. Bestemmelsene gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 1. bokstav a). Slike endringer vil være lovlige under den forutsetningen er at endringsklausulen er angitt i anskaffelsesdokumentene, og er utformet tilstrekkelig klart og presist.⁸² Endringene har da inngått som en del av den opprinnelige konkurransen, og vil ikke stride med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.⁸³ Dette fordi potensielle leverandører gjøres kjent

⁷⁷ Anskaffelsesforskriften § 28-1(1) bokstav a).

⁷⁸ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

⁷⁹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a) og § 28-2.

⁸⁰ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

⁸¹ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

⁸² Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

⁸³ Arrowsmith (2014) s. 586-587, Poulsen (2012) s. 168, Simonsen (2016) s. 421.

med endringsmulighetene som kan forekomme, og har lik mulighet til å ta disse i betraktning ved inngivelsen av tilbud.⁸⁴

Etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a) er det ikke noe krav om *hva* som kan reguleres gjennom endringsklausuler.⁸⁵ I prinsippet kan derfor de fleste endringsbehov reguleres, så lenge de fremgår tilstrekkelig klart for tilbyderne på tilbudsstadiet. En overordnet materiell skranke er likevel at endringsklausulen ikke må åpne for at «anskaffelsens overordnede karakter» endres.⁸⁶ I begrensningen ligger at endringsklausulen ikke må åpne for å endre kontrakten til noe grunnleggende annet, ettersom slike endringer forutsettes å ha innvirket på konkurransen.⁸⁷ Det vil eksempelvis ikke være lovlig å innta en endringsklausul som åpner for å endre kontrakten fra rehabilitering av et eksisterende bygg, til oppføring av et nytt bygg et annet sted.⁸⁸

Eksempler på aktuelle endringsklausuler kan være prisindeksklausuler og opsjoner.⁸⁹ En opsjon er en underkategori av endringsklausuler som gir oppdragsgiver en rett, men ikke plikt til å forlenge en kontrakt eller å få levert eller levere visse forhåndsdefinerte ytelser.⁹⁰ Et eksempel kan være at man i en kontrakt om oppføring av et leilighetsbygg, inntar en opsjon på installasjon av elbilladepunkter. Byggherren kan da bestemme på et senere tidspunkt om han ønsker opsjonsarbeidet realisert. Opsjoner skal prises og vilkårene for innløsning skal på forhånd skal være satt, og vil derfor typisk være lovlig etter anskaffelsesregelverket.⁹¹ For mindre klart definerte endringsklausuler, kan derimot lovlighetsspørsmålet være mer uklart.

Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a) oppstiller ingen kvantitativ begrensning på endringsklausulers verdi. Utgangspunktet må derfor være at endringsarbeider med grunnlag i en endringsklausul vil være lovlige uavhengig av deres pengemessige verdi.⁹² Imidlertid kan det tenkes at proporsjonalitet- og forutberegnelighetsprinsippet vil kunne legge en yttergrense på hvor store endringsarbeider som kan tillates.⁹³ Arrowsmith argumenterer for at også den kva-

⁸⁴ Dragsten (2013) s. 739.

⁸⁵ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) a) og § 19-1 (2).

⁸⁶ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

⁸⁷ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 109.

⁸⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 325.

⁸⁹ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (1). I EU-kommisjonens non-paper om Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 8: Sound procedures, dokument nr. 11266/12 (2012) benyttes et eksempel om en opsjon i en kontrakt som skal skje i flere faser på s. 20.

⁹⁰ Dragsten (2013) s. 803.

⁹¹ Dragsten (2013) s. 803.

⁹² Simonsen (2016) s. 421.

⁹³ Anskaffelsesloven § 4.

litative begrensningen om «anskaffelsens overordnede karakter», også i spesielle tilfeller kan legge kvantitative begrensninger på endringsadgangen, eksempelvis der endringsarbeidene utgjør en ti gangers økning av det opprinnelige avtalte kontraktarbeidet.⁹⁴

EU-domstolen virker å legge stor vekt på muligheten til å innta endringsklausuler som verktøy for å gjøre endringer i en inngått kontrakt.⁹⁵ Hensynet bak bestemmelsen er at oppdragsgiver skal klargjøre de endringsmuligheter han ønsker å sikre seg i kontrakten på forhånd, slik at leverandørene gis oversikt over kontraktens potensielle rekkevidde og på den måte stiller likt konkurransen.⁹⁶ I EU-domstolens sak C-496/99 (CAS Succhi di Frutta SpA), ble en endring i betalingsmåte fra epler til fersken ansett som en vesentlig endring. EU-domstolen vektla at oppdragsgiver hadde hatt mulighet til å på forhånd regulere på hvilke vilkår en endring i betalingsmåte kunne skje. Når dette ikke var gjort, utgjorde endringen en tilsidesettelse prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.⁹⁷

3.3.3 Nærmere om klarhetskravet

For at reell likebehandling skal finne sted, oppstiller anskaffelsesregelverket nærmere krav til klarhet og presisjon til endringsklausulens utforming.⁹⁸ I dette ligger at vage og skjønnsmessige endringsklausuler ikke vil være forenelig med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Bare der endringsklausulene er tilstrekkelig klare, vil de kunne utgjøre en reell premiss i konkurransen. Klarhetskravet kommer til uttrykk i anskaffelsesforskriften § 19-1 (2):

«Endringsklausuler skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausulene kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.»

Ordlyden taler isolert sett for å oppstille et strengt klarhetskrav både hva gjelder hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.⁹⁹ I anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 1 bokstav a) er klarhetskravet formulert som at endringsklausulene må være «klare, præcise og entydige» i den danske versjonen, og tilsvarende «clear, precise and

⁹⁴ Arrowsmith (2014) s. 600.

⁹⁵ Se eksempelvis C-496/99 (CAS Succhi di Frutta SpA), C-340/02 (Kommissjonen mot Frankrike) C-549/14 (Finn Frogne).

⁹⁶ C-549/14 (Finn Frogne) premiss 37.

⁹⁷ C-496/99 (CAS Succhi di Frutta SpA) premiss 125.

⁹⁸ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

⁹⁹ I denne retning også Thue (2018) s.1023.

unequal» i den engelske versjonen.¹⁰⁰ I tillegg skal «omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder samt betingelserne for deres anvendelse» fastsattes.¹⁰¹ Også ordlyden i anskaffelsesdirektivet virker å oppstille et strengt klarhetskrav. Direktivets fortale gir derimot uttrykk for en lempeligere norm, hvor endringsklausulene må være «tilstrøkkelig tydelige».¹⁰² Thue argumenterer likevel for at dette ikke kan være nok til å endre det strenge kravet ordlyden oppstiller.¹⁰³ Dette må trolig være riktig, ettersom også EU-domstolen har lagt seg på en streng linje gjennom sin praksis.

I C-496/99 (CAS Succhi di Frutta SpA), uttalte domstolen at oppdragsgiver kunne ha sikret seg muligheten til å endre betalingsmåte i kontrakten ved å «...navnlig præcist at bestemme, under hvilke betingelser den frugt, der udtrykkeligt er nævnt som betaling af de omhandlede leveringer, kan erstattes med anden frugt.»¹⁰⁴ I C-340/02 (Kommisjonen mot Frankrike) gjøres lignende synspunkter gjeldende, hvor domstolen understreker betydningen av at kontraktstypelsen er definert klart, og at det ikke er tilstrekkelig å ta inn en ren mulighet for en endring.¹⁰⁵ I C-549/14 (Finn Frogne) gav EU-domstolen uttrykk for at noen kontrakter er så usikre i sin karakter, at det vil være mulig for oppdragsgiver å forutse risikoen for at det kan oppstå vanskeligheter på gjennomføringsstadiet. I slike tilfeller påhviler det oppdragsgiver å «definere kontraktens genstand med omhu».¹⁰⁶ Også EU-domstolen virker derfor å ha lagt seg på en streng linje.

Ifølge direktivets fortale må partene heller ikke gis en ubegrenset endringsadgang.¹⁰⁷ I slike tilfeller vil kontraktens reelle omfang ikke være gjenstand for konkurranse. I KOFA-2015/65 ble en endringsklausul om at «[a]ndre offentlige virksomheter kan knytte seg til signeringsløsningen», ikke godtatt, ettersom den ikke gav noe begrensning for kretsen av mulige oppdragsgivere som kunne tilslutte seg avtalen.¹⁰⁸

Direktivets fortale gir videre eksempler på endringsklausuler som typisk vil være lovlige.¹⁰⁹ Det kan være klausuler om indeksreguleringer av pris, eller klausuler om tilpasning av kommunikasjonssystemer eller teknologiske leveranser der avtalen skal leveres over en lengre

¹⁰⁰ Anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 1 bokstav (a).

¹⁰¹ Anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 1 bokstav (a).

¹⁰² Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 111.

¹⁰³ Thue (2018) s. 1023.

¹⁰⁴ Se avgjørelsens premiss 126.

¹⁰⁵ Se avgjørelsens premiss 34 og 36.

¹⁰⁶ C-549/14 (Finn Frogne) premiss 36 og 37.

¹⁰⁷ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 111.

¹⁰⁸ KOFA-2015/65 avsnitt 16.

¹⁰⁹ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 111.

tidsperiode.¹¹⁰ Eksempelene knytter seg til spesifikke endringsbehov. Det kan spørres om det kreves at endringene er konkret identifisert i endringsklausulen, eller om det er tilstrekkelig at endringens art må fremgå klart. Anskaffelsesdirektivets ordlyd gir uttrykk for at det er endringens «omfang og art» som må defineres klart.¹¹¹ Det tilsier at man ikke må angi endringen konkret, men at det er tilstrekkelig at arten av endringen definert klart. Dette må trolig være riktig dersom man i det hele tatt skal kunne klare å utforme tilstrekkelig klare endringsklausuler. Det vil være vanskelig å konkret skulle identifisere et hvert fremtidig endringsbehov, særlig i langvarige og komplekse kontrakter.

Samlet virker anskaffelsesdirektivet å følge opp den stenge linjen EU-domstolens har lagt seg på tidligere. Bare der endringsklausulene er tilstrekkelig klare vil leverandørene gis oversikt over kontraktens potensielle rekkevidde, og derav stille likt i konkurransen.

3.3.4 Oppfyller byggherrens endringskompetanse anskaffelsesregelverkets krav til endringsklausuler?

Spørsmålet blir så hvordan endringsbestemmelsen i NS 8405 pkt. 22.1 stiller seg til anskaffelsesregelverkets krav til endringsklausuler.¹¹² Det kan først spørres hvorvidt endringshjemmen i det hele tatt er en endringsklausul i anskaffelsesrettslig forstand, eller om anskaffelsesforskriften kun tar sikte på å regulere gjensidige endringsklausuler mellom partene. Verken ordlyden i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a) eller bestemmelsen om endringsklausuler § 19-1 (2) gir uttrykk for at bestemmelsene er ment å kun gjelde gjensidige endringsklausuler. Det gis derimot uttrykk for at klart må fremgå av endringsklausulen hvilke endringer «oppdragsgiver kan foreta».¹¹³ Ordlyden tilsier derfor at også ensidige endringshjemler omfattes, og at bestemmelsen må antas å gjelde generelt.

Det mer tvilsomme er om byggherrens ensidige endringskompetanse oppfyller det anskaffelsesrettslige klarhetskravet.¹¹⁴ Som nevnt innledningsvis, gis byggherren gis en rett til å pålegge leverandøren endringer opp til 15 % av opprinnelig kontraktsverdi som må «stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet».¹¹⁵ Bestemmelsen gir byggherren en generell endringskompetanse innen vis-

¹¹⁰ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 111.

¹¹¹ Anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 1 bokstav a).

¹¹² Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a).

¹¹³ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

¹¹⁴ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

¹¹⁵ NS 8405 pkt. 22.1.

se kvalitative og kvantitative begrensninger, og ved første øyekast virker derfor bestemmelsen å kunne stå i et spenningsforhold til det strenge klarhetskravet som oppstilles i anskaffelsesregelverket.

I tidligere nemdspraksis har imidlertid KOFA uttalt seg på generelt grunnlag om forholdet de entrepriserettslige standardkontraktene og anskaffelsesregelverket. I KOFA-2008/5, som gjaldt byggearbeider i tilknytning til et helsesenter i Storfjord kommune, uttalte nemda at:

«Tildelte oppdrag for bygg- og anleggsarbeider vil i norske forhold være underlagt omforente standardvilkår i bransjen, i dette tilfellet Norsk Standard (NS) 8405 publisert i 2004 ... Standardvilkårene gir byggherren en rett til å rekvirere endringer og tillegg mot tilleggsvederlag, og slike vil ikke kunne anses som nye oppdrag som må kunngjøres. Det ville være lite hensiktsmessig om ikke den valgte entreprenør kunne utføre endringer under oppførelsen i tråd med byggherrens ønsker.»¹¹⁶

Klagenemda oppstiller dermed et generelt utgangspunkt om at endringer som ligger innenfor standardkontraktens grenser ikke vil utgjøre en vesentlig endring etter anskaffelsesregelverket. Avgjørelsen har senere blitt fulgt opp i nemdspraksis og sluttet seg til i juridisk teori.¹¹⁷ Imidlertid ble avgjørelsen i KOFA-2008/5 avsagt før man hadde noe uttrykkelig regulering av endringsklausuler og klarhetskravet i anskaffelsesregelverket. Klagenemda tar dermed ikke stilling til endringsbestemmelsens klarhet som sådan, men vurderer bare hvorvidt endringen faller innenfor eller utenfor standardkontraktens bestemmelse. Det er derfor ikke gitt at løsningen vil bli den samme i dag.

I senere tid har KOFA tatt et steg tilbake. Klagenemdas sak KOFA-2014/139 gjaldt trafikk-sikkerhetstiltak langs eksisterende veier, hvor oppdragsgiver aksepterte endringer i utførelsen som medførte kostnadsbesparelser for leverandøren uten at vederlaget ble tilsvarende redusert. Innklagde viste til at endringen kunne hjemles i endringsbestemmelsen i standardkontrakten, men klagenemda uttalte:

«Endringsklausulen i NS 8406 punkt 19.1 gir oppdragsgiver adgang til å gjøre visse kontraktsendringer ... I relasjon til anskaffelsesregelverket beror likevel lovligheten av en endringsklausul på om denne er utformet i samsvar med kravene i loven § 5, herunder kravene til gjennomsiktighet og likebehandling ... Endringsklausulen i NS 8406

¹¹⁶ I avgjørelsens avsnitt 58.

¹¹⁷ KOFA-2008/217, KOFA-212/127 og KOFA-2013/128. Se også Bruserud (2014) s. 131.

punkt. 19.1, som gir oppdragsgiver adgang til å gjøre ”endringer”, vil nok etter omstendighetene kunne stå i et spenningsforhold etter anskaffelsesregelverket.»¹¹⁸

Klagenemda antyder at endringsklausulen i NS 8406 pkt. 19.1, som tilsvarer byggherrens endringskompetanse i NS 8405 pkt. 22.1, vil kunne stå i et spenningsforhold til anskaffelsesregelverket på grunn av hensynene til likebehandling og gjennomsiktighet. Forholdet til klarhetskravet ble imidlertid ikke vurdert nærmere, ettersom endringene var foranlediget av leverandørens forslag om å utarbeide arbeidene annerledes, og ikke var endringer som byggherren hadde pålagt gjennom sin endringskompetanse. Endringsbestemmelsen i standardkontrakten hadde derfor ikke betydning for den problemstillingen, og lovligheten måtte vurderes etter den alminnelige vesentlighetsbegrensningen. Mindretallet ved nemdsmedlem Krüger var imidlertid uenig med flertallet, og uttalte at han ville «prinsipielt vike tilbake for å anse omforente standardvilkår innen BA-bransjen for å være konkurranseskadelige», med henvisning til klagenemdas avgjørelse i KOFA-2008/5.¹¹⁹ Heller ikke han tok stilling til klarhetskravet, men viste kun tilbake til tidligere praksis.

Foreløpig finnes det ikke praksis som eksplisitt tar stilling til forholdet mellom klarhetskravet slik det er oppstilt i anskaffelsesforskriften § 19-1 (2) i dag og bestemmelsene om byggherrens ensidige endringskompetanse i standardkontraktene. I juridisk teori tar imidlertid Simonsen til ordet for at endringsklausulene ikke er tilstrekkelig klare til å oppfylle anskaffelsesregelverkets klarhetskrav.¹²⁰ Vurderer man endringsbestemmelsen i NS 8405 pkt. 22.1 opp mot vilkårene i anskaffelsesforskriften § 19-2, virker hans oppfatning å stemme godt med bestemmelsens ordlyd.

Anskaffelsesregelverket krever som nevnt klarhet både for «hvilke endringer» oppdragsgiveren kan foreta, «i hvilket omfang» og «på hvilke vilkår».¹²¹ NS 8405 pkt. 22.1 gir byggherren en rett til å pålegge endringer opp til 15 % av opprinnelige kontraktsverdi som må «stå i sammenheng med det kontrakten omfatter og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet». For omfanget av endringsadgangen virker standardkontrakten å

¹¹⁸ Avgjørelsens avsnitt 58 og 60. I dette tilfellet refererer KOFA til endringsbestemmelsen i NS 8406 (Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt) pkt. 19.1, men bestemmelsen tilsvarer NS 8405 pkt. 22.1.

¹¹⁹ KOFA-2014/139 avsnitt 77.

¹²⁰ Simonsen (2016) s. 423-424.

¹²¹ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

være klart nok utformet, ettersom bestemmelsen oppstiller en yttergrense på 15 % av opprinnelig kontraktsverdi.¹²²

Mer tvilsomt er det om klarhetskravet oppfylles for «hvilke endringer» som kan foretas og «på hvilke vilkår». Særlig vil det at situasjonsbetingelsene skal angis klart i endringsklausulen kunne by på problemer.¹²³ Endringsklausulen i standardkontrakten inneholder ingen vilkår om under hvilke forutsetninger endringsklausulen kan brukes. Oppdragsgiver kan dermed i prinsippet vilkårløst kreve endringsarbeid utført, så lenge det ligger innenfor bestemmelsens kvantitative og kvalitative rammer.¹²⁴

Også for «hvilke endringer» som omfattes, er det tvilsomt at klarhetskravet er oppfylt. Standardkontrakten inneholder visse begrensninger ved at endringene må «stå i sammenheng med det kontrakten omfatter og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet.»¹²⁵ Ordlyden er likevel nokså vid og skjønnsmessig utformet. Bestemmelsen gir anvisning på en generell endringsadgang, og kan derfor vanskelig sies å klart og entydig fastsette hvilke endringer som omfattes. Anskaffelsesdirektivets fortale trekker kun frem spesifikke endringsbehov i eksemplene på tillatte endringsklausuler, som indeksreguleringer eller tilpasning av kommunikasjonssystemer og teknologiske leveranser.¹²⁶ Sees endringsbestemmelsen i standarden i sammenheng med fortalens eksempler, virker det heller ikke som arten av endringsarbeider er klart nok formulert for bestemmelsen om byggherrens ensidige endringskompetanse. Samlet virker bestemmelsen i NS 8405 pkt. 22.1 å være for vagt utformet til å oppfylle det anskaffelsesrettslige klarhetskravet etter § 19-1 (2).

Et poeng når det kommer til klagenemdas avgjørelse i KOFA-2008/5, er at den ble avsagt på et på tidspunktet hvor man heller ikke hadde noe regulering av *de minimis*-endringer i anskaffelsesregelverket. Det kan derfor spørres om grunnen til at nemda godtok endringsbestemmelsene var at grensene sammenfalt noenlunde med det som tidligere har vært tillatt i EUDomstolens praksis. Ettersom klarhetskravet ikke eksplisitt drøftes, er det nærliggende å tro at det ikke nødvendigvis var meningen å tillegge bestemmelsene det innhold som tilsvarer anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a) i dag, men nærmere å sikre oppdragsgivere den fleksibilitet som er ansett nødvendig og sedvanlig i entreprisekontrakter. Dette er i dag tatt

¹²² NS 8405 pkt. 22.1.

¹²³ Simonsen (2016) s. 424.

¹²⁴ Simonsen (2016) s. 424.

¹²⁵ NS 8405 pkt. 22.1.

¹²⁶ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 111.

høyde for i *de minimis*-regelen hvor endringsrommet er satt til nettopp 15 % for bygge- og anleggskontrakter, sammenlignet med 10% som er grensen for vare- og tjenestekontrakter.¹²⁷ Endringsklausuler som oppfyller klarhetskravet vil som nevnt gi oppdragsgiver et endringsrom utover det som følger av *de minimis*-regelen. I så fall ville man i bygge- og anleggskontrakter i realiteten hadde et spillerom på 30 %, noe som trolig ikke har vært meningen. Argumentene for å tillate endringsbestemmelsen i KOFA-2008/5 var det ville være «lite hensiktsmessig om den valgte entreprenør ikke kunne utføre endringer under oppførelsen i tråd med byggherrens ønsker». Det refereres her til endringer innenfor 15 % grensen i standarden. Med endringsreglene slik de er inntatt i anskaffelsesforskriften i dag, er det mer nærliggende å tolke byggherrens endringskompetanse som en spesialversjon av *de minimis*-regelen, snarere enn at den oppfyller kravene til en endringsklausul i § 28-1 (1) bokstav a) i seg selv. Som drøftet er den vagt utformet, og kan derfor vanskelig sies å oppfylle det anskaffelsesrettslige klarhetskravet.¹²⁸

Så lenge standardkontraktens verdigrense er sammenfallende med *de minimis*-terskelene i § 28-1 (1) bokstav b) vil likevel det ikke få noen merkbare konsekvenser for oppdragsgiver. Dette stiller seg imidlertid annerledes dersom de pålagte endringene overstiger EØS-terskelverdi, eller man øker verdigrensen for byggherrens endringskompetanse i standardkontraktene. I slike tilfeller vil endringsarbeidene falle utenfor *de minimis*-regelen og må derfor som utgangspunkt underlegges den alminnelige vesentlighetsbegrensningen i anskaffelsesforskriften § 28-2, med mindre noen av de spesielle hjemmelsgrunnlagene i § 28-1 som kan påberopes som grunnlag for endringen.

3.3.5 Praksis ved å øke verdigrensen for byggherrens endringskompetanse

Et annet aspekt ved byggherrens ensidige endringskompetanse er at den øvre grensen på 15 % bare gjelder så fremt ikke annet ikke er avtalt mellom partene.¹²⁹ Entrepriserettslig er det derfor fullt mulig å fastsette en høyere verdigrense for byggherrens endringskompetanse enn det som fremgår av standardkontrakten. Dette har blant annet vært vanlig hos flere av de største

¹²⁷ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b).

¹²⁸ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

¹²⁹ NS 8405 pkt. 22.1

norske offentlige oppdragsgiverne, som Statsbygg og Forsvarsbygg, som har egne standardkontrakter hvor verdigrensen for byggherrens endringskompetanse økes fra 15 % til 25 %.¹³⁰

Anskaffelsesrettslig vil det i utgangspunktet ikke være problematisk å fastsette en høyere endringsadgang enn 15 % i kontrakten. Forutsetningen er likevel at endringsadgangen er fastsatt i en tilstrekkelig klar og presis endringsklausul.¹³¹ Statsbyggs og Forsvarsbyggs standardkontrakter bygger på NS 8405, og henviser til endringsbestemmelsen i NS 8405 pkt. 22.1, men med avvik fra verdigrensen. I Statsbyggs standardkontrakter for utførelsesentrepriser (Blåboka) fremgår det av pkt. 13:

«Byggherren kan ikke pålegge entreprenøren endringer utover 25 % netto tillegg til kontraktssummen.»¹³²

Tilsvarende fremgår det av Forsvarsbyggs generelle kontraktbestemmelser:

«Dersom ikke annet fremkommer av konkurransegrunnlaget kan byggherren ikke pålegge entreprenøren endringer utover 25 % netto tillegg til kontraktssummen.»¹³³

Bestemmelsen øker derfor den kvantitative verdigrensen uten noen ytterligere spesifisering av kvalitative vilkår. Man må derfor falle tilbake på vilkårene i NS 8405 pkt. 22.1. Entrepriserettslig innebærer økningen at byggherren får større fleksibilitet, og at risikoen i kontrakten forskyves til disfavør av leverandøren. Endringsbestemmelsen tar sikte på å regulere rettsforholdet mellom byggherre og valgte leverandør, og at risikoen forskyves er i utgangspunktet ikke problematisk entrepriserettslig, ettersom leverandøren aksepterer dette ved kontraktsinngåelsen.¹³⁴

Anskaffelsesrettslig kan dette derimot stille seg annerledes, ettersom de anskaffelsesrettslige endringsreglene skal ivareta hensynet til likebehandling av *andre* leverandører, og at det derfor oppstilles krav om klarhet og presisjon for endringsklausulers utforming. Som drøftet, oppfyller trolig ikke bestemmelsen i NS 8405 pkt. 22.1 det anskaffelsesrettslige klarhetskravet. Det vil derfor også tvilsomt at Statsbyggs- og Forsvarsbyggs endringsklausuler er tilstrekkelige klare til påberopes som grunnlag for endringen etter anskaffelsesregelverket. I

¹³⁰ Se Blåboka (avvik fra NS 8405) pkt. 13 og Forsvarsbyggs generelle kontraktsbestemmelser for entrepriser etter NS 8405 (Totalentrepriseboka) pkt. 13.

¹³¹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a).

¹³² Blåboka pkt. 13.

¹³³ Totalentrepriseboka pkt. 13.

¹³⁴ Imidlertid har avvik fra standardkontraktene vært kritisert av entreprenører og også dels i entrepriserettsteorien, ettersom det ensidig forskyver kontraktbalansen i favør av leverandør. Se Bruserud (2014) s. 26.

tillegg kan det tenkes at man anskaffelsesrettslig må innfortolke et forholdsmessighetsprinsipp, hvor det kreves strengere grad av klarhet jo mer omfattende endringsarbeid klausulen regulerer.¹³⁵ I så tilfelle vil det i hvert fall være tvilsomt at endringsklausulene er tilstrekkelig klar.

En annen virkning av at verdigrensen økes, er at endringer i spennet mellom 15 % og 25 % heller ikke vil gå klar av *de minimis*-regelen, og derfor som utgangspunkt må underlegges den alminnelige vesentlighetsbegrensningen.¹³⁶

Spørsmål rundt endringsklausulers klarhet og utforming, blir imidlertid sjelden overprøvd i praksis. Det henger sammen med at det typisk vil være vanskelig for en utenforstående leverandører å oppdage endringer i kontrakten mellom oppdragsgiver og valgte leverandør. De fleste tvister som oppstår løses også i minnelighet, ettersom en rettsprosess vil være kostbart og tidskrevende. Som oppdragsgiver bør man likevel være kjent med risikoen for at standardkontraktenes endringsklausuler ikke nødvendigvis oppfyller det anskaffelsesrettslige klarhetskravet, og at endringer som har grunnlag i standardkontrakten derfor kan bli underlagt den alminnelige vesentlighetsbegrensningen i anskaffelsesforskriften § 28-2.

Et eksempel på at dette kan komme på spissen, kan være at det bygges en tunnel hvor det oppstår behov for mer sprengningsarbeid enn det som opprinnelig var antatt. Dersom byggherren pålegger sprengningsarbeid opp til 25 % av opprinnelig kontraktsverdi, men endringsklausulen ikke er klar nok etter anskaffelsesregelverket, vil lovligheten av sprengningsarbeidet bero på om endringen er vesentlig.¹³⁷ Dersom det nye sprengningsarbeidet kunne hatt betydning for andre leverandører ved inngivelsen av tilbud, vil det fort kunne utgjøre en vesentlig endring.¹³⁸ I så tilfelle kommer oppdragsgiver i en posisjon hvor han må velge mellom å enten stoppe opp og foreta ny kunngjøring, som vil hindre fremdriften, eller fortsette med valgte leverandør og risikere betydelige sanksjoner for brudd på kunngjøringsplikten.¹³⁹

Virkingen av at endringsklausulene ikke er tilstrekkelig klare, er at endringer som overstiger *de minimis*-terskelverdiene må underlegges den alminnelige vesentlighetsbegrensningen i anskaffelsesforskriften § 28-2. Dette vil gjelde for endringene hvor det ikke gjør seg gjeldende noen særlige hensyn. I nærmere angitte tilfeller, kan det likevel tenkes at de spesielle

¹³⁵ Anskaffelsesloven § 4.

¹³⁶ Anskaffelsesforskriften § 28-2.

¹³⁷ Anskaffelsesforskriften § 28-2.

¹³⁸ Anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav a).

¹³⁹ Se anskaffelsesloven §§ 12, 13 og 14.

hjemmelsgrunnlagene i anskaffelsesforskriften § 28-1 kan påberopes som grunnlag for endringen. Disse forutsetter likevel at bestemmelsenes nærmere angitte betingelser er oppfylt, og bestemmelsene kan derfor ikke påberopes generelt som grunnlag for byggherrens ønskede endringer. For entreprisekontrakter vil det særlig være bestemmelsene om nødvendige tilleggsleveranser i § 28-1 (1) bokstav c) og uforutsette omstendigheter i § 28-1 (1) bokstav d) som kan være aktuelle. For å gi et mer helhetlig inntrykk av hvilket endringsrom anskaffelsesregelverket kan gi i nærmere bestemte tilfeller, vil adgangen til å gjøre endringer etter disse bestemmelsene vurderes før det generelle forbudet mot vesentlige endringer i § 28-2 drøftes i neste kapittel. De spesielle hjemmelsgrunnlagene vil imidlertid vurderes på et mer overordnet plan, grunnet begrensninger i oppgavens omfang og at bestemmelsene har et mer avgrenset anvendelsesområde enn de generelle reglene. I det følgende vil først bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser drøftes, før bestemmelsen om uforutsette omstendigheter vurderes i pkt. 3.5.

3.4 Nødvendige tilleggsleveranser

3.4.1 Generelt

For de tilfeller hvor endringens verdi overstiger *de minimis*-terskelverdiene, og man ikke har grunnlag i en tilstrekkelig klar endringsklausul, kan oppdragsgiver vurdere om det er grunnlag for å påberope anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) om endringsbehovene gjelder nødvendige tilleggsleveranser. Bestemmelsen utgjør et spesielt hjemmelsgrunnlag, og får kun anvendelse der bestemmelsens kumulative vilkår er oppfylt.¹⁴⁰ I det følgende vil innholdet i den anskaffelsesrettslige bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser drøftes, før forholdet endringsadgangen i standardkontrakten blir vurdert.

3.4.2 Anskaffelsesregelverkets regulering av nødvendige tilleggsleveranser

På nærmere angitte vilkår vil det etter anskaffelsesregelverket være lovlig å bestille tilleggsleveranser fra valgte leverandør, som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten.¹⁴¹ Bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) gjennomfører anskaffelsesdirektivet art.

¹⁴⁰ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c).

¹⁴¹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c).

72 nr. 1 bokstav b). Bestemmelsen får anvendelse for bestilling av tilleggsleveranser av valgte leverandør, hvor bytte av leverandør er utelukket av tekniske eller økonomiske grunner.¹⁴²

For at bestemmelsen skal kunne påberopes må endringen for det første gjelde «tilleggsleveranser». Ordlyden tilsier at endringene må gjelde noe annet enn det som var omfattet av den opprinnelige kontrakten. Andre endringer enn de rene tilleggsleveransene vil falle utenfor bestemmelsens virkeområde. Tilleggsleveransene må videre være «nødvendige». Vilkåret skal forstås absolutt, og det kreves at den opprinnelige leveransen fremstår ufullstendig dersom tilleggsleveransene ikke blir levert.¹⁴³ Tilleggsleveranser som bare er ønskelige eller fordelaktige vil derfor falle utenfor bestemmelsens virkeområde.

I tillegg må bestemmelsens tre øvrige kumulative vilkår være oppfylt. For det første må et bytte av leverandør (til å levere tilleggsleveransene) ikke kunne skje av tekniske eller økonomiske grunner.¹⁴⁴ Vilkåret kan ikke forstås som et absolutt krav om at leverandørbytte ikke er mulig, men må ifølge direktivets fortale medføre «uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikeholdelse».¹⁴⁵ Vilkåret må sees i sammenheng med anskaffelsesforskriften øvrige bestemmelser hvor oppdragsgiver har et behov som reelt sett bare kan dekkes av en leverandør.¹⁴⁶ Et eksempel kan være der tilleggsleveransene må være kompatible med eksisterende utstyr som ble anskaffet ved den opprinnelige kontrakten.¹⁴⁷ Bestemmelsen vil typisk kunne få anvendelse på IT-kontrakter hvor datasystem må fungere sammen med det allerede eksisterende utstyr. For entreprisekontrakter kan det tenkes at eksempelvis kostnader til opp- og nedrigg kunne gitt grunnlag for å bestille tilleggsytelser fra valgte leverandør etter bestemmelsen.¹⁴⁸

Et skifte av leverandør må videre medføre «betydelige vanskeligheter» eller «vesentlige ekstrakostnader» for oppdragsgiver.¹⁴⁹ Den retts tekniske utformingen er forvirrende sett i sammenheng med vilkåret over. Ifølge bestemmelsens ordlyd er vilkårene kumulative, men dersom man skal kunne påvise betydelige vanskeligheter ved bytte av leverandør, må bytte av leverandør også være mulig. I juridisk teori er det derfor argumentert for at vilkårene må for-

¹⁴² Arrowsmith (2014)

¹⁴³ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 327.

¹⁴⁴ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) nr. 1.

¹⁴⁵ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 108.

¹⁴⁶ Thue (2018) s. 1026. Som eksempelvis § 13-4 bokstav b) til d) om vilkår for anskaffelser uten konkurranse.

¹⁴⁷ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) nr. 1.

¹⁴⁸ Aadahl (2018) s. 43.

¹⁴⁹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) nr. 2.

stås som alternative og ikke kumulative.¹⁵⁰ Vilkårets ordlyd oppstiller uansett en høy terskel ved at vanskelighetene må være «betydelige» eller ekstrakostnadene «vesentlige». Det er derfor ikke tilstrekkelig at en kunngjort konkurranse vil medføre visse ekstrakostnader eller merarbeid for oppdragsgiver.

Et tredje vilkår er at tilleggsarbeidet ikke må overstige 50 % av den opprinnelige kontraktsverdien.¹⁵¹ Til forskjell fra *de minimis*-regelen, vil verdibegrensningen her gjelde for hver enkelt endring, og ikke for den samlede verdien av endringsarbeidene. Bestemmelsen kan derfor gi et ganske betydelig endringsrom, men vilkårene må være oppfylt for hver enkelt endring. At endringsadgangen er såpass stor, henger sammen med at det ikke vil bidra til effektiv ressursbruk dersom oppdragsgiver skal tvinges til å bytte ut allerede eksisterende utstyr.

Et siste vilkår er at bestemmelsen ikke må anvendes for å omgå anskaffelsesforskriften.¹⁵² Som kontrollmekanisme for at regelverket omgås, pålegges oppdragsgiver en kunngjøringsplikt for endringer som foretas med grunnlag i bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser.¹⁵³

3.4.3 Betydningen for endringsadgangen i entreprisekontrakter

Byggherrens ensidige endringskompetanse omfatter tilleggsarbeider, ettersom en endring etter standarden kan være at entreprenøren skal «yte noe i tillegg» til det opprinnelige avtalte arbeidet.¹⁵⁴ Som nevnt innledningsvis, omfatter bestemmelsen både nødvendige og ønskelige endringer fra byggherrens side. Anskaffelsesrettslig er det derimot bare de for nødvendige tilleggsleveransene at bestemmelsen i § 28-1 (1) bokstav c) kan påberopes som grunnlag for endringen. Adgangen til å gjøre endringer begrenses derfor til å kun omfatte de tilleggsleveranser som medfører til at andre opprinnelige leveranser ikke fremstår uferdig.

Dersom tilleggsleveransene oppfyller nødvendighetsvilkåret, må også de resterende vilkårene i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) oppfylles. Anskaffelsesforskriften stiller her langt strengere materielle krav enn det som følger av standardkontrakten. I standardkontrakten er det sentrale at endringsarbeidet har tilstrekkelig tilknytning til det opprinnelige avtalte kon-

¹⁵⁰ Simonsen (2016) s. 427.

¹⁵¹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) nr. 3.

¹⁵² Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c).

¹⁵³ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (3).

¹⁵⁴ NS 8405 pkt. 22.1 andre ledd.

traktarbeidet, mens det etter anskaffelsesregelverket kreves at tilleggsarbeidet reelt sett bare kan dekkes av valgte leverandør.¹⁵⁵ I bygge- og anleggsprosjekter vil nok ofte det mest praktiske være at valgte leverandør gjennomfører tilleggsarbeidene, ettersom det å ta inn nye leverandører vil kunne skape utfordringer ved arbeids- og risikofordeling. At det er mer praktisk å beholde valgte leverandør, vil likevel ikke være nok til å kunne påberope bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser i § 28-1 (1) bokstav c), dersom det reelt sett finnes andre leverandører som kunne ha levert tilleggsarbeidet.

Et tenkt eksempel på at bestemmelsen kan påberopes, kan være at man har bestilt på et sykkelstativ til en skole med en bestemt type låssystem, som bare en leverandør i markedet leverer. Dersom det skulle vise seg at man trenger et ekstra sykkelstativ for å dekke skolens behov, og dette må fungere sammen med det låssystemet på det opprinnelige sykkelstativet, vil man nok kunne påberope bestemmelsen som grunnlag for endringen.

Er vilkårene i anskaffelsesforskriften derimot først oppfylt, kan det foretas ganske betydelige endringer i entreprisekontrakten uten at det er anskaffelsesrettslig problematisk. Grensen for byggherrens endringskompetanse ligger her langt innenfor det som følger av anskaffelsesforskriften, ettersom grensen i standardkontrakten er på 15 % av den opprinnelige kontraktsverdi.¹⁵⁶ Det er derfor først hvor partene avtaler tilleggsarbeid utover det byggherren ensidig kan pålegge at anskaffelsesregelverket vil kunne legge kvantitative begrensninger på tilleggsleveransene. For disse tilfellene vil anskaffelsesregelverket likevel begrense adgangen til å bestille tilleggsarbeider til 50 % av opprinnelig kontraktsverdi per endring som oppfyller vilkårene.¹⁵⁷

Drøftelsen viser at bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) stiller langt strengere krav enn det som følger av endringskompetansen etter standardkontrakten. I praksis vil nok derfor tilleggsarbeider som byggherren pålegger ofte falle utenfor det anskaffelsesrettslige hjemmelsgrunnlaget. I slike tilfeller må endringen underlegges den alminnelige vesentlighetsbegrensningen i § 28-2.

¹⁵⁵ I henholdsvis NS 8405 pkt. 22.1 andre ledd og anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c).

¹⁵⁶ NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd.

¹⁵⁷ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a).

3.5 Endringer som skyldes uforutsette omstendigheter

3.5.1 Generelt

For tilfeller hvor endringens verdi overstiger *de minimis*-terskelverdiene og endringen ikke har grunnlag i en tilstrekkelig klar endringsklausul, kan oppdragsgiver vurdere om det er grunnlag for å påberope § 28-1 (1) bokstav d) der endringene skyldes uforutsette omstendigheter. I likhet med bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser, utgjør bestemmelsen et spesielt hjemmelsgrunnlag hvor kumulative vilkår må være oppfylt for at bestemmelsen skal kunne påberopes som grunnlag for endringen. I det følgende vil innholdet i den anskaffelsesrettslige bestemmelsen vurderes, før utfordringer tilknyttet grunnforhold vurderes opp mot bestemmelsen, og bestemmelsen om fristforlengelse som skyldes force majeure i NS 8405 pkt. 24.3.

3.5.2 Anskaffelsesregelverkets regulering av uforutsette omstendigheter

Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d) tillater endringer som er «er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse».¹⁵⁸

Vurderingstemaet knytter seg til omstendighetene en oppdragsgiver kunne forutse ved en aktsom planlegging av anskaffelsen.¹⁵⁹ Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 1 bokstav c), og fortalen gir nokså utførlige retningslinjer for aktsomhetskravet:

«Begrebet uforudsigelige omstændigheder henviser til omstændigheder, der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensyntagen til de tilgængelige midler, det specifikke projekts art og kendetegn, god praksis på det pågældende område og nødvendigheden af at sikre et relevant forhold mellem de ressourcer, der anvendes til at forberede tildelingen, og dens forudsigelige værdi.»¹⁶⁰

Det sentrale er hvorvidt omstendighetene ikke kunne forutses tross «rimeligt omhyggelige forberedelser» fra oppdragsgiver, tatt i betraktning oppdragsgivers tilgjengelige midler, pro-

¹⁵⁸ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d).

¹⁵⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 328.

¹⁶⁰ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 109.

sjektets karakter og bransjepraksis på området.¹⁶¹ Aktsomhetsnormen virker ikke spesielt streng, ettersom det kan tas hensyn til subjektive elementer som oppdragsgivers tilgjengelige midler.¹⁶² Imidlertid må det være tale om en uforutsett omstendighet og en aktsom oppdragsgiver, slik at endringer som skyldes dårlig planlegging fra oppdragsgivers side ikke vil omfattes.

Selv om aktsomhetsnormen virker nokså fleksibel etter anskaffelsesdirektivet, har EU-domstolen praktisert aktsomhetskravet strengt tidligere. C-549/14 (Finn Frogne) omhandlet levering av radiokommunikasjonssystemer til danske nødetater, hvor det underveis oppstod problemer med overholdelsen av leveringsfristene. Det var uenighet om hvem som hadde risikoen for forholdene, og det ble derfor inngått et forlik hvor kontraktsomfanget ble redusert med 80 %. Det ble ikke vektlagt at partene ikke hadde forutsett de faktiske omstendighetene. EU-domstolen påpekte sammenhengen med adgangen til å innta endringsklausuler i kontrakten, og uttalte at enkelte kontrakter har en så usikker karakter at det er mulighet for oppdragsgiver å forutse risikoen for at det kan oppstå vanskeligheter på forhånd.¹⁶³ I slike tilfeller kunne man avhjulpet situasjonen ved å ta høyde for de potensielle endringsbehov i kontrakten på forhånd. Når dette ikke var gjort, måtte forliksløsningen anses som en vesentlig endring.¹⁶⁴ Avgjørelsen ble likevel truffet før det nye direktivets inntreden, og det kan derfor tenkes at terskelen er noe senket i dag.

Uforutsette omstendigheter kan være eksterne forhold som vær og vind eller offentlige reguleringer. For selve endringsarbeidene bør man merke seg at ordlyden krever at endringene har blitt nødvendige «som følge av» de uforutsette omstendighetene.¹⁶⁵ For det første kan bestemmelsen bare anvendes for nødvendige, og ikke ønskelige endringsarbeid. I tillegg oppstilles et krav om årsakssammenheng mellom det aktuelle endringsarbeidet og den uforutsette hendelen.

I tillegg må bestemmelsens to øvrige vilkår være oppfylt. For det første må endringene ikke medføre at «anskaffelsens overordnede karakter» endres. Bestemmelsen kan altså ikke rettferdiggjøre manglende konkurranse der hendelsen medfører arbeid av en annen karakter enn

¹⁶¹ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 109.

¹⁶² I denne retning også Treumer (2014) s. 151 og Thue (2018) s. 1028.

¹⁶³ C-549/14 (Finn Frogne) premiss 36.

¹⁶⁴ C-549/14 (Finn Frogne) premiss 40.

¹⁶⁵ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d).

det kontrakten opprinnelig gjaldt.¹⁶⁶ Dersom et bygg under oppføring brenner ned som følge av et lynnedslag, kan man altså ikke bruke hendelsen til å oppføre noe kvalitativt annet. I tillegg må ikke endringsarbeidene overstige 50 % av den opprinnelig kontraktsverdi. I likhet med bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser vil verdibegrensningen gjelde for hver enkelt og ikke for den samlede verdien av endringene. Imidlertid må hver enkelt endring skyldes nettopp de utforutsette omstendighetene og være nødvendige som følge av dem. Bestemmelsen om uforutsette omstendigheter gir partene en ganske betydelig endringsadgang så lenge vilkårene er oppfylt. Likevel vil 50 %-grensen utgjøre begrensninger på den entreprisrettslige avtalefriheten.

I likhet med bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser skal det foretas en kunngjøring for endringer som har grunnlag i bestemmelsen om uforutsette omstendigheter.¹⁶⁷

Bestemmelsen om uforutsette omstendigheter kan nok ha større praktisk betydning for entreprisekontrakter enn det bestemmelsen om nødvendige tilleggsleveranser vil ha. Dette fordi endringer i entreprisekontrakter ofte vil skyldes nettopp uforutsette omstendigheter. Likevel må de kumulative vilkårene være oppfylt for at bestemmelsen skal kunne påberopes. Oppdragsgiver vil ikke bli hørt dersom endringene skyldes dårlig planlegging fra hans side. Bestemmelsen gjelder også bare for de uforutsette omstendighetene, og dersom endringsbehovene er påregnelige for kontraktstypen, må disse tas høyde for i kontrakten på forhånd.¹⁶⁸

3.5.3 Utfordringer tilknyttet grunnforhold

En typisk uforutsett omstendighet i entreprisekontrakter kan være at grunnforholdene avviker fra det som først var antatt. Endringer i grunnforholdene kan medføre behov for omprosjektering, som kan lede til økte kostnader og forsinkelser. Hvorvidt anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d) kan påberopes som grunnlag for endringer i grunnforhold, beror på om oppdragsgiver ikke «trods rimelig omhyggelige forberedelser» kunne forutse de avvikende grunnforholdene.¹⁶⁹ Det sentrale er da oppdragsgiver har foretatt tilstrekkelige grunnundersø-

¹⁶⁶ Arrowsmith (2014) s. 600.

¹⁶⁷ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (3).

¹⁶⁸ C-549/14 (Finn Frogne) premiss 36.

¹⁶⁹ Anskaffelsesdirektivet i fortalen premiss 109.

kelser, tatt i betraktning hans tilgjengelige midler, prosjektets egenart og god bransjepraksis.¹⁷⁰

Har han ikke foretatt grunnundersøkelser i det hele tatt og gitt uttrykk for i konkurransegrunnlaget at grunnforholdene utgjør en viss type stein, kan han ikke bli hørt med at eventuelle avvik fra grunnforholdene i ettertid. Har han derimot foretatt grunnundersøkelser må det vurderes om grunnundersøkelsene har vært tilstrekkelige. I et omfattende bygge- eller anleggsprosjekt, tilsier prosjektets egenart at det må foretas nokså grundige undersøkelser før oppdragsgiver kan bli hørt med å være aktsom.

KOFA-2010/179 et eksempel på en endring som skyldtes uforutsette grunnforhold ble godtatt. Saken gjaldt en kontrakt om prosjektering og bygging av en rundkjøring, inkludert nye parkeringsplasser og en ny kulvert. Som følge av at myrdybden var større enn forutsatt, ble et overvannssystem og en parkeringsplass var trukket ut av kontrakten. Klagenemda presiserte at reduksjonen i kontraktsomfanget utgjorde et «ikke ubetydelig beløp sett i forhold til den opprinnelige kontraktssummen», men siden store deler av endringsarbeidene var begrunnet i de uforutsette grunnforhold, var endringen likevel ikke ulovlig etter anskaffelsesregelverket.¹⁷¹ Avgjørelsen er avsagt før bestemmelsen om uforutsette omstendigheter ble utskilt som et eget hjemmelsgrunnlag, og når dette bare utgjorde et moment i vesentlighetsterskelen. Likevel viser den at avvik i grunnforhold kan utgjøre en relevant uforutsett omstendighet i relasjon til anskaffelsesregelverket.

3.5.4 Forholdet til bestemmelsen om fristforlengelse på grunn av force majeure

Etter NS 8405 pkt. 24.3 har partene krav på fristforlengelse som skyldes force majeure.¹⁷² Entrepriserettslig er bestemmelsen ikke en endringsregel, men en bestemmelse som hindrer misligholdsansvar for forsinkelser som skyldes omstendigheter utenfor en parts kontroll. Anskaffelsesrettslig vil fristforlengelsen likevel utgjøre en endring som omfattes av anskaffelsesforskriften §§ 28-1 og 28-2. Spørsmålet blir derfor om endringer som kvalifiserer som force majeure i standardkontrakten også vil omfattes av bestemmelsen om uforutsette omstendigheter i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d).

¹⁷⁰ Anskaffelsesdirektivet i fortalet premiss 109.

¹⁷¹ KOFA-2010/179 avsnitt 66 og 67.

¹⁷² Se tilsvarende regulering også i NS 8406 pkt. 20 og NS 8407 pkt. 33.3.

Bestemmelsen i NS 8405 pkt. 24.3 gjelder «partene», som vil si at både byggherre og entreprenør kan påberope seg bestemmelsen. Bestemmelsen får anvendelse der partenes fremdrift hindres «på grunn av forhold som ligger utenfor partens eller hans kontraktsmedhjelpers kontrollsfære».¹⁷³ Ifølge bestemmelsen må fire kumulative vilkår må være oppfylt for at justering av fremdriftsplan skal være aktuelt. For det første må «fremdriften hindres». Ordlyden tilsier at det ikke er et krav om at fremdriften er umuliggjort, men det er heller ikke tilstrekkelig at fremdriften bare er vanskeliggjort.¹⁷⁴ Fremdriftshindringen må videre skyldes «forhold utenfor hans kontroll». Ifølge bestemmelsens første ledd kan dette være hindringer som skyldes ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser.¹⁷⁵ For det tredje «burde parten ikke ha tatt hindringen i betraktning ved kontraktinngåelsen». Sammenlignet med formuleringen «kunne forutse» i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) d), kan det tilsi at anskaffelsesregelverket gir anvisning på en strengere aktsomhetsnorm. Imidlertid skjerpes aktsomhetskravet inn i standardens fjerde vilkår, hvor fremdriftshindringen må være noe oppdragsgiver ikke «kunne ventes å unngå eller overvinne følgen av». Sees vilkårene i sammenheng med anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d), om forhold en som en «aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse», virker det nokså klart at tilfeller som kvalifiserer som force majeure-tilfeller etter standardkontrakten også vil omfattes av bestemmelsen om uforutsette omstendigheter i anskaffelsesregelverket § 28-1 (1) bokstav d).¹⁷⁶

I disse tilfellene vil heller ikke begrensningen om «anskaffelsens overordnede karakter» eller verdigrensen på 50 % få betydning, ettersom bestemmelsen kun gir rett på fristforlengelse, og partene ikke har krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelsen.¹⁷⁷ Fristforlengelse som skyldes force majeure, vil derfor ikke være anskaffelsesrettslig problematisk.

¹⁷³ NS 8405 pkt. 24.3.

¹⁷⁴ Bruserud (2014) s. 220 og Marthinussen (2016) s. 347.

¹⁷⁵ NS 8405 pkt. 24.3 første ledd.

¹⁷⁶ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d).

¹⁷⁷ NS 8405 pkt. 24.3 femte ledd.

4 Vesentlige endringer

4.1 Innledende om anskaffelsesregelverkets regulering av vesentlige endringer

For de tilfeller endringen overstiger *de minimis*-terskelverdiene og ikke har annet hjemmelsgrunnlag i anskaffelsesforskriften § 28-1, vil endringens lovlighet bero på om den er vesentlig etter § 28-2. Grensen for vesentlige endringer utgjør dermed ytterskranken for hvilke endringer som kan foretas, og vil dermed utgjøre en begrensning i den entrepriserettslige kontraktsfrihet. Anskaffelsesforskriften § 28-2 gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 4, som kodifiserer vesentlighetskriteriene som ble oppstilt i C-454/06 (Presstext) premiss 35 til 37. Det generelle utgangspunktet følger av avgjørelsens premiss 34:

«Med henblik på at sikre gennemsiktighet i procedurerne og likebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilket den er gyldig, indgåelse af en ny aftale ... når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer...»

Det avgjørende er hvorvidt endringene er «avgjørende forskjellige» fra bestemmelsene den opprinnelige kontrakt. Angående formuleringen om partenes intensjon om gjenforhandle avtalen, er dette noe EU-domstolen har gått bort i fra i C-549/24 (Finn Frogne). EU-domstolen uttrykker her at partenes intensjon ikke er avgjørende for spørsmålet, og at vesentlighetsvurderingen må bero baseres på en objektiv vurdering av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.¹⁷⁸

I tråd med EU-domstolen i C-454/06 (Presstext), oppstiller anskaffelsesforskriften § 28-2 et prinsipielt utgangspunkt om at vesentlige endringer ikke er tillatt, og følger så opp med kriterier for hvilke endringer som er vesentlige.¹⁷⁹ Ordlyden i bestemmelsen gir uttrykk for at endringene «alltid» er vesentlige dersom de faller inn under en av kategoriene, men klagenemdas har i KOFA-2010/212 uttalt at det må det bero på en konkret helhetsvurdering.¹⁸⁰ Av betyd-

¹⁷⁸ C-549/24 (Finn Frogne) premiss 33 med henvisning til premiss 29.

¹⁷⁹ Anskaffelsesforskriften § 28-2 og C-454/06 (Presstext) premiss 35-37.

¹⁸⁰ Se avgjørelsens premiss 38.

ning er derfor ikke bare endringen isolert sett, men også eksterne forhold som bakgrunnen endringen, tidspunktet for endringen og kontraktens kompleksitet.

Generelt vil endringer som kunne ha påvirket den opprinnelige konkurransen typisk være vesentlige. Dette fordi slike endringer vil stride med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Hensynene til likebehandling og gjennomsiktighet må likevel balanseres opp mot hensynet til oppdragsgiver, og behovet for en rask og effektiv anskaffelse.¹⁸¹ For et prosjekt som er pågående kan det være svært kostbart og tidskrevende å skulle gjennomføre en ny konkurranse, som også kan stride mot det overordnede målet om effektivt ressursbruk. Helhetsvurderingen må dermed bero på en avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende.

I det følgende vil de faste kriteriene for vesentlige endringer drøftes, før den vil gå nærmere inn på den skjønsmessige helhetsvurderingen.

4.2 De faste kategorier av vesentlige endringer

4.2.1 Nye betingelser av betydning for andre leverandører

Ifølge anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav a) vil en endring vil være vesentlige dersom den gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ført til at andre leverandører kunne deltatt, eller at konkurransen hadde fått et annet utfall.¹⁸² Vilkåret kodifiserer EU-domstolens formulering i C-454/06 (Presstext) premiss 35.

Vurderingstemaet knytter seg til endringens potensielle innvirkning på den opprinnelige konkurransen.¹⁸³ En endring kan være vesentlig både der den ville påvirket den innledende interessen for kontrakten, men også der den har påvirket utfallet av den faktiske konkurransen, ved å eksempelvis har vært avgjørende for om enkelte tilbydere oppfylte tekniske eller finansielle kvalifikasjonskrav, eller fått betydning i evalueringen.¹⁸⁴

Hvorvidt endringen har hatt innvirkning på den opprinnelige konkurransen, beror på en hypotetisk vurdering av de nye betingelsenes betydning for konkurrentene.¹⁸⁵ Klagenemnda uttalte i KOFA-2010/68 at poenget er om «avtalen i dens endrede form kan åpne for markedsrespons

¹⁸¹ Arrowsmith (2014) s. 578.

¹⁸² Se anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav a).

¹⁸³ Hartlev (54).

¹⁸⁴ Arrowsmith (2014) s. 580-581.

¹⁸⁵ Simonsen (2016) s. 436.

fra leverandører som i første omgang valgte å ikke delta i den tidligere konkurranse.»¹⁸⁶ Dette vil bero på en vurdering av det aktuelle markedet, og kan være vanskelig å vurdere dersom man ikke har holdepunkter for at noen andre ville deltatt. Kravet er likevel bare at andre leverandører «potensielt kunne ha deltatt», som tilsier en lav grad sannsynlighet til før vilkåret er oppfylt.¹⁸⁷ I store bygge- og anleggskontrakter vil det gjerne være få leverandører i markedet, som kan tilsi at det skal noe til før en endring ville medført at andre leverandører potensielt kunne vært interessert i å delta. Dette kan likevel ikke besvares generelt og må vurderes konkret ut fra markedssituasjonen i hvert enkelt tilfelle.

Betydningen for det faktiske utfallet av konkurransen må bero på en vurdering av endringens betydning for de leverandørene som deltok i konkurransen. Hvorvidt endringen kan ha påvirket utfallet av konkurransen vil bero på hvor store avstander det var mellom tilbyderne i tildelingsevalueringen, og kan derfor variere fra kontrakt til kontrakt.¹⁸⁸ Bygge- og anleggskontrakter er ofte omfattende og komplekse, og det kan derfor tenkes at det kan være relativt store avstander mellom tilbyderne i tildelingsevalueringen. I så tilfelle vil oppdragsgiver kunne ha et visst handlingsrom, før begrensningen ville slått inn. Dette er imidlertid ikke noe annet enn et generelt utgangspunkt, og det må i likhet med vilkåret over vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

4.2.2 Kontraktens økonomiske balanse forskyves

Etter anskaffelsesforskriften § 28-2 b) vil en endring videre være vesentlig dersom kontraktens økonomiske balanse forskyves til fordel av leverandøren.¹⁸⁹ Alternativet kodifiserer kriteriet i C-454/06 (Presstext) premiss 35. Dersom den økonomiske balansen forskyves i favør av en leverandør, vil ikke leverandørene ha stilt likt i konkurransen. Vilkåret omfatter først og fremst tilfellene av rene prisøkninger uten noe motytelse fra leverandøren.¹⁹⁰ I slike tilfeller stilles leverandøren økonomisk bedre enn det som var forutsetningen i den opprinnelige kontrakten. Begrensningen er viktig for å hindre at oppdragsgiver og en foretrukket leverandør

¹⁸⁶ Se avgjørelsens avsnitt (24).

¹⁸⁷ Thue (2018) s. 1040.

¹⁸⁸ Thue (2018) s. 1039.

¹⁸⁹ Anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav b).

¹⁹⁰ Arrowsmith (2014) s. 584.

samarbeider på tildelingsstadiet, ved at leverandøren byr lavere for å vinne konkurransen, med den forståelse om at vilkårene blir justert i hans favør i ettertid.¹⁹¹

Det mer praktiske anvendelsesområdet til regelen er derimot tilfellene hvor oppdragsgiver foretar generøse vederlagsjusteringer som følge av et endringsarbeidet leverandøren skal gjennomføre.¹⁹² For endringer som byggherren ensidig pålegger etter NS 8405 pkt. 22.1, skal entreprenøren ha et vederlag som svarer til endringsarbeidet etter reglene om vederlagsjustering i standarden.¹⁹³ Den økonomiske balansen i kontrakten vil derfor normalt ikke forskyves. For tilfellene hvor partene avtaler endringer utover det byggherren ensidig kan pålegge, vil partene ikke lenger være bundet av standardens regler om vederlagsjustering. I disse tilfellene kan entreprenøren komme i en forhandlingsposisjon, slik at den økonomiske balansen kan forskyves i favør av ham. I så tilfelle vil anskaffelsesreglene kunne legge en begrensning.

Motsatt kan også den økonomiske balanse forskyves der oppdragsgiver aksepterer en mindreverdige løsning enn det som var forutsatt i konkurransegrunnlaget, uten tilsvarende nedjustering i leverandørens vederlag.¹⁹⁴ Dette var tilfellet i KOFA 2014/139. Saken gjaldt oppføring av trafikksikkerhetstiltak langs en vei, hvor leverandør valgte å bruke et dårligere rekkverk enn det som opprinnelig var forutsatt, ettersom oppdragsgiver aksepterte den mindreverdige løsningen uten å justere vederlaget, hadde det skjedd en forskyvning i den økonomiske balansen i favør av leverandør.

Prisendringer som er *til skade* for leverandøren vil ikke i seg selv være vesentlige, fordi direktivets formål ikke undergraves ved slike endringer.¹⁹⁵ Dette var tilfellet i C-454/06 (Presse-text) hvor en omregning i valuta medførte prisendringer til skade for leverandør, og derfor ikke ble ansett som vesentlig. Likevel må det også for disse tilfellene foretas en konkret vurdering, ettersom reduksjon i pris til skade for leverandør kan være vesentlig dersom det er kombinert med en økning i kontraktens omfang.¹⁹⁶ I slike tilfeller er det tenkes at andre potensielle leverandører kunne ha inngitt et bedre tilbud, om de for eksempel kunne oppnådd stordriftsfordeler ved ta kontraktens økte omfang i betraktning.¹⁹⁷

¹⁹¹ Arrowsmith (2014) s. 584.

¹⁹² Arrowsmith (2014) s. 584.

¹⁹³ Se NS 8405 pkt. 25.2 bokstav a), se hovedregel om anvendelige enhetspriser i pkt. 25.7.1 og alternativt pkt. 25.8.1 om regningsarbeid.

¹⁹⁴ KOFA-2014/139

¹⁹⁵ Arrowsmith (2014) s. 585.

¹⁹⁶ Arrowsmith (2014) s. 585.

¹⁹⁷ Arrowsmith (2014) s. 585.

4.2.3 Kontraktens omfang økes betydelig

Etter anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav c) vil en endring være vesentlig dersom den utvider kontraktens omfang betydelig.¹⁹⁸ Alternativet kodifiserer C-454/06 (Presstext) premis 36. Til alternativet er det ikke knyttet noe vilkår om at endringen kunne påvirket den opprinnelige konkurransen, og ifølge klagenemda i KOFA-2016/196 er ikke alternativets formål primært er å sikre likebehandling mellom leverandører, men å sikre at etterfølgende behov for nye anskaffelser gjøres gjenstand for konkurranse.¹⁹⁹

Hva som er «betydelig» er det vanskelig å si noe eksakt om. Bestemmelsen oppstiller ikke ingen verdigrense, slik at dette må vurderes konkret. Ordlyden tilsier at det skal noe mer til enn bagatellmessige endringer før endringen er betydelig utvidet. I tillegg må bestemmelsen sees i sammenheng med verdigrensene for de tillate endringene i § 28-1. Sammenheng i regelverket tilsier at endringer som ligger innenfor 15 % som *de minimis*-regelen tillater, ikke vil være betydelige utvidelser etter § 28-2. Simonsen argumenterer for at grensen for betydelige endringer vil ligge betraktelig lenger ut enn *de-minimis*-grensene.²⁰⁰

Bestemmelsen må videre sees i sammenheng med verdigrensene som oppstilles i de spesielle hjemmelsgrunnlagene i § 28-1 (1) bokstav b) og c).²⁰¹ Her tillates nokså store verdimeslige endringer, hvor hver enkelt endring kan utgjøre opptil 50 % av den opprinnelige kontraktsverdien.²⁰² Det tilsier at det kanskje også må en del til før en endring kan anses for å betydelig utvide kontraktens omfang etter § 28-2. En viktig forskjell mellom bestemmelsene er likevel de forhold som begrunner endringsbehovene i de spesielle hjemmelsgrunnlagene, og som kan være med på å begrunne den vide endringsadgangen. Endringer vil i disse tilfellene typisk ikke være endringer oppdragsgiver kan klandres for, og som ikke foretas for å omgå regelverket. I tillegg må endringer etter de spesielle hjemmelsgrunnlagene kunngjøres, hvor man har en kontrollfunksjon med at endringsreglene ikke omgås.²⁰³ Derfor er det ikke gitt at man tillater like store endringer på generelt grunnlag etter anskaffelsesforskriften § 28-2.

Hvorvidt en endring utgjør en betydelig utvidelse av kontrakten må i utgangspunktet bero på en vurdering endringens størrelse er sammenlignet med den opprinnelige kontraktens verdi. I

¹⁹⁸ Anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav c).

¹⁹⁹ KOFA-2016/96 avsnitt (37).

²⁰⁰ Simonsen (2016) s. 434.

²⁰¹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) og d).

²⁰² Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c) og d).

²⁰³ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (3).

C-423/07 (Kommissjonen mot Spania) kom EU-domstolen til at det en utvidelse av en anleggskontrakt hvor opprinnelig kontraktsverdi utgjorde 151.76 millioner euro, mens endringene utgjorde 132.03 millioner euro var ulovlig. Kontrakten ble dermed nesten doblet i verdi.

Etter EU-domstolens avgjørelse i C-549/14 (Finn Frogne) vil også betydelige reduksjoner i kontraktsomfanget utgjøre en vesentlig endring. I saken ble forlik som medførte en reduksjon på 80 % av kontraktens verdi ansett som en vesentlig endring.

Imidlertid vil det ikke bare være endringens verdi sammenlignet med den opprinnelige kontraktens verdi som vil være av betydning. Også endringens verdi i seg selv kunne være relevant. I C-160/08 (Kommissjonen mot Tyskland) kom EU-domstolen til at en endring var en betydelig utvidelse der den oversteg direktivets terskelverdier *i seg selv* i betydelig grad. Avgjørelsen gjaldt en kontrakt om ambulansetjenester i en region, hvor kontrakten ble endret til å omfatte en ny ambulansestasjon. Den opprinnelige kontraktsverdi var på 4, 45 millioner euro, mens endringen verdi utgjorde 673,000 euro. Endringen utgjorde derfor kun 15 % av den opprinnelige kontraktensverdi, men siden den endringen i seg selv i betydelig grad oversteg direktivets terskelverdier, ble den likevel ansett som vesentlig.

Tilsvarende kom klagenemda i KOFA-2016/196 til at en endring som kun utgjorde 0,7 % av opprinnelig kontraktsverdi var en betydelig utvidelse av kontrakten. Begrunnelsen var at endringsarbeidernes verdi i betydelig grad oversteg direktivets terskelverdier, og at endringsarbeidene utgjorde noe kvalitativt annet enn den opprinnelige kontrakten. I andre saker har KOFA godtatt større endringsarbeider. I KOFA-2010/179 ble en reduksjon i kontraktsomfang på 50% godtatt, mens i KOFA-2012/212 ble en endring på rundt 20 % godtatt.

Avgjørelsene viser at endringer som byggherren ensidig pålegger innenfor standardens 15 % grense normalt ikke vil være betydelig, ettersom man i normaltillfellene skal et stykke utenfor 15 %-grensen i *de minimis*-regelen før det kan utgjøre en betydelig utvidelse. Imidlertid kan dette stille seg annerledes dersom endringen i seg selv i betydelig grad overstiger EØS-terskelverdi. For avtalte endringer mellom byggherre og entreprenør må det vurderes kontret de nærmere grensene går. Som drøftet, ligger grensene trolig et stykke utenfor *de minimis*-regelens terskelverdier, men det er likevel ikke gitt at handlingsrommet er like stort som etter de spesielle hjemmelsgrunnlagene på 50 %. Som oppdragsgiver er det viktig å huske på at begrensningen også vil gjelde for forliksavtaler. Dersom noe går galt i bygge- eller anleggs-

prosjektet, og det er mest hensiktsmessig å fremforhandle et forlik med valgte leverandør, vil anskaffelsesregelverket likevel kunne begrense endringsadgangen.²⁰⁴

4.3 Den skjønsmessige helhetsvurderingen

4.3.1 Generelt

Selv om forbudet i anskaffelsesforskriften § 28-2 oppstiller faste kategorier av vesentlige endringer, vil endringens lovligheit bero på en konkret helhetsvurdering.²⁰⁵ Faller endringer inn under en av kategoriene, vil de i mange tilfeller være vesentlige ettersom prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet utfordres. Likevel kan også andre moment ha betydning, som for eksempel tidsaspektet. Dersom oppdragsgiver foretar en endring like etter kontraktstildelingen, er det mer betenkelig enn dersom det har gått lang tid. Det kan gi indikasjoner på en omgåelse av regelverket. Har det derimot gått lang tid er det naturlig at det oppstår behov for visse tilpasninger. Også behovet for endringen og kontraktens kompleksitet kan få betydning i vurderingen.²⁰⁶

4.3.2 Endringsklausul som moment i vurderingen?

Ettersom vesentlighetsvurderingen skal bero på en helhetsvurdering, kan det spørres om en endringsklausul som ikke er tilstrekkelig klar i seg selv, likevel kan utgjøre et moment i helhetsvurderingen. Thue tar til ordet for dette, ettersom oppdragsgiver likevel har sendt ut et signal til markedet om at endringer kan forekomme.²⁰⁷ Hensynet til likebehandling og gjennomsiktighet vil i større grad ivaretas. Hvor mye vekt endringsklausulen kan tillegges, må likevel bero på hvor klar den er.²⁰⁸

I KOFA-2016/196 kom imidlertid klagenemnda på at en utløpt opsjon i kontrakten ikke kunne vektlegges. Saken gjaldt en kontrakt om levering av tog, hvor oppdragsgiver åtte år senere bestilte vedlikeholdsarbeid fra valgte leverandør på togenes boggier. Opprinnelig kontrakt hadde inneholdt en opsjon på vedlikeholdsarbeidet, men fristen for å utløse opsjonen hadde utløpt. Selv om opsjonen hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, måtte den an-

²⁰⁴ C-549/14 (Finn Frogne)

²⁰⁵ KOFA-2010/212.

²⁰⁶ Hartlev (2013) s. 57.

²⁰⁷ Thue (2018) s. 1024. Se også Hartlev (2013) s. 61.

²⁰⁸ Thue (2018) s. 1024.

ses for å ha falt bort når den var utløpt.²⁰⁹ Avgjørelsen kan tas til inntekt for at dersom man har en tidsbestemt endringsklausul eller opsjon i kontrakten og denne er utløpt, vil den ikke kunne vektlegges i ettertid.

Spørsmålet er så om endringsbestemmelsen i NS 8405 pkt. 22.1 kan tillegges vekt i helhetsvurderingen, for det tilfellet at den ikke er klar nok endringens verdi overstiger *de minimis*-terskelverdiene. Byggherrens ensidige endringskompetanse ikke er tidsbegrenset, og kan derfor som utgangspunkt påberopes frem til overtakelse.²¹⁰ Så lenge prosjektet ikke er ferdigstilt, vil den derfor endringsklausulen trolig kunne utgjøre et moment i helhetsvurderingen. Hvor mye vekt den kan tillegges, er derimot mer usikkert.

Det at den er vagt utformet, kan tilsi at den ikke kan tillegges for mye vekt i vurderingen. Samtidig kan det argumenteres for at å vektlegge en endringsklausul som en bransje er kjent med praktiseringen, ikke i like stor grad vil utfordre prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling. I Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-19/00 blir fagkompetansen til en gruppe en klausul er rettet mot vektlagt.²¹¹ I bygge- og anleggsbransjen vil nok de fleste leverandører være kjent med praktiseringen av byggherrens endringskompetanse. Dersom en utilstrekkelig endringsklausul kan vektlegges i vurderingen, vil den uansett bare utgjøre et moment i helhetsvurderingen. Avgjørende må nok være hvorvidt hensynet til likebehandling og gjennomsiktighet ivaretas.

4.3.3 Grunnlag for høyere terskel i entreprisekontrakter?

I juridisk teori har det vært argumentert for at det skal mer til før kontrakter av langvarig- og kompleks karakter må anses som vesentlig endret sammenlignet med andre kontrakter.²¹² Dette henger sammen med at det nettopp vil være vanskelig å forutse alle endringsbehov av betydning for kontrakten på forhånd, særlig for endringsbehov langt frem i tid. Samtidig har EU-domstolen i C-549/14 (Finn Frogne) påpekt at man ved utformingen av kontrakter med usikker karakter må være nøye med utformingen, og ta høyde for påregnelige endringsbe-

²⁰⁹ Se avgjørelsens premiss (28).

²¹⁰ Marthinussen (2016) s. 312.

²¹¹ Se avgjørelsen premiss 50-51.

²¹² Dragsten (2013) s. 737, Thue (2018) s. 1038 og Goller (2017) s. 273.

hov.²¹³ Oppdragsgiver gis dermed en oppfordring til å foreta grundige forberedelser og undersøkelser ved slike kontrakter.

Selv om det er påregnelig at det vil oppstå endringer i entreprisekontrakter, vil derimot kunne være vanskelig å forutse nettopp hvilke. Det vil være vanskelig, om ikke umulig, å skulle regulere alle eventuelle endringsbehov i kontrakten på forhånd, særlig om endringsbehovene i tillegg skal formuleres i så klare, presise og entydige endringsklausuler som anskaffelsesregelverket krever.²¹⁴ Selv om det i utgangspunktet skal foretas en objektiv vurdering av en endrings vesentlighet, må også endringsreglene tolkes i lys av anskaffelsesregelverkets formål. Anskaffelsesregelverket skal sikre en rettmessig tildeling av kontrakt. Det kan tilsi at man ikke bør tolke vesentlighetslæren for strengt der ikke omgåelseshensyn gjør seg gjeldende.²¹⁵

Vurderingen av om en entreprisekontrakt er vesentlig endret, må bero på en bred helhetsvurdering etter anskaffelsesforskriften § 28-2. En rekke momenter kan få betydning, og det er derfor vanskelig å trekke noen klare grenser. Generelt skal det nok likevel mer til før en entreprisekontrakt anses vesentlig endret sammenlignet med andre kontrakter, fordi det ligger i entreprisekontraktens natur at endringer vil forekomme.

4.4 Typetilfeller av vesentlige endringer i entreprisekontrakter

4.4.1 Innledende om typetilfeller

Ettersom det er vanskelig å si noe generelt om hvor grensene for vesentlige endringer i entreprisekontrakt går, vil det i det følgende gås igjennom noen typetilfeller der KOFA har konstatert vesentlige endringer. Selv om vurderingen vil avhenge av konkrete forhold i hvert tilfelle, kan det gi en pekepinn på hvor de nærmere grensene kan gå.

4.4.2 Endringer som i betydelig grad overstiger kontraktens terskelverdier

²¹³ C-549/14 (Finn Frogne) premiss 36 og 37.

²¹⁴ Anskaffelsesforskriften § 19-1 (2). I denne retning også Thue (2018) s. 1038.

²¹⁵ I denne retning Thue (2018) s.

Klagenemdas sak KOFA-2014/14 gjaldt ombyggings- og rehabiliteringsarbeider til et distrikt-smedisings senter i Lenvik kommune. Etter kontraktsinngåelsen hadde kommunen bestilt en rekke endrings- og tilleggsarbeid som hver for seg ikke utgjorde store verdier, men som samlet tilsvarte 62 % av kontraktsummen for perioden nemda la verdiberegningen til grunn.²¹⁶ Klagenemda kom til at endringene var vesentlige ettersom de i betydelig grad oversteg standardkontraktens grenser. Nemda uttalte at endringene utgjorde «betydelig mer enn endringer og tillegg på inntil 15 % av kontraktssummen som NS 8405 åpner for».²¹⁷

Avgjørelsen viser at man ikke lovlig kan foreta flere mindre verdimessige endringer, dersom de samlet i betydelig grad overstiger kontraktens terskelverdier.

4.4.3 Endring av geografisk område og reduksjon i kontraktsomfang

I KOFA-2008/5 ble en endring geografisk plassering og reduksjon i kontraktens omfang ansett som en vesentlig endring. Saken gjaldt byggearbeider i tilknytning til et helsesenter i Storfjord kommune, hvor opprinnelige kontrakt hadde omfattet et tilbygg og ombyggingsarbeider på en eksisterende bygningsmasse, men dette ble endret til å gjelde oppføring av et nytt bygg et annet sted. Klagenemda la særlig vekt på at en endring i geografisk område lå utenfor det byggherren kunne pålegge etter standarden.²¹⁸ I tillegg hadde endringene ledet til at det skulle oppføres et nybygg istedenfor ombygging av et eksisterende bygg kombinert med nybygg, som ledet til at kontraktsomfanget ble betydelig redusert. Dette var forhold som måtte antas å hatt betydning for markedet ved inngivelsen av tilbud.²¹⁹ I avgjørelsen påpekte klagenemda også at kommunen allerede ved kontraktinngåelse var innforstått med at kontrakten måtte endres i ettertid. Det skapte et inntrykk av at kommunen utnyttet den første tildelingen til å få gjennomført det endrede arbeidet, uten å måtte foreta en ny kunngjøring.²²⁰

Avgjørelsen viser at man ikke kan bruke den opprinnelige kontrakten til å få gjennomført et i realiteten annen prosjekt på et annet geografisk område. Dersom oppdragsgiver endrer mening om hvor et byggeoppdrag skal plasseres, må han i utgangspunktet foreta en ny kunngjøring.

²¹⁶ KOFA 2014/14 avsnitt 39.

²¹⁷ KOFA-2014/14 avsnitt 39.

²¹⁸ KOFA-2008/5 avsnitt 59 og 60.

²¹⁹ KOFA-2008/5 avsnitt 57.

²²⁰ KOFA-2008/5 avsnitt 60.

4.4.4 Reduksjon i kontraktsomfang og endring av geografisk område

I KOFA 2014/139 ble oppdragsgivers aksept av en mindreverdige løsning ansett som en vesentlig endring. Saken gjaldt oppføring av trafikksikkerhetstiltak langs veier, hvor det i opprinnelig kontrakt var det inntatt et krav om at rekkverket skulle ha «styrkeklasse H2 med bakskinne». Ved utførelsen valgte leverandøren å bruke et rekkverk uten bakskinne, som medførte flere millioner i besparelser for valgte leverandør ettersom innkjøpsprisen var betydelig lavere for disse rekkverkene. Ettersom oppdragsgiver hadde den mindreverdige løsningen uten at det ble gjort noe tilsvarende reduksjon i vederlaget fra oppdragsgivers side, hadde den økonomiske balansen i kontrakten blitt forskjøvet til fordel av leverandøren. Endringene måtte derfor anses for å være vesentlige.

Avgjørelsen viser at også tilfeller hvor oppdragsgiver ikke selv aktivt foretar en endring, men aksepterer en annen dårligere løsning fra leverandør uten å justere vederlaget, vil dette kunne utgjøre en vesentlig endring etter anskaffelsesregelverket.

5 Avsluttende betraktninger

Som redegjørelsen viser oppfyller ikke endringshjemlene i standardkontraktene nødvendigvis det anskaffelsesrettslige kravet til klarhet. Dette innebærer at endringer med hjemmel i standardkontrakten ikke nødvendigvis vil være lovlige etter anskaffelsesregelverket, og at begrensningene på endringsadgangen må vurderes konkret. Likevel vil endringer som ligger innenfor byggherrens endringskompetanse i de fleste tilfeller fanges opp *de minimis*-bestemmelsen, og vil derfor ikke være anskaffelsesrettslig problematiske.²²¹ Det er derfor først hvor endringene enten overstiger EØS-terskelverdi eller partene går utover standardkontraktens grenser, at anskaffelsesregelverket vil kunne legge begrensninger på endringsadgangen. I disse tilfellene begrenses endringsadgangen til endringer som ikke er vesentlige. Hvor de nærmere grensene for vesentlige endringer går vil bero på en bred helhetsvurdering.

Der endringene skyldes nødvendige tilleggsleveranser eller uforutsette omstendigheter, vil anskaffelsesreglene kunne gi partene et betydelig handlingsrom på nærmere angitte vilkår. Vilkårene er imidlertid strenge, og også her vil anskaffelsesregelverket legge en ytre verdimessige begrensning på endringsadgangen. EU-domstolen synes å kreve at endringsbehov som er påregnelige for kontraktstypen må inntas i kontrakten på forhånd.²²² Dersom det er mulig for en aktsom oppdragsgiver å forutse at det vil oppstå endringsbehov utover standardkontraktens grenser, bør han derfor vurdere å sikre seg ytterligere fleksibilitet ved å innta endringsklausuler eller opsjoner i kontrakten. Endringsklausulene må likevel utformes i tråd med anskaffelsesregelverkets krav til klarhet og presisjon.

Samlet vil nok anskaffelsesregelverket kunne legge strengere begrensninger på endringsadgangen enn det en byggherre er komfortabel med, og ser seg tjent med. Dersom anskaffelsesregelverket skal oppnå sitt formål, er det helt nødvendig at det legges begrensninger på endringsadgangen. Hensynet til effektiv ressursbruk tilsier likevel at man ikke bør tolke vesentlighetslæren for strengt for entreprisekontrakter, ettersom det ligger i kontraktens natur at endringsbehov vil oppstå. Krav om ny kunngjøring vil i mange tilfeller kunne være uforholdsmessig ressurskrevende, og derav kunne stride med målet om at offentlige midler brukes mest mulig effektivt.²²³

²²¹ Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a).

²²² C-549/14 (Finn Frogne).

²²³ Anskaffelsesloven § 1.

Av hensyn til forutberegnelighet og rettssikkerhet, kunne det med fordel vært presisert i norske standardkontrakter for entreprise at begrensningene som følger av anskaffelsesregelverket gjelder der byggherren er en offentlig oppdragsgiver. I så tilfelle ville oppdragsgiver fått en oppfordring til å i større grad kartlegge sine endringsbehov på forkant og tatt høyde for disse, i stedet for å måtte forholde seg til anskaffelsesregelverkets begrensninger i etterkant. Oppdragsgiver kunne da i bedre grad utnyttet seg av den fleksibilitet som faktisk ligger i anskaffelsesregelverket.

En annen løsning kunne vært å tilpasse standardkontraktene slik at endringsbestemmelsene oppfyller det anskaffelsesrettslige klarhetskravet. Eksempelvis kunne man beholdt den generelle regelen, men lagt inn standardiserte opsjoner på de endringsbehov som typisk oppstår, der oppdragsgiver måtte haket av for de påregnelige endringsbehovene, og priset disse i kontrakten.

Litteraturliste

Norske rettskilder

Lover

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

Forskrifter

- Forskrift 12. august 2016 nr. 974 Om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).
- Forskrift 12. august 2016 nr. 975 Om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften).
- Forskrift 12. august 2016 nr. 976 Om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktsforskriften).
- Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 Om klagenemd for offentlige anskaffelser.

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.
- Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
- NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser – Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.

Rettspraksis

- Rt. 2007 s. 983
- Rt. 2007 s. 1783
- Rt. 2008 s. 1075

Rt. 2012 s. 1792

Rt. 2014 s. 866

Nemdspraksis

KOFA-2008/5

KOFA-2008/217

KOFA-2010/68

KOFA-2010/179

KOFA-2010/212

KOFA-2012/127

KOFA-2013/128

KOFA-2015/63

KOFA-2014/14

KOFA-2014/139

KOFA-2016/196

Internasjonale rettskilder

Direktiver og traktater

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske samarbeidsområde, Porto, 2. mai 1992.

Anskaffelsesdirektivet EP/Rdir 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

Praksis fra EU-domstolen

Sak C-377/98 Kommisjonen mot Frankrike ECLI:EU:C:2000:543.

Sak C-19/00 Generaladvokatens forslag til avgjørelse, Construction Ltd mod County Council of the County of Mayo ECLI:EU:C:2000:543

Sak C-469/99 Kommisjonen mot Succhi di Frutta SpA ECLI:EU:C2004:236.

Sak C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmnH mot Østerrike ECLI:EU:C:2008:351.

Sak C-423/07	Kommisjonen mot Spania	ECLI:EU:C:2010:211
Sak C-160/08	Kommisjonen mot Tyskland	ECLI:EU:C:2010:230.
Sak C-549/14	Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet ved Center for Beredskapskommunikasjon	ECLI:EU:C:2016:634.

Standardkontrakter

NS 8405	Standard Norge, <i>Norsk bygge- og anleggskontrakt</i> (2008).
NS 8406	Standard Norge, <i>Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt</i> (2009).
NS 8407	Standard Norge, <i>Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser</i> (2011).
Blåboka	Statsbygg, <i>Blåboka (basert på NS 8405) Statsbyggs generelle og spesielle kontraktsvilkår for entrepriser</i> . Oslo, 2018. Lastet ned fra: https://www.statsbygg.no/files/publikasjoner/kontraktsdokumenter/blaabokaNS8405-okt2018.pdf [Sisert: 09.05.2019]
Totalentrepriseboka	Forsvarsbygg, <i>Forsvarsbyggs generelle kontraktsbestemmelser for entrepriser etter NS 8407</i> , Lastet ned fra: https://www.forsvarsbygg.no/no/om-oss/for-leverandorer/kontraktsbestemmelser/ [Sisert: 09.05.2019]

Veiledninger og artikler

Europakommisjonen (2012)	Non-paper: <i>Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 8: Sound procedures</i> , dokument nr. 11266/12,. Brussel: 2014. Lastet ned fra: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11266-2012-INIT/en/pdf [Sisert: 09. mai 2019].
Nærings- og fiskeridepartementet (2015)	<i>Høringsnotat 2 – Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser</i> , 17.06.2015. Lastet ned fra: https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf [Sisert: 7. mai 2019]

- Nærings- og fiskeri-
departementet (2017) Nærings- og Fiskeridepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*, Oslo: 2017. Lastet ned fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/sec1> [Sitert: 07. mai 2019]
- Aadal (2018) Aadahl, Fredrik og Ronny Rosenvold, «Rammen for av endringer av kontrakter inngått etter anskaffelsesregelverket», i *Byggeindustrien* nr 1 – 2018. Lastet ned fra: https://www.kluge.no/globalassets/8-fagforum/dokumenter/byggeindustrien_nr-1_2018.pdf [Sitert: 9. mai 2019].

Litteratur

- Aasbrenn (2012) Aasbrenn, Gjermund «Offentlige anskaffelser: Hvilke endringer kan vi gjøre i inngåtte kontrakter?», Institutt for privatrett skriftserie nr. 190, 2012.
- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue. (2014) *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK Volume 1* (3. utg.), London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Bruserud (2014) Bruserud, H. og Viggo Hagstrøm. *Entrepriserett*, Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H. *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Goller (2017) Goller, Morten og Karoline Kreyberg. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (2. utg.), Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2017.
- Hartlev (2013) Hartlev, Kristian og Morten Wahl Liljenbøl. «Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender», *Public Procurement Law Review* 2013/2 (2013), s. 51-73
- Jacobsen (2016) Jacobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, *EU Udbudsretten* (3. utg), København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016.

- Marthinussen (2016) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer* (4. utg), Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2016.
- Meyer-Myklestad (2018) Meyer-Myklestad, Johannes, Marius Egeberg, Ola Haugen, Ola Ø. Nisja, Lars Erik B. Schjeide, *Entrepriserett i et nøtteskall* (1. utg.), Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2018.
- Poulsen (2012) Poulsen, Sune Troels. «The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law», *Public Procurement Law Review Årgang 2012/5* (2012), s. 167-187.
- Simonsen (2016) Simonsen, Lasse. «Endringer av kontrakter inngått av det offentlige: Art. 72 i direktiv 2014/24/EU», i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), Bergen: Fagbokforlaget, 2016, s. 415-442.
- Thue (2018) Thue, Anders, Anne Buan mfl. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2018.
- Treumer (2012) Treumer, Steen. «Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission's proposals of December 2011», *Public Procurement Law Review Årgang 2012/5* (2012), s. 153-166.
- Treumer (2014) Treumer, Steen. «Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive», *Public Procurement Law Review Årgang 2014/3* (2014), s. 148-155.