

Adgangen til å endre inngått kontrakt etter regelverket for offentlige anskaffelser

Er endringsadgangen man har etter gjeldende rett forandret og forenklet ved direktiv 2014/24/EU og forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser?

Kandidatnummer: 672

Leveringsfrist: 25. april 2016 kl. 12.00

Antall ord: 17 939



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema og aktualitet	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Begrepsavklaring	2
1.3.1	Oppdragsgiver	2
1.3.2	Leverandør.....	3
1.3.3	Kontrakt.....	4
1.3.4	Endring	5
1.4	Juridisk metode og det videre opplegget.....	6
2	RETTSKILDER.....	7
2.1	Det norske regelverket	7
2.1.1	Nedfallsproblematikken.....	8
2.2	EU/EØS-rettslige kilder	9
2.3	Grunnleggende prinsipper.....	10
2.3.1	De viktigste prinsippene i forbindelse med endringsadgangen	11
2.4	Rettspraksis og nemndsavgjørelser	14
2.4.1	Norsk rettspraksis	14
2.4.2	Praksis fra EU-domstolen.....	14
2.4.3	KOFA-avgjørelser	15
3	ENDRINGSADGANGEN I INNGÅTT KONTRAKT.....	16
3.1	Innledning	16
3.1.1	Reelle hensyn.....	17
3.1.2	Vesentlighetsvurderingen	19
4	GJELDENDE RETT	21
4.1	Innledning	21
4.2	Læren om vesentlige endringer.....	21
4.2.1	Sak C-454/06 Pressetext.....	21
4.2.2	Avgjørelser etter Pressetext	27
4.3	Typer av endringer	28
4.3.1	Prisendringer.....	28
4.3.2	Endringsklausuler	29
4.3.3	Forlengelse av kontraktsperioden.....	29
4.3.4	Endring av kontraktsomfang og avtaler om tilleggssytelser	30

4.3.5	Endringer som følger av uforutsette omstendigheter	32
4.3.6	Bytte av underleverandør.....	32
4.4	Konklusjon.....	33
5	DIREKTIV 2014/24/EU.....	34
5.1	Innledning	34
5.2	Formålet med direktivet	34
5.3	Direktiv 2014/24/EU artikkel 72 - bestemmelsens innhold.....	34
5.3.1	Artikkel 72(1) - endringer som er tillatt, dersom endringen ikke er vesentlig etter artikkel 72(4)	35
5.3.2	Artikkel 72(2) - endringer som er tillatt, uavhengig av om endringen er vesentlig etter artikkel 72(4).....	40
5.3.3	Artikkel 72(3) - beregning.....	41
5.3.4	Artikkel 72(4) - læren om vesentlige endringer	42
5.3.5	Artikkel 72(5) - virkninger av at det foretas endring som ikke er hjemlet i artikkel 72(1) og (2).....	45
5.4	Konklusjon.....	45
6	FORSLAG TIL NY FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	46
6.1	Innledning	46
6.2	Formål med forskriften	46
6.3	Forskriftens §§ 23-1, 23-2 og 23-3 - bestemmelsens innhold.....	47
6.3.1	§ 23-1 - endringer som følger av endringsklausul	47
6.3.2	§ 23-2 - læren om vesentlige endringer	47
6.3.3	§ 23-3(1) - endringer som er tillatt, dersom endringen ikke er vesentlig etter § 23-2.....	48
6.3.4	§ 23-3(2) - endringer som er tillatt, uavhengig av om endringen er vesentlige etter § 23-2.....	48
6.4	Konklusjon.....	48
7	SAMMENLIGNING.....	49
7.1	Endringsadgangen etter gjeldende rett sammenlignet med direktiv 2014/24/EU artikkel 72 og forskriftens §§ 23-1 - 23-3	49
7.1.1	Reglens innhold	49
7.1.2	Har det skjedd en forandring?	51
7.1.3	Har det skjedd en forenkling?.....	51
7.2	Konklusjon på overordnet problemstilling	53
	KILDELISTE.....	54

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

Avtalefrihet er et grunnleggende prinsipp i norsk kontraktsrett. Partene i en avtale har med dette blant annet adgang til å endre avtalens innhold etter inngåelse. Når det gjelder kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser, er retten til å foreta endring imidlertid begrenset. Oppdragsgiver har i disse tilfellene en plikt til å forholde seg til og overholde reglene i lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (LOA) og forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (FOA). Regelverket oppstiller en begrensning i oppdragsgivers autonomi, sammenlignet med hva som er tilfellet i andre kommersielle, avtalerettslige forhold.¹

Regelverket om offentlige anskaffelser oppstiller grunnleggende prinsipper som skal ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen. Blant annet prinsipper om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. Den begrensede endringsadgangen er et utslag av og uttrykk for disse prinsippene. På bakgrunn av prinsippene har man utledet en regel om at det er ikke tillatt å foreta vesentlige endringer i kontrakt inngått etter regelverket. Dersom det foretas en slik endring er det i realiteten inngått en ny kontrakt. Denne kontrakten skulle ha vært gjenstand for en selvstendig konkurranse.

Regelen er omtalt som «læren om vesentlige endringer» og er basert på praksis fra EUDomstolen. Oppgavens tema er aktuelt da endringsadgangen ble lovfestet ved direktiv 2014/14/EU vedtatt 26. februar 2014.² Reglene i direktivet er utarbeidet for å få et enklere og mer fleksibelt regelverk.³ Direktivets artikkel 72 regulerer endringsadgangen. Regjeringen ved Nærings- og fiskeridepartementet har i anledning overnevnte direktiv utarbeidet et høringsnotat med forslag om ny forskrift om offentlige anskaffelser. Endringsadgangen forskriftsfestes i §§ 23-1 – 23-3 i forslaget. Forskriften ventes å tre i kraft høsten 2016.⁴ I denne oppgaven legger jeg til grunn at forskriften vedtas slik den fremgår av høringsnotatet.

Hvorvidt endringsadgangen etter gjeldende rett vil forandres og forenkles ved direktivet og gjennomføringen av dette i ny forskrift om offentlige anskaffelser, er tema for denne oppgaven.

¹ Krüger (2004) s. 61

² Direktivet avløste anskaffelsesdirektivet 2004/18/EF

³ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 1

⁴ Regjeringen (2016)

1.2 Avgrensning

Denne oppgaven tar for seg endring av kontrakt etter kontraktsinngåelse, herunder i oppfyllesfasen. En redegjørelse for endringsadgangen forut dette stadiet, herunder endringer i konkurransefasen, faller således utenfor oppgavens tema. Videre faller det utenfor oppgavens rammer å redegjøre for hva slags virkninger og konsekvenser en vesentlig endring får for oppdragsgiver, leverandør og kontrakten mellom dem.

Begrepet «vesentlige endringer» er, i tillegg til å være terskel for hvilke endringer man kan foreta etter kontraktsinngåelse, også benyttet i andre deler av regelverket.⁵ Blant annet i FOA §§ 8-2(1) og 17-2(1) som omhandler muligheten til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget innen tilbudsfristens utløp. Videre inneholder FOA § 14-3(1) og § 14-4 a og b den samme formulering. Det vil falle utenfor oppgavens tema å redegjøre for begrepet i forbindelse med de overnevnte bestemmelsene.

Når det gjelder det nasjonale regelverket vil jeg i denne oppgaven ta for meg endringsadgangen etter regelverket for offentlige anskaffelser innen klassisk sektor. Forsyningsforskriften, forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og forslag til forskrift om konsesjonskontrakter,⁶ faller altså utenfor oppgavens ramme.⁷

1.3 Begrepsavklaring

Avhandlingen tar for seg endringsadgangen man har i kontrakt inngått mellom en oppdragsgiver og en leverandør. Oppgaven bygger på visse sentrale begreper, disse begrepene sitt innhold vil det derfor være hensiktsmessig å avklare. Begrepene vil i denne oppgaven brukes med det innhold som følger av de kommende avsnittene.

1.3.1 Oppdragsgiver

Oppdragsgiver er den av partene som foretar anskaffelsen.⁸ Gjennom anskaffelsen ønsker oppdragsgiver å erverve eller på annen måte tilegne seg en vare, tjeneste, bygg, anlegg mv. etter regelverket om offentlige anskaffelser.⁹ Oppdragsgiver har ansvaret for konkurransen

⁵ Goller (2012) s. 38

⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s. 1

⁷ Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 7. april 2006 nr. 403 og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser av 4. oktober 2013 nr. 1185

⁸ NOU 1997:21, s. 87

⁹ Direktoratet for IKT og forvaltning (2016)

som sådan, herunder konkurransegrunnlag, kunngjøring, kontrakt m.m. Oppdragsgiveren må være et offentlig organ for å falle inn under regelverkets anvendelsesområde.¹⁰ Private oppdragsgivere faller således utenfor anvendelsesområdet, og er ikke pliktsubjekter etter regelverket om offentlige anskaffelser.

Hvilke oppdragsgivere som er omfattet av regelverket, fremgår av LOA § 2 og FOA § 1-2. Forskriftsbestemmelsen presiserer innholdet i lovbestemmelsen.¹¹ Formålet med å definere hvem som er oppdragsgiver etter regelverket er å omfatte de organer som er kontrollert av det offentlige. Disse organene foretar innkjøp på bakgrunn av andre hensyn enn de rent forretningsmessige. Offentlige oppdragsgivere foretar innkjøp med hensikt om å dekke samfunnsmessige behov. Dette i motsetning til de organer som foretar innkjøp med bakgrunn i kommersiell vinning og andre forretningsmessige motiver.¹²

1.3.2 Leverandør

Leverandøren er det organet som leverer en yttelse til oppdragsgiver.¹³ Gjennom konkurransen søkes en leverandør som kan dekke oppdragsgivers behov ved å selge varer, tilby tjenester mv. Dersom en leverandør ønsker å dekke oppdragsgivers behov, kan leverandøren inngi tilbud i konkurransen. Tilbudet inngis basert på oppdragsgivers konkurransegrunnlag. Den leverandøren som leverer det beste tilbudet, får tildelt kontrakten. I det videre vil jeg bruke betegnelsen leverandør om det organet som vant konkurransen og dermed inngår kontrakt med oppdragsgiver.

Betegnelsen potensiell leverandør vil brukes om de organer som hadde mulighet til å inngi tilbud, men som ikke gjorde dette. Jeg vil også bruke betegnelsen potensiell leverandør om organer som inngav tilbud, men som ikke vant konkurransen.

Både leverandør og potensiell leverandør er rettighetssubjekt etter regelverket om offentlige anskaffelser. I dom inntatt i Rt 2008 s. 982 hevdet Oslo kommune at en potensiell leverandør som ikke deltok i konkurransen ikke kunne kreve erstatning for brudd på regelverket. Domstolen kom til at dette ikke var tilfellet. Førstvoterende uttalte at «Også potensielle anbydere som blir utestengt fra deltakelse..., må i prinsippet omfattes».¹⁴ Når det gjelder endring av

¹⁰ LOA § 2, FOA § 1-2

¹¹ Dragsten (2013) s. 62

¹² Dragsten (2013) s. 62

¹³ NOU 1997:21, s. 87

¹⁴ Rt 2008 s. 982, premiss 49

inngått kontrakt, må det dermed legges til grunn at potensielle leverandører som ikke deltok i konkurransen, også skal beskyttes av regelverket.

Både leverandør og potensielle leverandører er rettighetssubjekter etter regelverket, da hver av dem berøres dersom en kontrakt endres. Leverandøren kan oppleve at han ikke lenger er part i avtalen, ved at det skjer en endring av kontraktspart, frivillig eller ufrivillig. Videre kan leverandøren risikere at en ulovlig endring av kontrakt fører til konsekvenser og sanksjoner.

Potensielle leverandører som ikke inngav tilbud, kan berøres ved at endringen fører til at de ville ha inngitt tilbud i konkurransen. De potensielle leverandører som inngav tilbud, kan berøres ved at endringen fører til at deres tilbud var det beste, og at de dermed ville ha vunnet konkurransen. Videre berøres de potensielle leverandører ved at dersom den endrede kontrakten var gjenstand for konkurranse, ville de justert sitt tilbud tilsvarende.

1.3.3 Kontrakt

I denne oppgaven skal det gjøres rede for endringsadgangen av kontrakt, etter inngåelse. Tidspunktet for kontraktsinngåelse er som utgangspunkt det tidspunkt hvor partene er blitt enige om de vesentlige punkter i avtalen, det kreves ikke at alle forhold er endelig avklart eller at avtalen er signert.¹⁵ Dette utgangspunktet er fraveket i anskaffelsesregelverket.¹⁶ Kontrakten er etter regelverket for offentlige anskaffelser inngått når den er signert av begge parter.¹⁷ På bakgrunn av alminnelige avtalerettslige disposisjonskriterier kan det imidlertid tenkes at avtalen bli bindende mellom partene også før signering. Det er konkurransegrunnlaget utarbeidet av oppdragsgiver og tilbudet inngitt av leverandør som utgjør kontrakten. Avhandlingen vil med dette omhandle endringer som foretas etter inngåelse, ved at begge partene har signert avtalen.

En kontrakt er i følge FOA § 4-1 a en «gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører». Definisjonen på «skriftlig» fremgår av bestemmelsens bokstav h og omfatter «ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres». Ordlyden taler for at begrepet «skriftlig» i bokstav h må tolkes vidt.¹⁸

¹⁵ Rt 1998 s. 946

¹⁶ Aasbrenn (2012) s. 13

¹⁷ FOA §§ 13-3(5) og 22-3(6)

¹⁸ Dragsten (2013) s. 118

En naturlig språklig forståelse av ordet «gjensidig» må bety at begge partene skal ha rettigheter og plikter etter avtalen. Dersom kun den ene av partene påtar seg en forpliktelse, vil gaveelementet være fremtredende, og det foreligger dermed ingen kontrakt i forskriftenes forstand. Leverandøren skal levere en ytelse som oppdragsgiver må yte vederlag for.

I følge ordlyden er det et vilkår for at det foreligger en kontrakt at den er inngått mellom to selvstendige rettssubjekter. Hvis et offentlig organ selv utfører en oppgave, foreligger det ikke en kontrakt i henhold til FOA § 4-1 a. Unntaket for utvidet egenregi kan brukes dersom kontrollvilkåret og omsetningsvilkåret er oppfylt.¹⁹ Unntaket er foreslått inntatt i ny forskrift om offentlige anskaffelser § 2-8.²⁰

1.3.4 Endring

Endring av kontrakt betyr innebærer at det foretas en handling som forandrer kontrakten. Begrepet omfatter alle omleggelser av den kontrakten som forelå før endringen ble foretatt.²¹ Endringer kan foranlediges av en gjensidig avtale mellom leverandøren og oppdragsgiver eller ved en ensidig handling fra oppdragsgivers side. For eksempel ved at prosjektets omfang eller art endres.²²

Det kan gjøres flere ulike typer endringer i en inngått kontrakt. Det kan foretas en endring av kontraktens karakter, eksempelvis at kontrakten går fra å være en tjenestekontrakt til en byggektrakt. Vi kan her se for oss en oppdragsgiver som inngår en kontrakt om rådgivningstjenester i forbindelse med oppføring av et bygg. Dersom kontrakten endres fra en rådgivningsavtale til at leverandøren også skal føre opp bygget, vil karakteren av kontrakten endres.

Det kan videre foretas kvalitative endringer i kontrakten. Man kan se for seg at en oppdragsgiver arrangerer en konkurranse for kjøp av parkettgulv til en kontorbygning. I ettertid endres kontrakten slik at leverandøren, i stedet for å levere parkett, skal levere laminatgulv. Det kan også foretas kvantitative endringer av kontrakten. Eksempelvis hos et offentlig sykehus som gjennom en anbudskonkurranse erverver 3 000 hvite sykepleieruniformer. I etterkant av kontraktsignering endres kontrakten til å omhandle 3000 hvite uniformer, i tillegg til 1000 sorte. En endring kan også skje ved at omfanget av kontrakten forminskes, altså at noe utgår. Videre kan det foretas endring i utførelsesmåte. For eksempel ved kontrakt om kartlegging av behovet for miljøstasjoner i Oslo endres fra å skulle gjennomføres ved spørreundersøkelser, til å

¹⁹ Sak C-107/98 (Teckal), premiss 50

²⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 41-42

²¹ Aasbrenn (2012) s. 11

²² Arrowsmith (2014) s. 579

gjennomføres ved observasjoner. Det kan foretas endring i kontraktsarten, for eksempel ved at avtalen går fra å være en rammeavtale til en tidsubestemt avtale. Videre kan kontraktsbetingelsene endres, for eksempel ved endring av risikofordeling eller prisendringer.²³ Det kan oppstå behov for å endre kontraktspart i avtalen, samt endring i kontraktsmedhjelper for leverandør. Det kan også oppstå en situasjon hvor det blir behov for å inngå avtale om tilleggsytelse. Vi kan igjen se for oss eksempelet med sykehuset som brukt i avsnittet over. I tillegg til å kjøpe 3000 uniformer, endres kontrakten slik at leverandøren også skal levere 500 stetoskoper.

I det videre vil jeg bruke begrepet «endring» i vid forstand, slik at det omfatter alle forandringer og omlegginger som kan gjøres i inngått kontrakt.

1.4 Juridisk metode og det videre opplegget

Oppgaven tar sikte på å finne ut om det har skjedd en forenkling av endringsadgangen etter gjeldende rett, ved direktiv 2014/24/EU og forslag om ny forskrift. Med «gjeldende rett» menes de regler som gjelder på et område, basert på de rettskilder som foreligger. I denne oppgaven vil jeg bruke begrepet om rettstilstanden slik den har vært, før regulering av endringsadgangen i direktivet og forslag til ny forskrift.

For å kunne besvare hvorvidt det er skjedd en forandring og forenkling vil det redegjøres for endringsadgangen etter gjeldende rett, direktivets artikkel 72 og forslag om ny forskrift om offentlige anskaffelser §§ 23-1 – 23-3. Herunder en rettsdogmatisk redegjørelse for endringsadgangen etter de ulike kildene. Deretter vil det foretas en sammenligning av endringsadgangen etter gjeldende rett, direktiv 2014/24/EU og forslag om ny forskrift om offentlige anskaffelser. Redegjørelsene vil gjøres på bakgrunn av juridisk metode. Relevant for drøftelsen er både norske og EU/EØS-rettslige kilder, da regelverket er en kombinasjon av disse.

I oppgavens del 2 vil jeg redegjøre for rettskildesituasjonen på området for offentlige anskaffelser. Herunder betydningen av de grunnleggende prinsippene og avgjørelser fra klagenemnda for offentlige anskaffelser. De følgende fem kapitlene utgjør oppgavens hoveddel. I hoveddelen vil jeg redegjøre for endringsadgangen etter kildene, og sammenligne disse for å finne ut om det er skjedd en forandring og forenkling av adgangen etter gjeldende rett.

²³ Aasbrenn (2012) s. 12

2 Rettskilder

2.1 Det norske regelverket

Offentlige anskaffelser reguleres nasjonalt av lov om offentlige anskaffelser nr. 69 av 16. juli 1999 (LOA) samt forskrift om offentlige anskaffelser nr. 402 av 07. april 2006 (FOA). Formålet med regelverket er å bidra til økt verdiskapning i det norske samfunnet ved effektive og fornuftige anskaffelser som er basert på likebehandling.²⁴ Formålsbestemmelsen er foreslått forenklet og nedkortet i ny lov om offentlige anskaffelser.²⁵ Hensikten med forkortelsen er å klargjøre og rendyrke hva som er regelverkets formål.²⁶

Forskrift om offentlige anskaffelser består av tre deler. Forskriftens del 3 har EU/EØS-rettslig opprinnelse mens del 1 og 2 gir uttrykk for særnorske anskaffelsesregler som går lengre enn det som kreves etter EU/EØS-retten.²⁷ Prosedyrereglene i FOA del 2 er noe mer fleksibel enn i del 3, imidlertid er oppdragsgiver samlede plikter etter del 2, nesten like omfattende som etter del 3 og EU/EØS-retten.²⁸

Anskaffelsenes som gjennomføres etter del 2 av forskriften er relativt små, dermed er det ikke tilfredsstillende at regelverkets del 2 og 3 oppstiller samme plikter. Formålet med anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene er å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, noe detaljerte prosedyreregler ikke nødvendigvis realiserer.²⁹ Altfor detaljerte regler for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdi kan føre til en frykt til å gjøre feil, som kan virke hemmende på oppdragsgiver. Dette ved at det fokuseres for mye på å gjennomføre en «korrekt» anskaffelse, enn på å gjøre et godt innkjøp. Forholdsmessighetsprinsippet og formålet om effektive anskaffelser tilsier dermed at det bør være enklere å gjennomføre mindre anskaffelser.³⁰

Forenklingsutvalget uttalte på bakgrunn av resonnementet over, at det er ønskelig at oppdragsgiver får større fleksibilitet ved anskaffelser etter del 2, enn det som er tilfellet i dag. Dette ved å gjøre anskaffelsesprosedyrene etter del 2 enklere og mer fleksibelt.³¹ Endringsadgangen er i forslag til ny forskrift kun regulert i del 3. De grunnleggende prinsippene som

²⁴ LOA § 1

²⁵ Prop. 51 L (2015-2016), s. 91

²⁶ Prop. 51 L (2015-2016), s. 80

²⁷ NOU 2014:4, s. 59

²⁸ NOU 2014:4, s. 63

²⁹ NOU 2014:4, s. 63

³⁰ NOU 2014:4, s. 64

³¹ NOU 2014:4, s. 64

gjelder på offentlige anskaffelsers område taler imidlertid for at adgangen også etter del 2, må være begrenset. Nedfallsproblematikken redegjøres for i punkt 2.1.1.

Del 1 av forskriften gjelder for alle anskaffelser som har en verdi som overstiger 100 000 kroner ekskl. mva.³² Del 2 gjelder for kontrakter som har en verdi som overstiger 500 000 kroner ekskl. mva, men som ikke overstiger terskelverdiene i FOA § 2-2.³³ Del 3 gjelder, fra og med 09. februar 2016, for vare- og tjenestekontrakter som har en verdi som overstiger 1,75 millioner kroner ekskl. mva og bygge- og anleggskontrakter med en verdi som overstiger 44 millioner kroner ekskl. mva. For statlige oppdragsgivere gjelder en særlig terskelverdi, denne er satt til 1,1 millioner kroner ekskl. mva for vare- og tjenestekontrakter.³⁴³⁵ Forskrift om offentlige anskaffelser vil i løpet av 2016 avløses av forslag om ny forskrift utarbeidet av Nærings- og fiskeridepartementet.³⁶

2.1.1 Nedfallsproblematikken

Forslag om ny forskrift omhandler forskriftens del 3, hvordan forskriftens del 2 vil se ut er enda usikkert. Dersom forskriftens del 2 får en tilsvarende regulering hva gjelder endringsadgangen, må følgelig denne legges til grunn. Mye tyder imidlertid på at den særnorske delen av regelverket vil følge forenklingsutvalgets forslag. Forenklingsutvalget mente at endringsadgangen ikke burde reguleres i forskriftens del 2, men i fellesdelen.³⁷ Jeg legger til grunn i den videre drøftelsen at endringsadgangen ikke vil reguleres i den særnorske delen av forskriften.

Problemstillingen om hvorvidt man kan innfortolke en bestemt regel i forskriftens del 2, fordi den står i del 3, blir omtalt som «nedfallsproblematikk». Dette ved regelen «faller ned» fra del 3 til del 2 av forskriften, selv om lovgiver ikke har gitt tilsvarende regel i del 2.³⁸ Forenklingsutvalget la til grunn, etter en vurdering av blant annet praksis fra EU-domstolen og KOFA, at oppdragsgiver står friere ved anskaffelser etter del 2, enn del 3. Derfor må utgangspunktet være at eksplisitte regler som følger av del 3, ikke automatisk kan tolkes inn i del 2. En slik betraktning samsvarer også med forholdsmessighetsprinsippet. Selv om reglene i for-

³² FOA § 2-1(1) jf. 1-3(2) bokstav 1

³³ FOA § 2-1(2)

³⁴ Regjeringen (2016)

³⁵ De tidligere terskelverdiene var 1,55 millioner kroner (1 million kroner for statlige oppdragsgivere) for vare- og tjenestekontrakter og 39 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter. Disse vil justeres som følger av endringen av terskelverdiene av februar 2016. De nye terskelverdiene legges således til grunn i denne oppgaven.

³⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 1

³⁷ NOU 2014:4, s. 138

³⁸ NOU 2014:4, s. 61

skriften er uttrykk for de grunnleggende prinsippene, og disse gjelder for alle anskaffelser, må det stilles forskjellige krav til reglens innhold og omfang etter forskriftens ulike deler. Deres innhold ikke er forskjellig, kan man heller ikke oppnå en forenkling.³⁹

I forslag til ny forskrift foreslås følgende kapittel: «Kapittel 23. Endringer i kontrakten og oppsigelse». Kapitlet er som nevnt over plassert i forskriftens del 3.⁴⁰ Reglen gjelder dermed i utgangspunktet kun for anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi. Flere momenter taler imidlertid for at det er begrenset endringsadgang, også i kontrakter inngått etter forskriftens del 2. Blant annet det faktum at forenklingutvalget foreslo at bestemmelsen skulle plasseres i fellesdelen, altså forskriftens del 1.⁴¹ Videre har den ulovfestede læren om vesentlig endring ikke vært begrenset til å gjelde anskaffelser over EØS-terskelverdi. Begrensningen i adgangen til å foreta endring av inngått kontrakt er et utslag av de grunnleggende prinsippene som gjelder på området for offentlige anskaffelser. Disse prinsippene gjelder som kjent for alle delene av forskriften. Dette taler også for at det er en begrensning i endringsadgangen også i kontrakter inngått etter forskriftens del 2.

Løsningen må etter mitt skjønn være at reglene i §§ 23-1 – 23-1 kun gjelder for anskaffelser etter forskriftens del 3. Imidlertid taler hensynene gjort rede for over, samt de grunnleggende prinsippene for at det må oppstilles grenser for hvilke endringer man kan foreta, også etter del 2. Forenklingutvalgets flertall mente at vurderingen av hva som er vesentlig, må bli forskjellig etter de ulike delene av forskriften, da regelverket skal forsøkes oppmyket for anskaffelser etter forskriftens del 2.⁴² Oppsummert må vurderingen bli annerledes for de ulike delene, og adgangen til å foreta endring videre etter del 2.

2.2 EU/EØS-rettslige kilder

Rettsområdet offentlige anskaffelser er nært knyttet opp mot EU/EØS-rettslige kilder. Jeg viser her til skillet mellom de særnorske anskaffelsesreglene og de reglene som har sin bakgrunn i EU/EØS-retten i punkt 2.1. Regelverket utgjør således en kombinasjon av nasjonal rett og EU/EØS-rett. Dette på grunn av Norges forpliktelse etter EØS-avtalen om å regulere anskaffelser over EU/EØS-terskelverdier. De EU/EØS-baserte reglene i forskriftens del 3 må dermed tolkes i tråd med EU/EØS-retten og rettspraksis fra EU-domstolen.⁴³ Reglene med EU/EØS-rettslig bakgrunn har også en annen rettslig status enn de særnorske reglene da disse

³⁹ NOU 2014:4, s. 61

⁴⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 91

⁴¹ NOU 2014:4, s. 138

⁴² NOU 2014:4, s. 140

⁴³ NOU 2014:4, s. 59

får forrang foran annen norsk rett.⁴⁴ De særnorske reglene i regelverket må også anses for å i noen grad påvirkes av EU/EØS-rettslige kilder, for eksempel ved at disse også må ivareta prinsippene utledet av EU/EØS-retten.

Når EU vedtar et nytt direktiv, får dette direkte virkning for unionens medlemsland.⁴⁵ For EFTA-land er dette ikke tilfellet. Det må skje en gjennomføring i nasjonal rett. Direktiver gjennomføres i norsk rett ved gjengivelse,⁴⁶ dette gjelder også for direktiv 2014/24/EU som er tema for denne oppgaven. Direktivet er ikke gjennomført nasjonalt før ny forskrift om offentlige anskaffelser er trådt i kraft i Norge. Dersom en tvist om endring i inngått kontrakt oppstår før forskriften vedtas, må denne løses på bakgrunn av gjeldene rett som gjort rede for i punkt 4.2. Når forskriften blir vedtatt får direktivet stor betydning. Norske rettsanvendere bør da tolke §§ 23-1 – 23-3 i forskriftens del 3 i lys av artikkel 72 i direktivet.

2.3 Grunnleggende prinsipper

LOA § 5 og FOA § 3-1 angir grunnleggende prinsipper som gjelder for anskaffelser som gjennomføres etter regelverket. Blant annet gjelder det grunnleggende krav om likebehandling, ikke-diskriminering, forholdsmessighet, gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet, konkurranse, forutberegnelighet og klarhet. Kravene gjelder for anskaffelser etter loven og alle de tre delene av FOA. Kravene skal tas hensyn til på alle stadier av konkurransen og prinsippene setter rettslige skranke for hva en oppdragsgiver kan foreta seg.⁴⁷ Prinsippene kan på selvstendig grunnlag påberopes som et brudd på regelverket. Av prinsippene kan man altså utlede forpliktelser som ikke fremgår direkte av forskriften.⁴⁸ Eksempelvis kan en leverandør hevde at oppdragsgiver ved en handling ikke har overholdt kravet om likebehandling, selv om den ikke har brutt en konkret bestemmelse i regelverket som sådan.

Prinsippene får stor betydning når man tolker bestemmelsene i LOA og FOA.⁴⁹ Regelverket skal anvendes og tolkes på en slik måte at de grunnleggende kravene blir overholdt. Bestemmelsene i regelverket er i stor grad uttrykk for de generelle prinsippene samt et virkemiddel for at disse overholdes. Prinsippene er svært viktige på området for offentlige anskaffelser og får stor betydning ved anvendelsen av regelverket.

⁴⁴ EØS-loven § 2

⁴⁵ Sejersted (2011) s. 78

⁴⁶ Sejersted (2011) s. 198

⁴⁷ Dragsten (2013) s. 175

⁴⁸ Goller (2014) s. 45

⁴⁹ Dragsten (2013) s. 175

I ny lov om offentlige anskaffelser vil de grunnleggende prinsippene være hjemlet i § 4.⁵⁰ Bestemmelsen er nedkortet, men synes reelt sett å ha samme innhold. Det var ønskelig å presisere, forenkle og tydeliggjøre prinsippene ved en nedkorting og rendyrking av enkelte prinsipper.⁵¹

Innenfor EØS-retten gjelder også noen grunnleggende prinsipper. Disse blir omtalt som EØS-avtalens grunnleggende bærebjelker, herunder publisitet, likebehandling, transparens, etterprøvnbarhet, kontroll og reaksjon.⁵² Disse samsvarer i stor grad med de grunnleggende prinsipper vi er kjent med fra nasjonalt regelverk. Disse vil også få betydning ved anvendelsen av regelverket. Disse fremgår av direktiv 2014/24/EU artikkel 18.

2.3.1 De viktigste prinsippene i forbindelse med endringsadgangen

Dersom en endring av kontrakt er å anse som vesentlig, foreligger det i realiteten en ny avtale. Denne avtalen skulle vært gjenstand for en egen konkurranse, som potensielle leverandører kunne konkurrert om. Begrensningen i endringsadgangen ved inngått kontrakt er et utslag av de grunnleggende prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling og gjennomsiktighet.⁵³ Vurderingen av om en endring er tillatt eller ikke, må vurderes i lys av de overnevnte prinsippene. Når det kommer til tolkning og anvendelse av artikkel 72 i direktiv 2014/24/EU og forslag om ny forskrift § 23-1 – 23-3 får således også prinsippene stor betydning.

Prinsippet om ikke-diskriminering er et av de viktigste prinsippene i regelverket om offentlige anskaffelser. Dette da anskaffelsesregelverkets funksjon blant annet er å fremme fri flyt av varer og tjenester i EU/EØS-området.⁵⁴ Prinsippet er hjemlet i LOA § 5(5)a og FOA § 3-1(2). Prinsippet er sentralt da det ikke kun er norske leverandører som er rettighetssubjekter etter regelverket om offentlige anskaffelser.⁵⁵ De virksomheter som har rettigheter på offentlige anskaffers område på bakgrunn av internasjonale avtaler som Norge har forpliktet seg til, har også rettigheter etter det norske regelverket.⁵⁶ Dersom en oppdragsgiver favoriserer nasjonale leverandører eller utelukker utenlandske leverandører fra konkurransen vil dette stride

⁵⁰ Prop. 51 L (2015-2016), s. 91

⁵¹ Prop. 51 L (2015-2016), s. 45

⁵² Sejersted (2011) s. 617-619

⁵³ Dragsten (2013) s. 737

⁵⁴ Dragsten (2013) s. 182

⁵⁵ LOA § 4

⁵⁶ Søyland (2014) note 11

mot prinsippet om ikke-diskriminering. Prinsippet er ikke inntatt i ny lov om offentlige anskaffelser,⁵⁷ men anses for å videreføres ved kravet til likebehandling.⁵⁸

Begrensningen i adgangen til å endre inngått kontrakt er et utslag av prinsippet om ikke-diskriminering. Dersom en kontrakt endres etter kontraktsinngåelse, og denne endringen fører til at en potensiell leverandør kunne deltatt i konkurransen eller vunnet denne, er endringen diskriminerende for den potensielle leverandøren. Leverandøren blir avskåret fra å konkurrere om kontrakten slik dens innhold har blitt som følger av endringen. Dette vil virke diskriminerende for utenlandske leverandører som potensielt kunne ha inngitt tilbud.

Likebehandling er et viktig og sentralt prinsipp i anskaffelsesregelverket. Alle leverandører skal bli behandlet likt, gjennom hele anskaffelsesprosessen. Prinsippet gjelder dermed også i kontraktsfasen, hvor det kan foretas endringer i inngått kontrakt. Prinsippet gjelder også for potensielle leverandører.⁵⁹ Prinsippet innebærer at like situasjoner skal behandles likt, og forskjellige situasjoner skal behandles ulikt. Verken indirekte, direkte, åpenlys eller skjult forskjellsbehandling er tillatt.

Adgangen til å endre inngått kontrakt er begrenset blant annet på bakgrunn av likebehandlingsprinsippet. Dersom kontrakten endres, risikerer man at dette fører til forskjellsbehandling av de potensielle leverandørene. Konkurranses grunnlaget som oppdragsgiver utarbeider, er utgangspunktet for utarbeidelsen av det tilbudet som leverandøren inngir. Når kontrakten blir endret slik at den avviker fra opplysningene i konkurranses grunnlaget, har ikke de potensielle leverandørene fått konkurrere på samme betingelser som leverandøren som vant. Likebehandlingsprinsippet tilsier at konkurransens spilleregler må være kjent for alle for og få lik betydning for alle de potensielle leverandørene.⁶⁰ De potensielle leverandørene har ikke hatt den samme muligheten til å inngi tilbud på kontrakten, slik dens innhold har blitt etter endringen.

Forskjellsbehandling kan gjennom kontraktsendring eksempelvis skje ved at leverandøren får tildelt mer arbeid uten at dette er gjenstand for konkurranse. Dersom dette skjer, vil det utgjøre en forskjellsbehandling av de potensielle leverandørene. Videre kan man risikere forskjellsbehandling ved at leverandør og oppdragsgiver samarbeider for å omgå regelverket. For eksempel ved at oppdragsgiver gir leverandøren informasjon som lar ham utarbeide et fordelaktig tilbud, med en gjensidig forståelse og forventning om at kontrakten i ettertid endres. Når leverandøren får informasjon som ikke er kjent for de potensielle leverandørene, utgjør dette

⁵⁷ Prop. 51 L (2015-2016), s. 91

⁵⁸ Prop. 51 L (2015-2016), s. 43 og 46

⁵⁹ Dragsten (2013) s. 176

⁶⁰ Goller (2012) s. 39

forskjellsbehandling. Endringer vil i disse tilfellene undergrave utgangspunktet om at kontrakter skal tildeles på bakgrunn av det beste tilbudet. Eksisterende leverandør er ikke nødvendigvis den beste til å utføre den endrede kontrakten.⁶¹

Gjennomsiktighetsprinsippet stiller krav til at de beslutninger som fattes og de handlinger som utføres på oppdragsgivers hånd, skal være synlige og åpne for allmennheten.⁶² Forutberegnelighetsprinsippet stiller krav til at leverandørene skal få tilgang på informasjon angående anskaffelsen som gjennomføres.⁶³ På denne måten kan leverandøren forutberegne sin rettslige stilling, ta beslutninger om videre avgjørelser og ivareta egen rettssikkerhet. Prinsippet om etterprøvbarehet betyr at oppdragsgivers beslutninger og handlinger skal kunne kontrolleres etter at de er foretatt. På denne måten kan det kontrolleres hvorvidt gjeldende rett er overholdt.

LOA § 5 er som nevnt over foreslått nedkortet i ny lov om offentlige anskaffelser. Gjennomsiktighetsprinsippet er et av prinsippene som er sløffet i forslaget. I følge departementet er prinsippet gjennomført indirekte gjennom prinsippene om etterprøvbarehet og forutberegnelighet.⁶⁴

Når det gjelder endringsadgang i inngått kontrakt er gjennomsiktighetsprinsippet svært viktig. For å sikre åpenhet rundt kontraksendringer, er det viktig at det gjelder et slikt prinsipp. Etter min mening er det tvilsomt hvorvidt prinsippet om forutberegnelighet og etterprøvbarehet, i dette tilfellet, vil føre til tilfredsstillende åpenhet rundt endringer som foretas. Prinsippene om etterprøvbarehet og forutberegnelighet viderefører etter min mening, ikke alle sider av prinsippet om gjennomsiktighet. For det første knytter prinsippet om etterprøvbarehet seg til muligheten for etterfølgende kontroll av konkurransen, mens gjennomsiktighetsprinsippet får betydning gjennom hele konkurransen. For potensielle leverandører vil denne forskjellen kunne få betydning for deres adgang til å få innsyn i etterfølgende prosesser og oppdage eventuelle overtredelser av regelverket. Etterprøvbarehet kan føre til at man oppdager feil, men på et tidspunkt hvor det reelt sett, for potensielle leverandører, er for sent å gjøre noe med det. Gjennomsiktigheten gjør det imidlertid mulig å oppdage feil gjennom hele prosessen og dermed på et tidlig stadium av konkurransen. Åpenhet er en intuitiv side av gjennomsiktighetsprinsippet, men etter min mening, er ikke det noe som intuitivt faller inn under etterprøvbarehet og forutberegnelighet.

⁶¹ Arrowsmith (2014) s. 578

⁶² Dragsten (2013) s. 181

⁶³ Dragsten (2013) s. 180

⁶⁴ Prop. 51 L (2015-2016), s. 45

2.4 Rettspraksis og nemndsavgjørelser

2.4.1 Norsk rettspraksis

Norsk rettspraksis, spesielt praksis fra Høyesterett, er en viktig rettskilde. I saker som gjelder regelverket om offentlige anskaffelser har imidlertid domstolen begrenset prøvelsesrett ved domstolsbehandlingen. Når domstolen behandler saker etter regelverket, er deres prøvelsesrett begrenset tilsvarende til den man har ved prøvelse av skjønnsmessige forvaltningsvedtak.⁶⁵ Domstolen har ikke adgang til å prøve oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Dette medfører at jo videre skjønn oppdragsgiver har etter regelverket, jo mindre prøvelsesrett har domstolene. Domstolene kan prøve saksbehandlingen, om korrekt faktum er lagt til grunn og om skjønnnet er vilkårlig, bygger på usaklige hensyn eller er sterkt urimelig.⁶⁶ Prøvelsesretten er likevel reell og det er derfor grenser for hvor skjønnsmessige kriterier oppdragsgiver kan utforme.⁶⁷

Når det gjelder adgangen til å foreta endring i inngått kontrakt, må dette være et spørsmål som domstolen kan prøve. Hvorvidt en endring er tillatt å foreta eller ikke, er ikke skjønnsbasert. Vurderingen er skjønnsmessig, men skal foretas på bakgrunn av de konkrete regler som fremgår av gjeldende rett, direktiv og forslag om ny forskrift.

2.4.2 Praksis fra EU-domstolen

EU-domstolen spiller en sentral rolle i utviklingen og tolkningen av EU/EØS-rett. Lovgivningsprosessen i EU er svært annerledes enn den lovgivningsprosessen vi har i Norge. Direktivene vedtas uten særlig utarbeidelse av forarbeider. Dette fører til at det er EU-domstolen som tolker bestemmelsenes innhold. EU-domstolen utvikler også rettsregler og rettslige lærer hvor lovgivningen er taus, slik som eksempelvis læren om vesentlige endringer i Pressetext-avgjørelsen. Praksisen får stor betydning fordi den sier noe om hvordan reglene om offentlige anskaffelser på EU/EØS-området skal forstås og anvendes. FOA del 3 er, som nevnt ovenfor, en gjennomføring av våre forpliktelser etter EØS-avtalen. EU-domstolens avgjørelser får dermed særlig stor betydning ved anvendelsen av denne delen av det nasjonale regelverket.

⁶⁵ Ot.prp.nr. 71 (1997-1998), s. 67

⁶⁶ Dragsten (2013) s. 851

⁶⁷ Sak C-513/99 (Concordia Bus), premiss 59-61

2.4.3 KOFA-avgjørelser

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) er et rådgivende organ som behandler klagesaker.⁶⁸ Avgjørelsene til nemnda er dermed ikke rettslig bindende. Bakgrunnen for opprettelsen av organet var å gjøre det enkelt og rimelig for leverandøren å få avgjort saker mot oppdragsgiver.⁶⁹ Som rådgivende organ behandler KOFA en lang rekke saker hvert år, flere tusen avgjørelser siden opprettelsen av nemnda i 2003.⁷⁰ Nemndas medlemmer består av jurister, advokater og dommere med ekspertise innenfor rettsområdet.⁷¹

Eckhoff har gitt uttrykk for at enkelte forvaltningsorganer har en juridisk ekspertise innenfor sine rettsområder. Videre mener han at disse organene kan få en viktig rolle for underordnetes organers rettsanvendelse.⁷² Når jeg overfører disse resonnementene på KOFA's praksis, er det viktig å understreke at det er forskjell på et forvaltningsorgan og et rådgivende organ. KOFA er underlagt konkurransetilsynet og utgjør således ikke er selvstendig rettssubjekt, men nemnda er gitt en selvstendig stilling ved at det ikke kan instrueres av departementet.⁷³

Allikevel mener jeg at Eckhoffs resonnementer kan ha en viss overføringsverdi til KOFA's avgjørelser. Nemnda er som nevnt satt sammen av jurister som er svært dyktige på rettsområdet. I tillegg viser det seg at avgjørelsene i stor grad følges av andre rettsanvendere og således får en slags «styring»⁷⁴ over andre organer som arbeider med offentlige anskaffelser. Nemndas store omfang av rådgivende uttalelser fører at de har hatt en sentral rolle i rettsutviklingen på området.⁷⁵ Med dette sagt, mener jeg at KOFA-avgjørelser har en relativt lav rettskildemessig vekt, men at avgjørelsene har stor reell betydning. I denne oppgaven bruker jeg praksis fra nemnda for å belyse hvordan regelverket har blitt forstått og anvendt i praksis.

⁶⁸ Klagenemndsforordningen § 1

⁶⁹ Klagenemnda for offentlige anskaffelser (2015)

⁷⁰ Goller (2014) s. 222

⁷¹ Klagenemnda for offentlige anskaffelser (2015a)

⁷² Eckhoff (2000) s. 230

⁷³ Konkurransetilsynet (2015)

⁷⁴ Eckhoff (2000) s. 230

⁷⁵ Dragsten (2013) s. 54

3 Endringsadgangen i inngått kontrakt

3.1 Innledning

For å kunne svare på problemstillingen som reises i denne oppgaven, er det nødvendig å redegjøre for hvilken endringsadgang man har etter gjeldende rett. Videre må det fastlegges hvilken endringsadgang man har etter direktiv 2014/24/EU, samt etter forslag om ny forskrift om offentlige anskaffelser. Ved å fastlegge rettstilstanden etter overnevnte kilder, kan jeg til slutt sammenligne disse for å finne ut om det er skjedd en forenkling og forandring av endringsadgangen.

Regelverket om offentlige anskaffelser gjelder i utgangspunktet kun frem til kontrakten er inngått mellom oppdragsgiver og leverandør, herunder konkurransefasen.⁷⁶ Ved kontraktsignering tar man steget inn i kontraktsfasen. Når en kontrakt inngås etter regelverket om offentlige anskaffelser, har spørsmålet vært om endring i kontrakten anses som tillatt med henvisning til at den opprinnelige kontrakten er tildelt på bakgrunn av regelverket.⁷⁷ Videre reguleres kontraktsfasen i utgangspunktet av kontraktsretten, hvor det gjelder et prinsipp om avtalefrihet. Utgangspunktet er dermed at det er adgang til å foreta endringer i inngått kontrakt uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.⁷⁸

Fra dette utgangspunktet er det oppstilt et unntak for kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser. Vidtgående endringer vil i disse situasjonene kunne medføre at det i realiteten er inngått en ny kontrakt, som skulle ha blitt inngått i henhold til anskaffelsesreglene.⁷⁹ Innenfor rimelige grenser må imidlertid kontrakter inngått etter regelverket kunne endres i samsvar med hva som er normalt på kontraktsområdet.⁸⁰

Bakgrunnen for begrensingen i endringsadgangen er de grunnleggende prinsipper som regelverket bygger på. Disse skal vektlegges gjennom hele anskaffelsesprosessen, altså også etter kontraktsigneringen. Når en kontrakt har blitt inngått, er det fortsatt behov for at oppdragsgiver forholder seg til og ivaretar de grunnleggende prinsippene. Dersom endringsadgangen ikke hadde vært underlagt regelverket, kunne man etter signering, avtalt seg vekk fra de prinsippene som regelverket bygger på. Dette ville ha ført til en uheldig situasjon, hvor interessene til samfunnet og potensielle leverandører ville blitt sterkt svekket. Satt på spissen kunne

⁷⁶ NOU 2014:4, s. 132

⁷⁷ Krüger (2004) s. 96

⁷⁸ Aasbrenn (2012) s. 10

⁷⁹ Aasbrenn (2012) s. 10

⁸⁰ Krüger (2004) s. 96

man sagt at regelverket i seg selv, ikke ville fungert etter sin hensikt, ved at partene i etterkant har mulighet til å avtale seg bort fra gjeldende rett. Dersom oppdragsgiver ønsker å endre inngått kontrakt, må han vurdere hvorvidt endringen er tillatt å foreta. Dersom endringen utgjør en ny kontrakt må denne bli gjenstand for en selvstendig konkurranse.⁸¹ Endringen anses for å utgjøre en ny kontrakt når endringen er vesentlig.

3.1.1 Reelle hensyn

3.1.1.1 *Hensyn som taler mot endringsadgang*

Likebehandlingsprinsippet, gjennomsiktighetsprinsippet og prinsippet om ikke-diskriminering utgjør reelle hensyn som taler for at endringsadgangen skal være begrenset. Disse prinsippene i forbindelse med endringsadgangen er gjort rede for i punkt 2.3.1. EU-domstolen gav i Pressetext-avgjørelsen uttrykk for at det på bakgrunn av gjennomsiktighet og likebehandling må anses for å ha blitt inngått ny kontrakt dersom der foretas en vesentlig endring av kontrakten.⁸² Vesentlige endringer strider det mot kravene til likebehandling, gjennomsiktighet og ikke-diskriminering.

3.1.1.2 *Hensyn som taler for endringsadgang*

Hensynene som taler mot endringsadgang, må veies opp mot hensyn som taler for en slik adgang. Dette er et viktig perspektiv, både nasjonalt og internasjonalt.⁸³

3.1.1.2.1 *Hensynet til oppdragsgiver*

Oppdragsgivers behov kan endre seg etter kontraktsignering. Hensynet til oppdragsgiver taler for at det må foreligge en viss endringsadgang. Oppdragsgivers behov kan ha endret seg etter inngåelse av kontrakten på grunn av ny informasjon, uforutsette hendelser eller annet.

Endringsadgangen man har etter gjeldende rett er utarbeidet med sikte på de situasjoner hvor uforutsette forhold og situasjoner oppstår. Når dette er tilfellet, kan det bli behov for å endre kontraktens innhold. Adgangen er imidlertid ikke oppstilt som løsning for oppdragsgiver i de situasjoner hvor det ikke er tatt høyde for tilgjengelig informasjon. Eksempelvis hvor oppdragsgiver har planlagt og gjennomført anskaffelsen på en uheldig måte. Eller at oppdragsgiver

⁸¹ Arrowsmith (2014) s. 578

⁸² Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 34

⁸³ Arrowsmith (2014) s. 578

ver har valgt en lite hensiktsmessig leverandør. Slike forhold kan materialisere seg i kontraktsperioden og føre til behov for endring.

Imidlertid kan det være vanskelig å forutse alle tenkelige endringsbehov på forhånd av kontraktsignering, samtidig som man må kunne forvente en viss grad av planlegging fra oppdragsgivers side. Hva som kan forventes av oppdragsgiver, må vurderes konkret i hver sak. Utgangspunktet for vurderingen må være prinsippene om likebehandling og effektivitet. Det er ønskelig at det foretas effektive anskaffelser, samtidig som oppdragsgiver må forberede og planlegge prosessen på en tilfredsstillende måte. Dersom endringen ligger utenfor det som oppdragsgiver kunne ha planlagt og forutsett, taler dette for en viss endringsadgang.

Hensynet til oppdragsgivers behov gjør seg særlig gjeldende ved komplekse og langvarige kontrakter. I disse situasjonene vil det være forutberegnelig at det oppstår et endringsbehov.⁸⁴ Et eksempel på at en langvarig kontrakt ble endret, uten at dette ble ansett som en vesentlig endring, er KOFA-sak 2010/212. Nemnda trakk frem kontraktens varighet som et moment for å tillate endringen. Behovet til oppdragsgiver hadde endret seg i løpet av kontraktstiden og det måtte være en viss mulighet til å tilpasse kontrakten i slike tilfeller, uten å gjennomføre en ny konkurranse.⁸⁵

3.1.1.2.2 Hensynet til effektive anskaffelser og fleksibilitet

Hensynet til effektive anskaffelser og fornuftig ressursbruk taler for en viss endringsadgang i inngåtte kontrakter. Et formål med regelverket er nettopp å sørge for økt verdiskapning ved effektive anskaffelser.⁸⁶ Når et prosjekt er satt i gang er det kostnadseffektivt for oppdragsgiver at han ikke behøver sette i gang en ny konkurranse. Hensynet til effektivitet taler her for å tillate endring i opprinnelig kontrakt med valgte leverandør. Risikoen for at leverandøren ikke er tilfredsstillende er i tillegg liten, da leverandøren allerede har vunnet lignende arbeid i konkurransen.⁸⁷ Videre er det behov for et fleksibelt regelverk, som ikke setter for rigide og upraktiske hindringer for oppdragsgiver. Dette taler for en viss endringsadgang.

⁸⁴ Dragsten (2013) s. 743

⁸⁵ KOFA-sak 2010/212 (Norske Laboratorieleverandørers Forening), premiss 40

⁸⁶ LOA § 1

⁸⁷ Arrowsmith (2014) s. 578

3.1.1.2.3 Forutberegnelighet

Endringer som en potensiell leverandør kan forvente, må i utgangspunktet aksepteres. Dette følger av prinsippet om forutberegnelighet.⁸⁸ Forventninger om endringer kan fremgå indirekte av kontrakten, ved at dens ordlyd eller innhold tilsier at det kan oppstå endringsbehov. For eksempel ved mindre tilleggsleveranser i en ellers komplisert og langvarig kontrakt. Det er gitt uttrykk for at dersom den konkrete endringen har funksjonsmessig og kommersiell sammenheng med den opprinnelige kontrakten, er dette hensyn som taler for å godta endringen.⁸⁹ I disse tilfellene vil sammenhengen mellom endringen og den opprinnelige kontrakten gjøre endringen forutberegnelig.

3.1.1.3 Avveiningen

I vurderingen av hvilken endringsadgang man har i inngått kontrakt, må altså hensynet til oppdragsgivers behov samt hensynet til effektive anskaffelser, sees opp mot hensynet til likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. Regelverket om offentlige anskaffelser skal alltid søke å balansere disse hensynene mot hverandre. Hensynene blir med dette viktige moment i vurderingen av hvilken endringsadgang man har i inngåtte kontrakter og om endringen av kontrakten er «vesentlig».

3.1.2 Vesentlighetsvurderingen

I Pressetext gav EU-domstolen uttrykk for at det ikke er tillatt å foreta vesentlig endring i inngått kontrakt. Problemstillingen er dermed hva som er en «vesentlig endring».

Etter en naturlig språklig forståelse betyr «vesentlig endring» en endring av en viss art og størrelsesorden. Ordlyden gir anvisning på en endring som overstiger det som anses som normalt og forutberegnelig. En vesentlig endring, er større og har større betydning, enn en minimal justering og mindre modifikasjoner. Dersom en endring skal anses som «vesentlig», skal det noe mer til enn en slik justering eller modifikasjon.

Vesentlighetsvurderingen skal gjøres med utgangspunkt i kontrakten slik den er kunngjort.⁹⁰ Det er kunngjøringen, konkurransegrunnlaget og kontrakten som er grunnlag for vurderingen.⁹¹ Dette samsvarer med likebehandlingsprinsippet da det er disse dokumentene som

⁸⁸ LOA § 5(3)

⁸⁹ KOFA-sak 2004/16 (EMENTOR), premiss 131

⁹⁰ Dragsten (2013) s. 738

⁹¹ Goller (2014) s. 208

potensielle leverandører er kjent med. Dokumentene må sees opp mot kontrakten slik den fremstår etter endringen. Dersom det har skjedd flere mindre endringer, må disse vurderes samlet når man skal vurdere om kontrakten er vesentlig endret. Dette er kodifisert i direktiv 2014/24/EU og i forslag til ny forskrift.

Vurderingen skal skje konkret i hver sak.⁹² Kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser er komplekse og varierte. Dette både hva gjelder kontraktsgjenstand, omfang og kontraktparter. Dette gjør at man vanskelig kan utpensle helt klare regler, som passer for et hvert tilfelle. Vurderingen må ta hensyn til den konkrete avtalen, mellom den konkrete oppdragsgiver og leverandør, samt ta hensyn til de konkrete potensielle leverandører. De grunnleggende prinsippene er viktige hensyn og momenter i vurderingen av hva som er vesentlig.

Vesentlighetsvurderingen kan være komplisert, tidkrevende samt vanskelige å forholde seg til. For eksempel vurderingen av om endringen kan ha påvirket konkurransens utfall. For å finne svaret på dette må man innhente informasjon fra flere steder. Blant annet potensielle leverandører, de deltakende leverandørene og oppdragsgiver. Da oppdragsgivers skjønn også i stor grad påvirker det endelige resultatet, kan heller ikke alle svar finnes i slik informasjon. Å finne ut hvordan konkurransen ville ha utartet seg med endringen, er derfor vanskelig å si noe sikkert om. Følgelig kan det bli vanskelig å si noe om endringen er vesentlig.

Kontraktens karakter kan være et moment av betydning ved vesentlighetsvurderingen. Dette er spesielt hvor kontrakten har lang varighet, komplekst innhold eller dynamisk natur. I disse situasjonene vil det ofte oppstå et endringsbehov, da man sjeldent kan forutse alle tenkelige situasjoner som kan oppstå. Dette taler for at det må være adgang til å foreta visse endringer i kontrakter med slik karakter. Videre kan bransjepraksis angående hva som er vanlig å foreta av endringer, få betydning for vurderingen.⁹³

⁹² KOFA-sak 2011/209 (Berntzen transport), premiss 64

⁹³ Dragsten (2013) s. 737

4 Gjeldende rett

4.1 Innledning

For å kunne svare på hvorvidt endringsadgangen er forandret og forenklet ved direktiv 2014/24/EU og forslag til ny forskrift, må det først fastlegges hvilken endringsadgang man har etter gjeldende rett.

Problemstillingen er hvilken endringsadgang man har etter gjeldende rett.

Adgangen til å foreta endringer i inngått kontrakt etter regelverket om offentlige anskaffelser er ikke hjemlet i regelverket. Gjeldende rett kommer til uttrykk ved praksis fra EU-domstolen. EU-domstolen har utpenslet et rettslig utgangspunkt hva gjelder endringer i kontrakter inngått etter regelverket. Det er ikke tillatt å foreta endringer som er «vesentlige». Dersom endringen er vesentlig, er det i realiteten tale om en ny kontrakt. Imidlertid er det også gitt anvisning på enkelte typer av endringer som det er tillatt å foreta. Hensynene til effektivitet, fleksibilitet og oppdragsgiveres endringsbehov er bakgrunnen for å tillate enkelte typer av endringer. Hvilke endringer som er tillatt, samt hvilke endringer som anses som vesentlige, skal gjøres rede for i dette kapitlet.

4.2 Læren om vesentlige endringer

Endringsadgangen man har i inngått kontrakt etter gjeldende rett fremgår av rettspraksis. Særlig avgjørelsen i EU-domstolens sak C-454/06 Pressetext er sentral på området. Videre har annen rettspraksis utviklet og presisert gjeldende rett og læren om vesentlige endringer.

Problemstillingen er hvilken endringsadgang man har etter avgjørelsene.

4.2.1 Sak C-454/06 Pressetext

Læren om vesentlig endring av kontrakt har fremgått av dom avsagt av EU-domstolen den 19. juni 2008. Dommen har vært det sentrale rettsgrunnlaget hva gjelder endring av inngått kontrakt. Dommen har i stor grad blitt fulgt opp og må anses for å gi uttrykk for gjeldende rett.

Twisten stod mellom Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (heretter Pressetext), et nyhetsbyrå, og Østerrikske myndigheter. Østerrikske myndigheter inngikk i 1994 en kontrakt med APA, et nyhetsbyrå som på kontraktstiden var den største leverandøren av nyhetstjenester i Østerrike. Pressetext hevdet at endringen av kontrakten mellom partene ikke var lovlig etter

regelverket for offentlige anskaffelser. Presstext mente at endringene som ble foretatt utgjorde en ny kontrakt som skulle ha vært gjenstand for en selvstendig konkurranse.

4.2.1.1 Sakens bakgrunn

Østerrike inngikk i 1994 «the basic agreement» med APA. Kontrakten omhandlet Østerrikske myndigheters tilgang til databasen «APADok», adgang til aktuell informasjon og APA's originalteksttjeneste. I tillegg fikk myndighetene adgang til å bruke APA's originale tekster, kalt «OTS». Avtalen kunne tidligst sies opp i utgangen av 1999 og inneholdt bestemmelser om vederlag.

I 2000 opprettet APA et datterselskap, APA-OTS. I september samme år overførte APA håndteringen av «OTS» til APA-OTS. APA uttrykte i den anledning at «there would be no change» i servicen som følge av overføringen. Østerrikske myndigheter autoriserte overføringen av «OTS» til datterselskapet APA-OTS. Det ble i tillegg inngått en supplerende avtale til «the basic agreement» i 2001. Ved den supplerende avtalen ble det blant annet endret valuta fra ATS til Euro. Valutaforandringen førte til en reduksjon i den årlige avgiften, konsumprisindeksen gikk fra 86 til 96, og enkelte priser økte ved endringen. I 2005 ble det inngått en ytterligere supplerende kontrakt. I denne kontrakten ble blant annet tidsperioden for mulighet for avslutning av kontrakten forlenget og myndighetenes rabatt på «online inquiries» økte fra 15 % til 25 %.

I 2004 tilbød Presstext sine tjenester til Østerrikske myndigheter, men tilbudet førte ikke til kontraktsignering. Presstext gikk i 2006 til sak mot Østerrikske myndigheter. Presstext hevdet at omorganiseringen av APA i 2000, i tillegg til de supplerende avtalene som ble signert i 2001 og 2005, var ulovlige. EU-domstolen kom til at endringene som var gjort i kontrakten mellom Østerrike og APA, ikke var vesentlige og dermed tillatt å foreta.

4.2.1.2 Rettsregel – læren om vesentlig endring

Problemstillingen for domstolen i Presstext var hvorvidt man lovlig kan foreta endring av kontraktspart. Videre hvorvidt kontrakten kunne endres hva gjaldt omfang hva gjaldt vederlag og tidsomfang.

Domstolen kom til at dersom en endring er vesentlig utgjør den i realiteten en ny kontrakt som skulle ha vært gjenstand for selvstendig konkurranse. Det ble uttalt: “..simply where he has been deprived of the opportunity to participate in a procurement procedure because the contraction authority did not, prior to making the award, publish a contract notice, on the basis of which the undertaking could have tendered for the contract to be awarded, could have

submitted an offer or could have had the claim that exclusive rights were involved reviewed by the competent procurement review body?''.

Utgangspunktet etter avgjørelsen er dermed at det ikke er tillatt å foreta endringer som er vesentlige. Virkningen av at en endring er vesentlig, er at den anses for i realiteten å utgjøre en ny kontrakt. Endringen er vesentlig dersom den fører til en avgjørende forskjell mellom den endrede og den opprinnelige avtalen, og med dette viser at partene har en vilje om å forhandle om avtalens grunnleggende elementer.⁹⁴ I sak C-337/98 (Matra) gav EU-domstolen uttrykk for det samme synspunkt.⁹⁵

I Pressetext-avgjørelsen kom EU-domstolen frem til noen typetilfeller av endringer som måtte anses som vesentlige. Før det første anses en endring som vesentlig dersom den, om den hadde vært en del av den gjennomførte konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører kunne ha deltatt i konkurransen, samt hvor endringen kunne ha ført til at oppdragsgiver aksepterte et annet tilbud.⁹⁶ I det videre vil jeg referere til denne situasjonen som en endring som kan ha påvirket konkurransen sitt utfall. Videre gav domstolen uttrykk for at en endring er vesentlig om den fører til en vesentlig utvidelse av avtaleomfanget.⁹⁷ EU-domstolen sa videre at en endring er vesentlig dersom den endrer den økonomiske balansen til fordel på leverandøren på måte som ikke var opplyst om i konkurransegrunnlaget.⁹⁸ En endring er videre vesentlig når det skjer endring av kontraktspart, med mindre dette er hjemlet i den opprinnelige kontrakten.⁹⁹

4.2.1.2.1 Endringer som kan ha påvirket konkurransens utfall

Regelen kommer til anvendelse dersom endringen kan ha påvirket potensielle leverandørers interesse for konkurransen, samt å ønske om å inngi tilbud i denne. Regelen omfatter videre endringer som kan påvirke hvorvidt en potensiell leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene i den opprinnelige konkurransen. Endringen kunne i dette tilfellet ført til at den potensielle leverandøren kom lengre i konkurransen. I tillegg omfattes de situasjoner hvor en annen leverandør ville ha blitt tildelt kontrakten dersom endringen var en del av konkurransen.¹⁰⁰

⁹⁴ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 34

⁹⁵ Sak C-337/98 (Matra), premiss 44

⁹⁶ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 35

⁹⁷ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 36

⁹⁸ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 37

⁹⁹ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 40

¹⁰⁰ Arrowsmith (2014) s. 581

Det er heller ikke tillatt å foreta endringer som kan påvirke konkurransen i konkurransefasen. Vurderingen av om en endring er tillatt i denne fasen, kan dermed gi veiledning ved endringer foretatt i kontraktsfasen.¹⁰¹ I en sak fra High Court i England, Portsmouth, ble omfang og startdato i en kontrakt endret i konkurransefasen. Endringen ble ansett som vesentlig da det var sannsynlig at potensielle leverandører kunne ha vært interesserte i en større kontrakt med senere startdato, selv om de ikke var interesserte i den opprinnelige kontrakten. Det må antas at utfallet hadde blitt det samme dersom en tilsvarende endring ble gjort i kontraktsfasen.¹⁰²

Eksempel på en endring som ble ansett for å påvirke konkurransen var den uvanlige saken C-496/99 CAS Succhi di Frutta. EU-domstolen kom til at det var foretatt en vesentlig endring av kontrakten. Kontrakten omhandlet fruktforsyning som skulle gå til matbistand. Oppdragsgiver skulle betale leverandør i form av epler og pærer. Oppdragsgiver hadde i ettertid tillatt leverandør å betale med fersken i stedet for avtalt typer frukt. Dette stred mot likebehandlingsprinsippet. Frukttypen kunne ikke endres, da en frukt ikke nødvendigvis kunne erstatte en annen.¹⁰³ Forholdet ble ansett for å ha kunne påvirket konkurransen, da de potensielle leverandører også kunne ha betalt med fersken.

4.2.1.2.2 Endringer som vesentlig utvider avtalens omfang

Endringer som vesentlig utvider avtalens omfang, anses for å utgjøre en vesentlig endring. Utvidelsen av omfanget må være vesentlig. Dersom omfanget ikke vesentlig utvides, er den tillatt. Hva som er vesentlig, må vurderes konkret. Jo større utvidelsen er i forhold til kontraktens størrelse, jo større sannsynlighet er det for at denne anses som vesentlig.¹⁰⁴

Etter en naturlig språklig forståelse må en vesentlig utvidelse være av en viss størrelsesorden. Utvidelsen må være større enn det som anses som normalt og påregnelig for kontrakten. EU-domstolen har lagt til grunn at vurderingen må bero på utvidelsens verdi opp mot gjeldende terskelverdier.¹⁰⁵

Regelen om endringer som vesentlig utvider avtalens omfang, gjelder selv om endringen ikke nødvendigvis har påvirket konkurransen jf punkt 4.2.1.2.1. Dersom kontraktsverdi som følger av en endring øker med 100 %, betyr ikke dette nødvendigvis at endringen har påvirket konkurransen. Det finnes situasjoner hvor en slik økning ikke påvirker potensielle leverandørers

¹⁰¹ Arrowsmith (2014) s. 580

¹⁰² Arrowsmith (2014) s. 580

¹⁰³ Sak C-496/99 (Succhi di Frutta), premiss 74

¹⁰⁴ Arrowsmith (2014) s. 583

¹⁰⁵ Sak C-160/08 (Kommissjonen mot Tyskland), premiss 100

interesse i konkurransen. En slik endring anser man uansett for å være av en slik art, at den nødvendigjør en ny konkurranse.¹⁰⁶

4.2.1.2.3 Endringer som forandrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandør

Endringer som forandrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandør, anses som vesentlige.¹⁰⁷ Regelen gir uttrykk for at det ikke kan skje en prisøkning, uten at det pålegges sammenfallende nye forpliktelser på leverandørens hånd. Formålet med regelen er blant annet å hindre sammensvergelse mellom oppdragsgiver og leverandør. Dette eksempelvis ved at leverandøren inngir et lavt tilbud, med viten om at kontrakten vil endres til ens fordel etter endt konkurranse. Kontrakten skal reflektere den opprinnelige konkurranse også etter signering av kontrakten.¹⁰⁸

Regelen om at den økonomiske balansen ikke kan endres til fordel for leverandør, gjelder ikke absolutt. Mindre endringer kan tillates, også hvor de utgjør en økonomisk fordel for leverandør. Eksempelvis minimale endringer som på en berettiget måte justerer eller tilpasser kontrakten, slik som i eksempelvis Presstext-avgjørelsen, hvor det skjedde en opprunding som følger av valutaforandringen.¹⁰⁹ Hva som er tillatt av økonomiske fordeler for leverandør, må vurderes konkret.¹¹⁰

Det er kun forrykning av den økonomiske balansen til fordel for leverandør som ikke er tillatt. Oppdragsgiver kan altså oppnå en økonomisk fordel ved etterfølgende endring av kontrakten, uten at dette utgjør en vesentlig endring.¹¹¹ I Presstext endret partene rabatten som Østerrikske myndigheter fikk på materiale fra APA. Dette var tillatt da denne endringen var fordel for oppdragsgiver, ikke leverandør.¹¹²

¹⁰⁶ Arrowsmith (2014) s. 582

¹⁰⁷ Sak C-454/06 (Presstext), premiss 37

¹⁰⁸ Arrowsmith (2014) s. 584

¹⁰⁹ Sak C-454/06 (Presstext), premiss 63

¹¹⁰ Arrowsmith (2014) s. 585

¹¹¹ Arrowsmith (2014) s. 585

¹¹² Sak C-454/06 (Presstext), premiss 85

4.2.1.2.4 Endring av kontraktspart

EU-domstolen kom i Pressetext til at det i utgangspunktet anses som en vesentlig endring dersom en forandrer kontraktspart. Et unntak fra dette er hvor endringen er hjemlet i den opprinnelige kontrakten.¹¹³ Ved at kontraktspart endres, endres selve partskonstellasjonen i kontrakten, dette kan skje både ved at oppdragsgiver og leverandør utskiftes.¹¹⁴ Hovedtyngden vil i denne oppgaven ligge på endring på leverandørsiden.

Det kan, etter at kontrakt er inngått, oppstå behov for å forandre leverandør. Behovet kan foranlediges av fisjoner, fusjoner, konkurs, overdragelse av selskap med mer. Ved at leverandør endres, blir kontrakten overført til en juridisk enhet som ikke innleverte tilbud i konkurransen. Denne har ikke blitt testet opp mot de kriterier som gjaldt i konkurransen.¹¹⁵ Den sterke begrensningen i adgangen til å endre leverandør er dermed et uttrykk for hensynet til likebehandling. Formålet med regelverket er å kontrollere oppdragsgivers valg av leverandør. Dette formålet kan ikke oppnås dersom oppdragsgiver etter kontraktsignering fritt kan bytte leverandør.¹¹⁶

EU-domstolen uttrykte i Pressetext et klart utgangspunkt om at utskiftning av medkontrahent skal anses som en vesentlig endring og dermed ikke være tillatt.¹¹⁷ I den konkrete saken mente imidlertid domstolen at utskiftningen i realiteten var en intern reorganisering, og dermed ikke en vesentlig endring av kontrakten. Et eventuelt fremtidig salg av datterselskapet APA-OTS til et annet juridisk subjekt ville imidlertid kunne utgjøre en slik vesentlig endring.¹¹⁸ Vi ser dermed at det er forskjell på å overdra selve kontrakten, og overdra selskapet som har en kontrakt.¹¹⁹

Når endring av leverandør gjøres på bakgrunn av en slik omorganisering eller restrukturering, utgjør ikke dette en ny kontrakt. Parten i kontrakten er i realiteten den samme, og endringen fører ikke til forskjellsbehandling og diskriminering.¹²⁰ Hensynet til omsetningslivet er bakgrunnen for dette unntaket. Det ville blitt svært vanskelig å selge selskaper med kontrakter

¹¹³ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 40

¹¹⁴ Aasbrenn (2012) s 13

¹¹⁵ Dragsten (2013) s. 746

¹¹⁶ Arrowsmith (2014) s. 592

¹¹⁷ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 40

¹¹⁸ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 47

¹¹⁹ Goller (2012) s. 50

¹²⁰ Arrowsmith (2014) s 592

med det offentlige, dersom alle endringer i eierstrukturen medfører en vesentlig endring av kontrakten.¹²¹

Dersom endringen skjer gjennom en klar og berettiget kommersiell prosess som oppdragsgiver ikke kan påvirke, må dette også tillates. Videre dersom leverandøren går konkurs, er det berettiget for boet å tre inn i kontrakten. Dersom byttet fremgår av en klausul, er dette også tillatt. Videre begrenses muligheten hvor det skjer et leverandørbytte som etterfølges av en ulovlig endring av kontrakten.¹²²

Konklusjonen på problemstillingen er at man etter avgjørelsene kan foreta endringer som ikke er «vesentlige».

4.2.2 Avgjørelser etter Pressetext

Innholdet i læren om vesentlige endringer synes ikke å ha blitt endret av avgjørelser avsagt i ettertid.¹²³ Den har imidlertid blitt presisert og noe utvidet ved etterfølgende praksis. I sak C-91/08 (Wall) slo EU-domstolen fast at læren om vesentlige endringer også gjelder for tjenestekonsesjoner.¹²⁴

EU-domstolen gav i Pressetext uttrykk for at vurderingen av om en endring er vesentlig, skal gjøres på bakgrunn av konkurransegrunnlaget og kontrakten.¹²⁵ Domstolen har i etterkant presisert at oppdragsgiver ikke kan forsøke å omgå reglene i Pressetext ved å gi seg selv for vidt skjønn i konkurransegrunnlaget. Eksempelvis ved at det tildeles kontrakt med bestemt omfang og «tilhørende arbeid».¹²⁶ Dette ville stride mot prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.¹²⁷

På det nasjonale plan følger KOFA de føringer som fremgår av Pressetext. Eksempel på dette er sak 2008/205 hvor nemnda fant at innløsning av opsjon utgjorde en vesentlig endring av kontrakten, og viste med dette til avgjørelsen fra EU-domstolen.¹²⁸ Nemnda har ikke lagt seg på en særlig streng linje.¹²⁹

¹²¹ Goller (2012) s. 52

¹²² Arrowsmith (2014) s. 592

¹²³ Goller (2014) s. 208

¹²⁴ Sak C-91/08 (Wall), premiss 39/43

¹²⁵ Goller (2014) s.208

¹²⁶ Sak C-423/07 (Kommissjonen mot Spania), premiss 71

¹²⁷ Sak C-423/07 (Kommissjonen mot Spania), premiss 57

¹²⁸ KOFA-sak 2008/205 (Raufoss Taxi), premiss 46-47

¹²⁹ Goller (2014) s. 208

4.3 Typer av endringer

I tillegg til at EU-domstolen har utviklet læren om vesentlige endringer har det også i gjeldende rett gitt anvisning på hvorvidt enkelte typer av endringer er tillatt å foreta. Vurderingen blir hvorvidt endringstypene utgjør en vesentlig endring i henhold til regelen utpenslet i Pressetext premiss 34. Herunder en vurdering av om endringstypene fører til en avgjørende forskjell mellom opprinnelig og endret kontrakt, som viser at partene ønsket og reforhandlet grunnleggende elementer ved avtalen.

Reglene som gjelder for hver enkelt endringstype, er forskjellige og må vurderes på bakgrunn av sitt innhold. Viktige momenter ved vurderingen er bakgrunnen for endringen samt dens formål. Videre vil ulike momenter og hensyn gjøre seg gjeldende ved ulike typer endringer. Disse må tas i betraktning ved den konkrete vurderingen.

Problemstillingen er når de ulike typene av endringer må anses som vesentlige.

4.3.1 Prisendringer

Pris er et meget viktig element i enhver kontrakt. En prisendring vil dermed ofte anses for å krenke de grunnleggende prinsippene som gjort rede for i punkt 2.3.1. Dersom en slik endring ikke er hjemlet i en endringsklausul, skal det lite til for å anse endring av pris til leverandørens fordel som vesentlig. Prisendring ble i Pressetext-avgjørelsen angitt som et av typetilfellene som må anses for å utgjøre en vesentlig endring dersom den fører til en økonomisk fordel for leverandøren.¹³⁰ Dette gjelder selv små prisjusteringer i leverandørens favør. En endring i leverandørens ufordel er som hovedregel ikke vesentlig.¹³¹ Utgangspunktet er dermed at det ikke er tillatt å foreta prisendringer i dennes favør.

Prisendringer må sees i sammenheng med om det også gjøres endringer av kontraktens omfang, innenfor de rammer kontrakten åpner for. Prisen kan ikke justeres opp, med mindre det pålegges en tilsvarende forpliktelse. Dersom prisendringen står i forhold til endringen i kontraktsomfanget, må dette være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet, og dermed være tillatt.¹³² Dersom dette ikke er tilfellet, anses endringen som oftest for å være vesentlig. Jeg viser her til min redegjørelse i punkt 4.2.1.2.3. Dersom prisendringen skyldes at leverandør

¹³⁰ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 37

¹³¹ Goller (2012) s. 48

¹³² Dragsten (2013) s. 740

har angitt feil pris i tilbudet, fører ikke dette til en større endringsadgang.¹³³ Dette gjelder imidlertid ikke der det er gjort en åpenbar feil som kan rettes i henhold til regelverket.¹³⁴

4.3.2 Endringsklausuler

Dersom den kunngjorte kontrakten inneholder en endringsklausul anses de grunnleggende kravene som stilles til anskaffelsen, for å være ivaretatt. De endringene som eventuelt foretas, er i disse tilfellene kjent for de potensielle leverandørene, og endringen ivaretar hensynet til forutberegnelighet. En endring som fremgår av en slik klausul er som hovedregel ikke vesentlig. Det er imidlertid et vilkår at klausulen i seg selv tilfredsstillende kravene i LOA § 5, ved blant annet å være klart formulert og gi anvisning på saklige endringer.¹³⁵ Klausulen kan dermed ikke være så vidt utformet at den endrer kontraktens karakter. Klausulen kan heller ikke føre til en omgåelse av regelverket.¹³⁶ Dersom klausulen er presis og objektiv, anser man denne som en forlengelse av den opprinnelige kontrakten og konkurransen. En endring i medhold av en slik klar og presis klausul utgjør ikke en ny kontrakt, men er i realiteten en implementering av en del av den opprinnelige kontrakten.¹³⁷

4.3.3 Forlengelse av kontraktsperioden

Dersom en forlengelse av kontraktsperioden ikke er hjemlet i en endringsklausul, vil dette som utgangspunkt utgjøre en vesentlig endring.¹³⁸ Dette var tilfellet i klagenemndas sak 2011/8 (Nils Berner). Oppegård kommune forlenget en kontrakt om transport av eldre og funksjonshemmede til og fra sosial- og helseinstitusjoner i kommunen med leverandør Persontransport Norge AS. Forlengelsen var på et halvt år. Forlengelsen fra 1. august 2009 til 1. februar 2010 var ikke hjemlet i avtalen mellom partene. Nemnda la vekt på forarbeider, praksis fra EU-domstolen og juridisk teori og kom til at forlengelsen i realiteten medførte en tildeeling av ny kontrakt til Persontransport Norge AS.¹³⁹

Dette betyr imidlertid ikke at en forlengelse automatisk utgjør en vesentlig endring. EU-domstolen har godtatt visse utvidelser av kontraktens volum, noe som taler for at kortvarige

¹³³ KOFA-sak 2004/14 (ANI bil), premiss 16

¹³⁴ FOA §§ 12-3(1) og 21-1(3)

¹³⁵ Dragsten (2013) s. 739

¹³⁶ Goller (2012) s. 45

¹³⁷ Arrowsmith (2014) s. 587

¹³⁸ Ot.prp. nr. 62 (2005-2006), s. 26

¹³⁹ KOFA-sak 2011/8 (Nils Berner), premiss 28

forlengelser også må aksepteres.¹⁴⁰ Adgangen til å foreta mindre forlengelser er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet og formålet om effektive anskaffelser.¹⁴¹ Vurderingen må altså gjøres konkret i hvert tilfelle. Jo lengre forlengelsen er, jo mer taler for at denne er vesentlig. Det er kun svært korte forlengelser som kan aksepteres innenfor regelverket.

De hensyn som regelverket bygger på, tilsier at kontrakter som inngås, skal ha en bestemt kontraktsperiode. Imidlertid er det i noen tilfeller også behov for å inngå en tidsubestemt avtale. I Pressetext-saken var kontrakten mellom Østerrike og APA tidsubegrenset med en periodisk rett til oppsigelse. Partene inngikk deretter en supplerende avtale om at kontrakten ikke kunne sies opp i løpet av de tre neste årene. Domstolen kom til at dette ikke utgjorde en vesentlig endring da forlengelsen ikke ville ha påvirket konkurransen.¹⁴² Hvorvidt en endring fra tidsbestemt til utidsbestemt avtale er vesentlig, må altså vurderes konkret.

4.3.4 Endring av kontraktsomfang og avtaler om tilleggsytelser

Tilleggsytelser skal i utgangspunktet anses som nye kontrakter og dermed anskaffes i henhold til regelverket.¹⁴³ Det må imidlertid alltid vurderes konkret. Effektivitetsprinsippet taler i enkelte tilfeller for å tillate slike avtaler. I noen kontraktsforhold vil uforutsette forhold føre til et saklig behov for å inngå avtale om tilleggsytelser. Så lenge disse har en funksjonsmessig og kommersiell sammenheng med den opprinnelige kontrakten må slike endringer som hovedregel godtas.¹⁴⁴

Forskriftens § 14-4 bokstav f og j oppstiller tilfeller hvor oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for å inngå avtaler om tilleggsytelser. Adgangen til å avtale tilleggsleveranser i en varekontrakt fra leverandør er begrenset til fornyelse eller utvidelse jf bokstav f. Adgangen er også begrenset til de tilfeller hvor et eventuelt skifte av leverandør vil pålegge oppdragsgiver å skaffe utstyr som er teknisk uforenelig med eksisterende utstyr, eller føre til uforholdsmessige store tekniske vanskeligheter ved vedlikehold og drift. Regelen er begrenset ved at kontraktens samlede varighet ikke kan overstige 3 år.

Videre kan det i henhold til FOA § 14-4 bokstav j avtales tilleggstjenester og tilleggsarbeid som ikke var del av den opprinnelige kontrakten. Adgangen er begrenset til å gjelde for for-

¹⁴⁰ Goller (2012) s. 47

¹⁴¹ Dragsten (2013) s. 741

¹⁴² Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 79

¹⁴³ Dragsten (2013) s. 745

¹⁴⁴ Dragsten (2013) s. 742

hold som oppdragsgiver ikke kunne forutse, endringer som tildeles samme leverandør og av at den samlede verdien av kontrakten ikke overstiger 50 % av opprinnelig kontraktsverdi. Forskriftens del 2 har i § 2-1(2) d inntatt regel om at det er tillatt å avtale tilleggsytelser der dette er strengt nødvendig på grunn av uforutsette omstendigheter.

Når det gjelder endring av kontraktens omfang, anses en vesentlig utvidelse av denne for å utgjøre en vesentlig endring.¹⁴⁵ Kontraktens karakter kan få betydning ved vurderingen av om en slik endring er vesentlig.¹⁴⁶ Spesielt ved rådgiver- og entreprisekontrakter, kan omfanget av kontrakten ofte bli mer omfattende enn først antatt.¹⁴⁷ I langvarige og komplekse kontraktsforhold kan kontraktens karakter føre til at det oppstår behov for å endre kontrakten. I slike kontrakter er det vanskelig å utferdige en fullstendig dekkende kravspesifikasjon på forhånd. Når det inngås komplekse og langvarige kontrakter vil det med andre ord være forutberegnelig at det oppstår et endringsbehov.¹⁴⁸ Dette var som nevnt i punkt 3.1.1.2.1 tilfellet i KOFA-sak 2010/212 (Norske Laboratorieleverandørers Forening). Nemnda la ved avgjørelsen vekt på kontraktens karakter og konkluderte med at endringen ikke var vesentlig.¹⁴⁹ Hensynet til forutberegnelighet taler i disse tilfellene for en endringsadgang. Det samme gjør regelverkets formål om effektive anskaffelser.¹⁵⁰ Dersom man alltid må gjennomføre ny konkurranse ved enhver utvidelse av avtalens omfang, vil dette formålet ikke kunne oppnås.

Regelen har imidlertid en begrensning. Dersom endringens omfang fører til at kontraktens karakter endres, må den uansett anses som vesentlig.¹⁵¹ Dette var tilfellet i KOFA-sak 2009/42 hvor kontrakten mellom Forsvarsbygg og Sweco Grøner AS ble endret både hva gjelder art og omfang av kontrakten.¹⁵² Endringen ble ansett for å endre kontraktens karakter. I KOFA-sak 2010/68 kom nemnda motsetningsvis frem til at karakteren av kontrakten ikke var endret ved at den gikk fra å være en driftspatroljeavtale til en funksjonskontrakt. Klagenemnda kom til at endringen ikke omhandlet arbeidets karakter, men funksjonsbeskrivelser og oppgjørsmåte.¹⁵³

¹⁴⁵ Sak C-454/06 (Pressetext), premiss 36

¹⁴⁶ Dragsten (2013) s. 743

¹⁴⁷ Goller (2012) s. 56

¹⁴⁸ Dragsten (2013) s. 743

¹⁴⁹ KOFA-sak 2010/212 (Norske Laboratorieleverandørers Forening), premiss 40

¹⁵⁰ LOA § 1

¹⁵¹ Dragsten (2013) s. 742

¹⁵² KOFA-sak 2009/42 (Forsvarsbygg), premiss 35

¹⁵³ KOFA-sak 2010/68 (Jørn Bekkevold Gårdsdrift I), premiss 25

4.3.5 Endringer som følger av uforutsette omstendigheter

Dersom det oppstår en hendelse utenfor partenes kontroll som medfører et endringsbehov, må dette som hovedregel aksepteres.¹⁵⁴ Regelen er begrunnet med hensynet til oppdragsgiver. I disse tilfellene må man i en viss utstrekning kunne endre kontraktens omfang.¹⁵⁵ Dette på grunn av en proporsjonalitetsbetraktning. Det anses ikke som proporsjonalt alltid å måtte gjennomføre en ny konkurranse når slike situasjoner oppstår, da dette ville blitt lite kostnads-effektivt for oppdragsgiver. Man tillater i stedet endringer som tilpasser kontrakten slik som nødvendig.¹⁵⁶ Endringene må imidlertid ikke stride mot de grunnleggende kravene i LOA og FOA og vurderingen må foretas konkret i hver enkelt sak.

Et eksempel på endringer som må tillates er endringer som nødvendiggjøres som følger av at ny lovgivning trer i kraft. Kontrakten kan i disse tilfellene endres for å tilpasses den nye lovgivningen. Det er et vilkår at endringens formål kun er å tilpasse kontrakten til den nye situasjonen, eksempelvis den nye lovgivningen.¹⁵⁷

4.3.6 Bytte av underleverandør

Underleverandøren er leverandøren sin kontraktsmedhjelper for å oppfylle kontrakten med oppdragsgiver. Når det skjer et bytte av underleverandør, forandres kontraktsmedhjelpen.¹⁵⁸ Utgangspunktet er at skifte av underleverandør ikke utgjør en vesentlig endring.¹⁵⁹ Annerledes kan det imidlertid stille seg dersom en bestemt underleverandør har vært avgjørende for oppdragsgivers valg av hovedleverandør. Endring av underleverandør kan i disse tilfellene anses for å utgjøre en vesentlig endring. Dette var tilfellet i Sak C-91/08 (Wall) hvor skifte av underleverandør i en tjenestekonsesjonskontrakt utgjorde en vesentlig endring.¹⁶⁰ Mye taler i tillegg for at skifte av underleverandør utgjør en vesentlig endring når skiftet skjer umiddelbart etter kontraktstildeling.¹⁶¹ I en slik situasjon anses byttet ofte mer suspekt, enn der hvor den skjer en tid etter tildelingen. Vurderingen om bytte av underleverandør utgjør en vesentlig endring, må imidlertid alltid foretas konkret i hver sak.

¹⁵⁴ Dragsten (2013) s. 746

¹⁵⁵ KOFA-sak 2010/179 (Thore Magnussen og sønn), premiss 67 og 69

¹⁵⁶ Arrowsmith (2014) s. 590

¹⁵⁷ Dragsten (2013) s. 746

¹⁵⁸ Aasbrenn (2012) s. 13

¹⁵⁹ Dragsten (2013) s. 748

¹⁶⁰ Sak C-91/08 (Wall), premiss 39

¹⁶¹ Dragsten (2013) s. 748

Som hovedregel vil nok allikevel en endring av underleverandør i realiteten sjeldent være avgjørende for kontraktstildelingen. EU-domstolen gir anvisning på at dette kun vil være tilfellet i eksepsjonelle tilfeller.¹⁶² Avtalen mellom leverandør og underleverandør er en alminnelig privatrettslig avtale som oppdragsgiver ikke er en del av. På tross av dette er det mye som taler for at byttet må godkjennes av oppdragsgiver i visse tilfeller. Spesielt i kontrakter hvor det er behov for å kontrollere underleverandørens evne til å gjennomføre kontrakten.¹⁶³ Regelen om bytte av underleverandør kan få overføringsverdi i de tilfeller hvor en spesielt utpekt ansatt har vært viktig for tildelingen.¹⁶⁴

4.4 Konklusjon

Problemstillingen i dette punktet av oppgaven er hvilken endringsadgang man har etter gjeldende rett. Konklusjonen på problemstillingen er at man etter gjeldende rett har adgang til å foreta endringer som ikke er vesentlige.

¹⁶² Sak C-91/08 (Wall), premiss 39

¹⁶³ Goller (2012) s. 54

¹⁶⁴ Arrowsmith (2014) s. 582

5 Direktiv 2014/24/EU

5.1 Innledning

For å kunne svare på hvorvidt det er skjedd en forenkling og forandring av gjeldende rett, må det videre fastlegges hvilken endringsadgang man har etter direktiv 2014/24/EU.

Problemstillingen er hvilken endringsadgang man har etter direktivet.

Direktiv 2014/24/EUs regler om endring av inngått kontrakt er i stor grad en kodifisering av gjeldende rett som gjort rede for i oppgavens kapittel 4. I den grad direktivet viderefører rettspraksis, blir denne følgelig relevant ved tolkningen av bestemmelsen.

5.2 Formålet med direktivet

EU-kommisjonen har gitt uttrykk for at formålet med direktivet er et enklere og mer fleksibelt regelverk. I tillegg har man ønsket en større rettslig klarhet. Det nye direktivet er en del av EUs handlingsplan for det indre markedet samt et virkemiddel for å nå målene satt i Europa 2020-strategien for ”smart, sustainable and inclusive growth”.¹⁶⁵

Når det gjelder artikkel 72 som omhandler endringsadgangen av inngått kontrakt, er formålet å kodifisere gjeldende rett samt forenkle og utvikle regelen.¹⁶⁶ Dette blant annet ved å innføre regler om at endringer under visse prosentvise begrensninger, ikke skal anses som vesentlige. Disse prosentsatsene er nye i direktivet. Artikkelen utvikler også læren videre ved å angi konkret hva slags endringer som er tillatt, og hvilke som ikke er det.

5.3 Direktiv 2014/24/EU artikkel 72 - bestemmelsens innhold

Artikkelen er delt opp i fem deler. Bestemmelsen har overskriften «Modification of contracts during their term».

¹⁶⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s.1

¹⁶⁶ Direktiv 2014/24/EU, fortalens premiss 107 flg

5.3.1 Artikkel 72(1) - endringer som er tillatt, dersom endringen ikke er vesentlig etter artikkel 72(4)

Artikkel 72(1) oppstiller en regel om hvilke endringer som det er tillatt å foreta i en inngått kontrakt. Endringene kan foretas, så lenge de ikke er vesentlige jf bestemmelsens bokstav e jf artikkel 72(4). Dersom det foretas endringer i tråd med bestemmelsens regler anses det ikke for å ha blitt inngått en ny kontrakt.

5.3.1.1 Endringer som følger av endringsklausul – bokstav a

I følge bestemmelsens bokstav a er det tillatt å foreta endringer som fremgår av en klar, presis og utvetydig endringsklausul. Oppdragsgiver bør ha mulighet i kontrakten selv å tillate endringer ved å innta en endringsklausul. En slik kan imidlertid ikke gi oppdragsgiver en ubegrenset frihet.¹⁶⁷ Vilkårene om at klausulen må være klar, presis og utvetydig gir anvisning på en slik begrensning i oppdragsgivers frihet ved utarbeidelse av endringsklausul. Dette ved at klausulen må tilfredsstillende de grunnleggende prinsippene som gjelder på området.

At klausulen skal være klar og utvetydig må etter en naturlig språklig forståelse bety at det skal være opplagt og uomtvistelig hva slags endringer klausulen tillater. Den skal ikke være uklar, slik at den kan tolkes på forskjellige måter av forskjellige leverandører. Dersom den ikke er klar og utvetydig, strider det mot prinsippene om likebehandling, konkurranse og klarhet. At klausulen skal være presis betyr at den må angi nøyaktig hva slags endring som er tillatt, både kvalitativt og kvantitativt. Den må oppstille hvilken type endring som tillates. Dersom klausulen ikke er presis, strider dette mot prinsippet om forutberegnelighet å tillate endring som følger av den.

Regelen oppstiller vilkår om at både endringens omfang, karakter og vilkårene for når retten kan benyttes, må fremgå av den opprinnelige kontrakten.¹⁶⁸ Videre er regelen begrenset ved at endringsklausulen ikke kan føre til at kontraktens overordnede karakter endres.¹⁶⁹

Bestemmelsens første ledd gir uttrykk for at endringen skal angis «irrespective of their monetary value». Begrensningen gir uttrykk for at endringen som angis i klausulen, alltid må være forholdsmessig i forhold til den opprinnelige kontrakten. Dette skiller bestemmelsen fra artikkel 72(2)(ii), som oppstiller konkrete endringsverdier.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Direktiv 2014/24/EU, fortalens premiss 110

¹⁶⁸ Direktiv 2014/24/EU artikkel 72(1)(a) annet punktum

¹⁶⁹ Direktiv 2014/24/EU artikkel 72(1)(a) tredje punktum

¹⁷⁰ Arrowsmith (2014) s. 600

5.3.1.2 Avtaler om tilleggsytelser – bokstav b

Artikkel 72(1) bokstav b hjemler muligheten for at det avtales at leverandøren skal levere en tilleggsytelse til oppdragsgiver. Dette kan være ”additional works, services or supplies”. Jeg vil i det videre bruke en samlebetegnelse på disse typene av ytelser, herunder tilleggsleveranse. Regelen er inntatt da oppdragsgiver kan få behov for slik tilleggsleveranse, og dette må anses for å være berettiget dersom bestemmelsens vilkår er oppfylt. Spesielt i de tilfeller hvor tilleggsleveranse er en utskiftning eller utvidelse av den opprinnelige avtalen.¹⁷¹

Dersom det er ønskelig at leverandøren skal yte en tilleggsleveranse, må flere vilkår være oppfylt. For det første må et leverandørbytte være umulig som følger av økonomiske eller tekniske grunner, jf punkt (i). Eksempelvis fordi leverandøren er den eneste som kan levere en IT-ytelse som er kompatibel med den oppdragsgiver allerede disponerer. Videre må et eventuelt leverandørbytte føre til en betydelig ulempe eller vesentlig duplisering av kostnadene for oppdragsgiver, jf punkt (ii). En betydelig ulempe kan være en vesentlig utsatt levering eller annen betydelig praktisk hindring. Punkt (ii) må anses inntatt for å sikre at tilleggsleveranse kun tildeles opprinnelig leverandør hvor dette er høyst nødvendig. Dersom dette ikke er tilfellet tilsier likebehandlingsprinsippet at ytelsen heller legges ut på en selvstendig konkurranse.

Det er imidlertid inntatt en absolutt begrensning for adgangen til å inngå avtale om tilleggsleveranser i artikkel 72(1) bokstav b siste ledd. Leveransen kan ikke ha en pris som overstiger 50 % av den opprinnelige kontraktsverdien. Der hvor flere suksessive endringer foretas, gjelder denne begrensningen for hver enkelt av endringene. Det betyr at det kan avtales flere tilleggsleveranser på en kontrakt, så lenge hver av dem ikke overstiger begrensningen.¹⁷² Vi kan se for oss en varekontrakt med opprinnelig verdi på 2 millioner kroner. I følge regelen i artikkel 72(1) bokstav b kan man avtale en tilleggsleveranse, så lenge ikke prisen på denne overstiger 1 million kroner. Imidlertid kan man inngå flere avtaler om tilleggsleveranser, så lenge prisen av hver leveranse ikke oversiger 1 million kroner.

Direktivet oppstiller i artikkel 32 en mulighet for å inngå avtaler om tilleggsytelser etter konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Avtaler om tilleggsleveranse i varekontrakt kan inngås etter artikkel 32(3) bokstav b dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Videre kan det inngås avtale om tilleggstjeneste eller tilleggsarbeid etter artikkel 32(5). Avtale om tilleggsytelse kan dermed hjemles både i artikkel 32 og artikkel 72 i direktivet.

¹⁷¹ Direktiv 2014/24/EU, fortalens premiss 108

¹⁷² Arrowsmith (2014) s. 601

5.3.1.3 Endringer som følger av uforutsette omstendigheter – bokstav c

Artikkel 72(1) bokstav c gir uttrykk for at en endring er tillatt når den følger av en uforutsett omstendighet. Regelen er inntatt for de tilfeller hvor eksterne hendelser oppdragsgiver ikke kunne tatt i betraktning i konkurransefasen, materialiserer seg i kontraktsfasen. Spesielt relevant er regelen, dersom kontraktsperioden er lang. Fleksibilitet taler i disse tilfellene for at kontrakten må tilpasses omstendigheten.¹⁷³ For å kunne foreta en endring etter regelen, må tre kumulative vilkår være oppfylt.

Vilkår nummer en er at endringen foranlediges av en omstendighet som en aktsom kontraktspart ikke kunne forutse.¹⁷⁴ Et eksempel på dette er ny lovgivning. Det er dermed tillatt å endre kontrakten slik at den tilpasses den nye lovgivningen.¹⁷⁵ Regelen kommer til anvendelse i situasjoner hvor omstendigheten ikke kunne forutsees, selv med en tilfredsstillende og aktsom forberedelse i konkurranseperioden. Hvorvidt vilkåret er oppfylt må vurderes på bakgrunn av momenter som kontraktens karakter, bransjepraksis, konkurranseforberedelsene og hvorvidt omstendigheten kunne forutsees av oppdragsgiver.¹⁷⁶ Hensynet til oppdragsgiver taler i disse tilfellene for at det må kunne foretas endring av kontrakten.

Vilkår nummer to er at kontraktens overordnede karakter ikke endres.¹⁷⁷ Kontraktens natur må forbli den samme etter endringen. Oppdragsgiver kan dermed ikke bruke bestemmelsen til å påta leverandøren en helt annerledes forpliktelse, selv om dette behovet har oppstått som følger av en uforutsett omstendighet.¹⁷⁸ Kontraktens natur vil anses som forandret ved at eksempelvis en varekontrakt endres slik at noe annet skal anskaffes, slik som en tjeneste. Eller ved at det skjer en fundamental endring i anskaffelsen. En slik endring må antas å påvirke konkurransens utfall, og er ikke tillatt å foreta.¹⁷⁹

Vilkår nummer tre er at prisen av endringen ikke overstiger 50 % av verdien av den opprinnelige kontrakten.¹⁸⁰ Dersom det gjøres flere suksessive endringer, gjelder begrensningen for hver enkelt av endringene. Det kan foretas flere separate endringer som ikke overstiger 50 %,

¹⁷³ Direktiv 2014/24/EU, fortalens premiss 109

¹⁷⁴ Direktiv 2014/24/EU artikkel 72(1)(c)(i)

¹⁷⁵ Goller (2012) s. 46

¹⁷⁶ Direktiv 2014/24/EU, fortalens premiss 109

¹⁷⁷ Direktiv 2014/24/EU artikkel 72(1)(c)(ii)

¹⁷⁸ Arrowsmith (2014) s. 600

¹⁷⁹ Direktiv 2014/24/EU, fortalens premiss 109

¹⁸⁰ Direktiv 2014/24/EU artikkel 72(1)(c)(iii)

selv om prisen av disse til sammen er mer enn 50 % av opprinnelig kontraktsverdi.¹⁸¹ Slike suksessive endringer skal imidlertid ikke brukes for å omgå bestemmelsene i direktivet.

Artikkel 72(1) bokstav c inneholder ingen henvisning til at den økonomiske balansen i kontrakten må forbli den samme etter endringen. Dette på grunn av at den originale kontrakten ble tildelt ved konkurranse. Det ble ikke endringen. Man kan da ikke forvente at endringene, som det i ettertid forhandles om, vil lede til en kontrakt som viderefører den økonomiske balansen etter den opprinnelige kontrakten. Det kan imidlertid tenkes begrensinger i endringen av den økonomiske balansen basert på forholdsmessighetsprinsippet. For eksempel ved kun å godta endringer som er nødvendige for å oppnå en tilfredsstillende avtale for leverandør og oppdragsgiver.¹⁸²

Leverandøren må kunne forvente å oppnå en høyere fortjeneste, ved å tilpasse seg oppdragsgivers situasjon som følge av de uforutsette omstendighetene. Dersom muligheten for å avtale tilleggsleveranser var betinget av at den økonomiske balansen forble den samme, hadde ikke regelen fått en praktisk betydning. Tilleggsleveranser vil alltid medføre en økonomisk fordel for leverandør.¹⁸³ Ut i fra disse betraktningene, kan det antas at artikkel 72(4) bokstav b må tolkes noe utvidende for tilleggsleveranser som fører til en økonomisk fordel for leverandør.

Når det gjelder artikkel 72(1) bokstav b og c, vil disse i stor grad overlappe hverandre. Grunnen til dette er at tilleggsleveranser ofte nødvendiggjøres som følger av uforutsette omstendigheter.¹⁸⁴ Imidlertid vil regelen om tilleggsleveranser også kunne brukes når omstendigheten kunne forutses, men hvor oppdragsgiver overså disse.¹⁸⁵

5.3.1.4 Endring av kontraktspart – bokstav d

Artikkel 72(1) bokstav d oppstiller regel angående endring av kontraktspart. Det kan tenkes at regelen også kan få betydning ved bytte av oppdragsgiver.¹⁸⁶ Endring av kontraktspart kan skje uten at dette utgjør en ny kontrakt hvor dette fremgår av en utvetydig endringsklausul jf. bestemmelsens punkt (i). Klausulen må oppfylle kravene til endringsklausuler som fremgår av artikkel 72(1) bokstav a. Den må dermed være klar, presis og utvetydig. Videre er det oppstilt vilkår om at endringens omfang, natur og vilkår for å benytte retten må fremgå av klausulen.

¹⁸¹ Arrowsmith (2014) s. 601

¹⁸² Arrowsmith (2014) s. 601

¹⁸³ Arrowsmith (2014) s. 601

¹⁸⁴ Arrowsmith (2014) s. 601

¹⁸⁵ Arrowsmith (2014) s. 602

¹⁸⁶ Arrowsmith (2014) s. 602

Regelen som oppstilles, er meget vid. Ut fra ordlyden kan partene avtale at oppdragsgiver kan foreta et leverandørbytte i alle situasjoner og på hvilken som helst bakgrunn, så lenge dette er angitt på forhånd. Dette medfører at man ikke kan kontrollere prosessen for valg av ny leverandør så lenge prosedyren og kriteriene for valget fremgår av kontraktens klausul. Det må imidlertid forstås slik at oppdragsgivers aktive rolle i prosessen er begrenset til å kunne nedlegge veto mot en leverandør han allikevel kunne avvist etter regelverket. Det kan også tenkes at proporsjonalitetsprinsippet setter grenser for om man kan innta en slik klausul, og oppstille grenser for hvilke endringer man kan gjøre i følge klausulen.¹⁸⁷

Videre er det tillatt å foreta et leverandørbytte hvor skiftet følger av en restrukturering eller lignende jf punkt (ii). Regelen dekker de situasjoner hvor leverandørens rettslige identitet endres, men hvor den i realiteten er uforandret.¹⁸⁸ Strukturelle endringer bør ikke automatisk føre til at endringen anses som vesentlig.¹⁸⁹ Regelen kommer kun til anvendelse hvor den nye leverandøren oppfyller den opprinnelige konkurransens kvalifikasjonskrav.¹⁹⁰ Regelen skal ikke benyttes som virkemiddel for å omgå reglene i direktivet.

Det er i følge punkt (iii) tillatt å foreta leverandørbytte hvor oppdragsgiver tar på seg hovedleverandøren sine forpliktelser i forhold til underleverandør. Et vilkår i disse tilfellene er at dette er tillatt etter nasjonal lovgivning.

Ved endring av kontraktspart kan man problematisere hvorvidt artikkel 72(1) bokstav d uttømmende hjemler de endringer man kan foreta seg. Artikkel 72(5) taler for en slik forståelse. Altså, at det ikke er tillatt å foreta leverandørbytte i andre tilfeller enn de som eksplisitt er hjemlet i artikkel 72(1) bokstav d. Det har imidlertid blitt uttalt at artikkel 72(5) gir uttrykk for et prinsipp, ikke en regel, og dermed ikke gir en uttømmende anvisning. En slik forståelse kan også støttes ved at direktivet ikke kommer til anvendelse hvor leverandøren ikke er «chosen by» oppdragsgiver jf artikkel 1(2). Hvor oppdragsgiver ikke er involvert i endringen av kontraktspart, kan man dermed anse endringen for å falle utenfor direktivets anvendelsesområde.¹⁹¹

¹⁸⁷ Arrowsmith (2014) s. 603

¹⁸⁸ Arrowsmith (2014) s. 603

¹⁸⁹ Direktiv 2014/24/EU, fortalens premiss 110

¹⁹⁰ Arrowsmith (2014) s. 603

¹⁹¹ Arrowsmith (2014) s. 604

Artikkel 72(1) bokstav e gir uttrykk for at det er tillatt å foreta endringer som ikke er vesentlige etter artikkel 72(4). Regelen gir uttrykk for det generelle prinsippet om at endringer som ikke er vesentlige, ikke utgjør en ny kontrakt.

5.3.2 Artikkel 72(2) - endringer som er tillatt, uavhengig av om endringen er vesentlig etter artikkel 72(4)

Artikkel 72(2) medfører en klar regel hva gjelder relativt små endringer i kontrakten. Regelen er ny av direktivet. Regelen tillater at det foretas mindre endringer i kontrakten, uten at det må gjennomføres en ny konkurranse.¹⁹² Dersom endringens verdi ikke overstiger oppstilte prosentvise begrensninger, nødvendiggjør den ikke en ny konkurranse. Regler om slike relativt små endringer er omtalt som «de minimis»-regler. Endringer som overstiger verdiene nødvendiggjør imidlertid ny konkurranse, i den utstrekning endringen ikke er tillatt etter de andre bestemmelsene i direktivet.

Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår som må være oppfylt for at man kan foreta endring etter regelen. For det første må endringen ikke føre til at terskelverdiene i artikkel 4 i direktivet overskrides. For det andre må verdien av endringen være mindre enn 10 % for vare- og tjenestekontrakter og mindre enn 15 % for bygge- og anleggskontrakter. Verdien av endringen beregnes med utgangspunkt i den opprinnelige kontraktsverdien.

Når det foretas flere endringer i kontrakten, er det den samlede verdien som ikke kan overstige de overnevnte prosentbegrensningene. Som et eksempel kan man se for seg en oppdragsgiver som inngår en tjenestekontrakt med en leverandør. I ettertid endres kontrakten, endringens verdi er på 6 %. Noen måneder senere endres kontrakten igjen, denne gangen er også endringens verdi på 6 %. Selv om verdiene av endringene isolert sett er under tillatte prosentbegrensning, utgjør endringens verdi til sammen 12 % av opprinnelig kontraktsverdi. Disse endringene vil da ikke være tillatt å foreta da endringene overskrider prosentbegrensningen i artikkel 72(2)(ii).

Endringer som kan hjemles i artikkel 72(2), utgjør ikke en ny kontrakt, uavhengig av om endringen er vesentlig etter artikkel 72(4). I følge bestemmelsen trenger ikke oppdragsgiver å sannsynliggjøre at endringen ikke er vesentlig etter 72(4) bokstav a - d. Man anser i disse tilfellene at endringen ikke utgjør en ny kontrakt, selv om et av typetilfellene i 72(4) forelig-

¹⁹² Arrowsmith (2014) s. 598

ger.¹⁹³ Dersom endringens verdi ikke overstiger verdibegrensningene i artikkel 72(2) trenger man altså ikke vurdere endringen opp mot artikkel 72(4).

Man kan igjen se for seg en oppdragsgiver som inngår en tjenestekontrakt med en leverandør. Kontrakten endres etter signering. Endringen fører til at den økonomiske balansen forandres til fordel for leverandøren ved at han mottar et større vederlag. Som utgangspunkt er dermed endringen ikke tillatt i følge artikkel 72(4)(iii). Dersom endringens verdi ikke overstiger 10 % av den opprinnelige kontraktsverdien samt terskelverdiene i artikkel 4, er endringen allikevel tillatt etter artikkel 72(2).

5.3.2.1 Kontraktens overordnede natur

Artikkel 72(2) oppstiller et ytterligere vilkår om at endringen ikke fører til at kontraktens overordnede natur endres. En naturlig språklig forståelse av «kontraktens karakter» må forstås som de sentrale elementer ved kontrakten. Reelle hensyn taler også for en slik forståelse. Karakteren vil anses som endret dersom det skjer endring i kontraktsgjenstand, forpliktelser, arten av kontrakten eller endringer hva gjelder andre sentrale elementer i avtalen. Begrensningen i endringsadgangen skal sikre likebehandling da det er sannsynlig at slike endringer vil tiltrekke nye leverandører.¹⁹⁴ Derfor er det ikke tillatt å endre kontrakten på denne måten, uten å foreta en ny konkurranse.

For å illustrere begrensningen kan man se for seg en tjenestekontrakt mellom oppdragsgiver og leverandør. Leverandøren er et konsulenthus som arbeider med rådgivning innenfor skatt og investeringer. Kontrakten mellom dem omhandler rådgivningstjenester angående skatt. Partene endrer i ettertid kontrakten til også å omhandle noe rådgivning hva gjelder investeringer. Endringens verdi er kun på 5 % av den opprinnelige kontraktsverdien. Således er endringen innenfor det som er tillatt etter artikkel 72(2). I dette tilfellet har kontrakten imidlertid gått fra å være en rådgivningsavtale for skattespørsmål, til og også omhandle investeringer. Med dette har kontraktens karakter endret. Endringen er ikke tillatt etter 72(2).

5.3.3 Artikkel 72(3) - beregning

Artikkel 72(3) gir uttrykk for hvordan prisene skal beregnes etter artikkel 72(1) og artikkel 72(2) bokstav b og c. «Price» må i bestemmelsen bety opprinnelig kontraktsverdi. Videre sier bestemmelsen at det er den oppdaterte prisen som skal være utgangspunkt for beregningen.

¹⁹³ Arrowsmith (2014) s. 598

¹⁹⁴ Arrowsmith (2014) s. 599

Dersom kontrakten inneholder en endringsklausul, legges verdien av denne til den opprinnelige kontraktsverdien for å finne riktig beregningsgrunnlag.¹⁹⁵

5.3.4 Artikkel 72(4) - læren om vesentlige endringer

Regelen oppstiller det klare utgangspunktet om at det ikke er tillatt å foreta endringer som er vesentlige. Dersom endringen er vesentlig, er virkningen av dette at endringen anses for å utgjøre en ny kontrakt. Bestemmelsens første ledd gir anvisning på når en endring er vesentlig i henhold til artikkel 72(1) bokstav e. Det er tillatt å foreta endringer, så lenge de ikke er vesentlige hva gjelder kontraktens verdi. Artikkel 72(4) første ledd gir uttrykk for at endring er vesentlig i forhold til artikkel 72(1) bokstav e når kontrakten materielt sett blir annerledes enn den opprinnelige kontrakten.

Bestemmelsens annet ledd bokstav a - d oppstiller typetilfeller som anses som vesentlig. Disse anses alltid å utgjøre en vesentlig endring i kontrakten.¹⁹⁶ En endring er vesentlig dersom den kan ha påvirket konkurransen. Dette ved at andre leverandører ville ha deltatt i konkurransen, eller ved at en annen leverandør vant konkurransen. Videre er en endring vesentlig dersom den fører til en forandring i den økonomiske balansen mellom partene, til fordel for leverandøren. Endringen er vesentlig om den utvider avtaleomfanget vesentlig. Videre medfører endring i kontraktspart en vesentlig endring.¹⁹⁷ Når det gjelder disse typetilfellenes rettslige innhold, viser jeg til redegjørelsen i punkt 4.2.1.2.

5.3.4.1 Betydningen av artikkel 72(2)

Dersom endringen ikke overstiger verdiene i artikkel 72(2), behøver ikke oppdragsgiver vurdere om endringen er vesentlig etter artikkel 72(4). I det følgende vil jeg redegjøre for hvordan artikkel 72(2) vil påvirke de ulike typetilfellene i artikkel 72(4).

Når det gjelder artikkel 72(4) bokstav a, om endringer som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, fører bestemmelsen i artikkel 72(2) til en fornuftig, forutberegnelig og klar rettstilstand. Dersom endringens verdi ikke overstiger grensene oppstilt i artikkel 72(2), utgjør dette ikke en vesentlig endring etter artikkel 72(4) bokstav a. Når endringen har såpass lav verdi som oppstilt i artikkel 72(2), må det anses som usannsynlig at den har påvirket utfallet av konkurransen. Det er dermed fornuftig å anse alle slike endringer som uvesentlige. Man kan imidlertid ikke fatte den slutning at alle endringer som overstiger verdiene i artikkel 72(2),

¹⁹⁵ Arrowsmith (2014) s. 598

¹⁹⁶ Arrowsmith (2014) s. 597

¹⁹⁷ Direktiv 2014/24/EU artikkel 72(4)

automatisk fører til at endringen anses for å ha kunnet påvirke konkurransens utfall. Det kan oppstå mange tilfeller hvor endringen overstiger verdiene i artikkel 72(2), uten at endringen har en slik påvirkning.¹⁹⁸

Som eksempel på endring som overstiger verdiene i artikkel 72(2), som ikke har påvirket konkurransen, kan man se for seg varekontrakt mellom Oslo kommune og leverandør av kontorstoler. Kontrakten omhandler gule kontorstoler. Leverandøren som kommunen inngikk kontrakt med, var den eneste som inngav tilbud på grunn av sin enestående fabrikk for fargede plastdeler. Etter signering endrer kommunen og leverandøren kontrakten, endringens verdi er 20 % av opprinnelig kontraktsverdi. Endring av varekontrakter må være under 10 % for å oppfylle vilkåret i artikkel 72(2)(ii). Selv om denne endringen ikke kan hjemles i artikkel 72(2), er det heller ikke gitt at den automatisk er vesentlig etter artikkel 72(4) bokstav a. Endringen har ikke påvirket konkurransen, da leverandøren som vant konkurransen, var den eneste som kunne tilby ønsket vare. Det at kontrakten får et større omfang, fører ikke til at en annen leverandør kunne ha deltatt, eller at et annet tilbud kunne ha blitt valgt. Derfor kan man ikke trekke slutning om at endringer som overstiger verdiene i artikkel 72(2), automatisk anses for å påvirke konkurransen etter artikkel 72(4) bokstav a.

Artikkel 72(4) bokstav b gir uttrykk for at en endring er vesentlig dersom den økonomiske balansen i kontrakten forandres til fordel for leverandøren. Endringen kan ikke føre til at leverandøren oppnår en økonomisk fordel, for eksempel ved høyere vederlag, større rabatt osv, uten at det i tillegg pålegges tilsvarende forpliktelse. Artikkel 72(2) muliggjør en slik fordel, så lenge endringens verdi ikke overstiger de oppstilte verdiene. Regelen medfører dermed en mulighet for at leverandøren oppnår en økonomisk fordel som ikke nødvendigvis er forholdsmessig i forhold til den forpliktelsen leverandøren påtar seg ved endringen. Dette er et betydelig smutthull i regelverket.¹⁹⁹

Vi kan her se for oss en omfattende varekontrakt hvor Molde kommune har kjøpt inn datamaskiner for 10 millioner kroner av leverandøren DELL. Kontrakten endres etter signering, endringens verdi er på 900 000 kroner, altså 9 % av opprinnelig kontraktsverdi. Endringer er innenfor det som er tillatt etter artikkel 72(2). Allikevel er endringen av betydelig størrelsesorden. At de potensielle leverandørene ikke fikk konkurrert om endringen, strider mot prinsippet om konkurranse og likhet. Problemet kan løses ved å anse store fordeler for leverandør som en endring i kontraktens overordnede karakter, og dermed falle inn under begrensningen i artikkel 72(2) siste ledd. En slik endring vil også stride mot proporsjonalitetsprinsippet.

¹⁹⁸ Arrowsmith (2014) s. 598

¹⁹⁹ Arrowsmith (2014) s. 599

Hensynet til likebehandling tilsier at adgangen for leverandør å oppnå en økonomisk fordel ved endring skal være begrenset. Dermed bør, etter min vurdering, endringer til leverandørens økonomiske fordel som overstiger verdiene i artikkel 72(2) automatisk anses å være vesentlige etter artikkel 72(4) bokstav b.

Artikkel 72(4) bokstav c omhandler tilfeller hvor kontraktens omfang vesentlig utvides, slike endringer anses som vesentlige. Artikkel 72(2) fører i disse tilfellene også til en rettslig klarhet. Dersom endringens verdi ikke overstiger grensene oppstilt i artikkel 72(2), anses ikke endringen for å utgjøre en ny kontrakt, selv om endringen fører til at omfanget av kontrakten blir vesentlig utvidet etter artikkel 72(4) bokstav c.

I disse tilfellene er det imidlertid ikke klart hvorvidt endringer som overstiger verdiene oppstilt i artikkel 72(2), automatisk skal anses som en vesentlig utvidelse av kontraktens omfang etter artikkel 72(4) bokstav c. Dersom endringen overstiger verdiene oppstilt i 72(2), må man i hver enkelt sak foreta en konkret vurdering av om utvidelsen av kontraktens omfang er vesentlig. Denne vurderingen må bero på kvalitative og kvantitative momenter.

Hvorvidt en endring som overstiger verdiene i artikkel 72(2) generelt sett automatisk er vesentlig er ikke regulert i bestemmelsens ordlyd. Dersom det var ønskelig å innta en slik løsning, kunne man innført en regel med slikt innhold.²⁰⁰ Som generelt utgangspunkt må dermed endringer over verdiene ikke automatisk anses som vesentlige og vurderingen må foretas konkret i hver sak. Denne tilnærmingen er etter min mening fornuftig hva gjelder artikkel 72(4) bokstav a og c. Som redegjort for over, mener jeg imidlertid at mye taler for at slike endringer automatisk må anses som vesentlig i forbindelse med artikkel 72(4) bokstav b.

Endring av kontraktspart utgjør etter artikkel 72(4) bokstav d en vesentlig endring. Artikkel 72(2) kommer, etter mitt skjønn, ikke til anvendelse ved endring av kontraktspart. Regelen i artikkel 72(2) oppstiller en grense for hvilke kvantitative endringer som kan foretas. Når kontraktsparten endres, foretas ikke en slik endring, men en endring i partskonstellasjonen i kontrakten.

²⁰⁰ Arrowsmith (2014) s. 599

5.3.5 Artikkel 72(5) - virkninger av at det foretas endring som ikke er hjemlet i artikkel 72(1) og (2)

I følge artikkel 72(5) må det gjennomføres en ny konkurranse hvor det foretas endringer som ikke kan hjemles i artikkel 72(1) og (2). Rettsområdet offentlige anskaffelser er imidlertid i stadig utvikling. Det vil dermed kunne oppstå endringstyper og behov, som man enda ikke har regulert i rettspraksis. At disse automatisk skal anses for å nødvendiggjøre en ny konkurranse, er dermed ikke nødvendigvis hensiktsmessig. Derfor har man i juridisk litteratur tatt til ordet for at bestemmelsen gir uttrykk for et prinsipp, ikke en regel uten unntak.²⁰¹

5.4 Konklusjon

Konklusjonen på problemstillingen i denne delen av oppgaven er at man etter direktivet kan foreta endringer som ikke er vesentlige. Artikkelen oppstiller også regler om endringer det er tillatt å foreta. Videre er det tillatt å foreta mindre endringer, selv om disse anses som vesentlige, dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

²⁰¹ Arrowsmith (2014) s. 602

6 Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser

6.1 Innledning

For å kunne svare på hvorvidt det er skjedd en forenkling og forandring av gjeldende rett, må det fastlegges hvilken endringsadgang man har etter forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser.

Problemstillingen er hvilken endringsadgang man har etter forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser.

Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat omhandler departementets forslag til gjennomføring av direktiv 2014/24/EU i form av ny forskrift.²⁰² Den nye forskriften skal avløse forskrift av 7. april 2006 nr. 402 og ventes å tre i kraft høsten 2016.²⁰³ Jeg vil i det følgende omhandle forslag til ny forskrift som «forskriften».

Forskriften implementerer direktivets artikkel 72 inn i det norske regelverket. Regelen er, som direktivet, en kodifisering av rettspraksis, samt en videreutvikling av læren om vesentlige endringer.²⁰⁴ Regelen innfører enkelte nye elementer og angir typer av endringer som det er tillatt å foreta. Forskriftens §§ 23-1 til 23-3 er i stor grad en ren kodifisering av artikkel 72. Jeg vil behandle forskriftens innhold kort, ved å i hovedsak vise til behandlingen av artikkel 72 i punkt 5.3 av oppgaven. Dette for å hindre dobbeltbehandling.

6.2 Formål med forskriften

Formålet med forskriften er å gjennomføre direktiv 2014/24/EU i norsk rett. Formålene med direktivet som gjort rede for i punkt 5.2 må dermed også søkes gjennomført ved forskriften. Departementet har gitt uttrykk for at forskriften bør ha en slik utforming at den når frem til dem regelverket angår. Videre skal forskriften være lett tilgjengelig for både erfarne og uerfarne leverandører og innkjøpere.²⁰⁵

²⁰² Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 1

²⁰³ Regjeringen (2016a)

²⁰⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 3

²⁰⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 3

6.3 Forskriftens §§ 23-1, 23-2 og 23-3 - bestemmelsens innhold

I forskriften foreslås nytt kapittel 23, kapitlet består av fire paragrafer. I denne oppgaven vil jeg ta for meg §§ 23-1 – 23-3. Oppdragsgivers rett til oppsigelse fremgår av § 23-4, bestemmelsen faller utenfor oppgavens tema og vil derfor ikke behandles.

6.3.1 § 23-1 - endringer som følger av endringsklausul

Det er etter forskriften tillatt å foreta endringer som følger av endringsklausul. Etter ordlyden skal det fremgå klart av klausulen hvilke endringer som kan foretas, endringens omfang og på hvilke vilkår endringen kan gjennomføres. De krav som stilles til vedtakelsen av endringsklausuler er et uttrykk for de grunnleggende prinsippene som gjelder på anskaffelsesrettens område. Det er inntatt en begrensning i muligheten til å benytte endringsklausuler dersom endringen fører til at kontraktens karakter endres. Da bestemmelsen er en ren kodifisering av artikkel 72(1) bokstav a, viser jeg til min redegjørelse for denne i punkt 5.3.1.1 og legger til grunn at § 23-1 i forskriften skal forstås på samme måte.

6.3.2 § 23-2 - læren om vesentlige endringer

I følge bestemmelsen er det ikke tillatt å foreta vesentlige endringer i inngått kontrakt. En endring er vesentlig dersom den fører til at kontrakten materielt sett forandres og ved dette viser at partene ønsker å forhandle om grunnleggende elementer. Bestemmelsen angir fire typetilfeller som anses for å være vesentlige, disse er en ren kodifisering av rettspraksis.²⁰⁶

For det første er en endring vesentlig dersom den introduserer nye vilkår som dersom de var en del av den opprinnelige konkurransen, ville ført til deltakelse av andre potensielle leverandører eller at en annen leverandør ble tildelt kontrakten, jf bokstav a. I det videre omhandler jeg denne situasjonen som endringer som kunne ha påvirket konkurransens utfall. En endring er videre vesentlig om den forandrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandør, jf bokstav b. Videre er en endring vesentlig dersom en utvider kontraktens omfang betydelig, jf bokstav c. Endring av kontraktspart anses som en vesentlig endring dersom den ikke er foretatt med hjemmel i § 23-3(1) d. Forskriftens § 23-2 er en ren kodifisering av artikkel 72(4), og jeg viser til min redegjørelse for denne i punkt 5.3.4 og legger til grunn at bestemmelsen skal forstås på samme måte. Dette gjelder også for betydningen av § 23-3(2) ved de ulike typetilfellene i § 23-2 som redegjort for i punkt 5.3.4.1.

²⁰⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 33

6.3.3 § 23-3(1) - endringer som er tillatt, dersom endringen ikke er vesentlig etter § 23-2

Bestemmelsen angir hvilke endringer som er tillatt å foreta i inngått kontrakt. En endring er i følge bestemmelsen ikke vesentlig etter § 23-2 dersom et av vilkårene som oppstilles i § 23-3 bokstav a til d er oppfylt. Det er tillatt å foreta endringer som følger av en klausul, jf bokstav a. Videre er det tillatt å inngå avtale om tilleggsleveranser dersom vilkårene i bokstav b er oppfylt. I tillegg er det tillatt å foreta endringer som følger av uforutsette omstendigheter, så langt kontraktens overordnede karakter ikke forandres, jf bokstav c. Det er tillatt å foreta endring i kontraktspart dersom endringer følger av en omstrukturering. Den nye leverandøren må oppfylle kvalifikasjonskravene for den opprinnelige konkurransen, det kan ikke foretas andre vesentlige endringer i kontrakten og endringen skal ikke søke å omgå reglene i forskriften, jf bokstav d. Jeg viser her til min redegjørelse i punkt 5.3.1. Endringens verdi etter bokstav b og c må ikke overstige 50 % av den opprinnelige kontraktsverdien. Begrensningen gjelder for hver enkelt endring.

Det er også tillatt å inngå avtale om tilleggsytelse uten forutgående konkurranse etter forskriftens § 9-4. Bestemmelsens bokstav b gjelder for varekontrakter, og bokstav c for tjenestekontrakter samt bygge- og anleggskontrakter.

6.3.4 § 23-3(2) - endringer som er tillatt, uavhengig av om endringen er vesentlige etter § 23-2

Bestemmelsens annet ledd oppstiller en regel om at uavhengig av om endringen er vesentlig etter § 23-2, kan det foretas endringer dersom de ikke overstiger verdiene i annet ledd bokstav a og b. Regelen er en ren kodifisering av artikkel 72(2), og jeg viser til min redegjørelse for denne i punkt 5.3.2. Jeg legger til grunn at regelen i forskriften har samme innhold som regelen i direktivet.

6.4 Konklusjon

Konklusjonen problemstillingen i denne delen av oppgaven, er at man kan foreta endringer som kan hjemles i § 23-3. Det er ikke tillatt å foreta vesentlige endringer i følge § 23-2.

7 Sammenligning

For å kunne svare på problemstillingen oppgaven reiser, må gjeldende rett sammenlignes med reglene i direktiv og forslag til ny forskrift. Ved å gjøre dette, kan man fastslå hvorvidt det er skjedd en forandring og forenkling av gjeldende rett.

7.1 Endringsadgangen etter gjeldende rett sammenlignet med direktiv 2014/24/EU artikkel 72 og forskriftens §§ 23-1 - 23-3

Problemstillingen blir i dette punktet av oppgaven om endringsadgangen etter gjeldende rett er forandret og forenklet ved nytt direktiv og forslag om ny forskrift.

7.1.1 Reglens innhold

Etter gjeldende rett er det ikke tillatt å foreta endringer som kan ha *påvirket konkurransen*. Regelen er videreført i direktivets artikkel 72(4) bokstav a og forskriftens § 23-2(2) a. Det er videre etter gjeldende rett ikke tillatt å foreta endringer som *utvider avtalens omfang* vesentlig. Denne reglen er videreført i artikkel 72(4) bokstav c og forskriftens § 23-2(2) bokstav c. Endringer som forandrer den *økonomiske balansen* til fordel for leverandør er ikke tillatt å foreta etter gjeldende rett. Dette er heller ikke tillatt etter direktivets artikkel 72(4) bokstav b og forskriftens § 23-2(2) bokstav b. Det er etter gjeldende rett, artikkel 72(4) bokstav d og forskriftens § 23-2(2) bokstav d et klart utgangspunkt om at endring i *kontraktspart* ikke er tillatt. Det er imidlertid inntatt unntak i gjeldende rett hvor endringen foranlediges av en omstrukturering, konkurs med videre som oppdragsgiver ikke kan påvirke. Denne regelen er nå kodifisert i artikkel 72(1) bokstav d og forskriftens § 23-3(1) bokstav d, som eksplisitt gir uttrykk for at en endring i disse tilfellene er tillatt.

Fra artikkel 72(4) som hjemler de fire overnevnte typene av vesentlige endringer, oppstiller artikkel 72(2) nå et unntak. Det samme unntaket er inntatt i forskriftens § 23-3(2). Reglene er nye av direktivet og forskriften og har ikke fremgått av gjeldende rett. Dersom endringen ikke overstiger verdiene som er oppstilt, samt ikke forandrer kontraktens overordnede karakter, kan endringen fortas, selv om den anses som vesentlig etter artikkel 72(4) og forskriftens § 23-2.

Når det gjelder endring av kontraktspart gjelder artikkel 72(1) bokstav d og 72(4) bokstav d kun for «contractor». Forskriftens §§ 23-2(2) bokstav d og 23-3(1) bokstav d gjelder for endring av «leverandør». Bytte av *underleverandør* er altså ikke regulert i direktivet og forskriften. Rettstilstanden for endring av underleverandør må dermed fortsatt reguleres av gjeldende

rett. En endring er i hovedsak tillatt med mindre underleverandøren var utslagsgivende for oppdragsgivers valg av leverandør. Jeg viser her til redegjørelsen i punkt 4.3.6.

Dersom det etter gjeldende rett foretas *prisendring* i kontrakten, må denne som utgangspunkt anses å utgjøre en vesentlig endring. Selv små justeringer vil anses som vesentlige, jeg viser her til redegjørelsen i punkt 4.3.1. Artikkel 72(2) og forskriftens § 23-3(2) oppstiller imidlertid mulighet for å foreta prisendringer under de oppstilte verdiene. Det er dermed større adgang til å foreta endringer i pris etter det nye direktivet og forskriften.

Det er etter gjeldende rett tillatt å foreta endring som fremgår av en klar, presis og utvetydig *endringsklausul*. Regelen fremgår nå eksplisitt av artikkel 72(1) bokstav a og forskriftens § 23-1. Reglen er imidlertid begrenset hvor endringen fører til at kontraktens overordnede karakter forandres. Regelen etter gjeldende rett er begrenset ved at klausulen ikke skal stride mot de grunnleggende prinsippene. Dette må være tilfellet også for bestemmelsene i direktivet og forskriften. Etter min mening utgjør imidlertid begrensingen av kontraktens karakter en større begrensning enn de grunnleggende prinsippene. Det kan dermed tenkes at endringsadgangen som følger av klausul etter direktivet og forskriften, er mer begrenset enn etter gjeldende rett.

Endringer som innebærer *forlengelse av kontraktperioden* er som utgangspunkt ikke tillatt etter gjeldende rett. Det er imidlertid av EU-domstolen åpnet for mindre utvidelser av perioden. Direktivets artikkel 72(2) og forskriftens § 23-3(2) tillater imidlertid eksplisitt forlengelse av kontraktperioden, så lenge verdien av denne ikke overstiger verdiene i bestemmelsen.

Når det gjelder avtaler om *tilleggsytelser* anses slike for å utgjøre nye kontrakter etter gjeldende rett.²⁰⁷ I noen tilfeller er det imidlertid et saklig behov for å benytte slike, og dette bør godtas hvor de har en funksjonsmessig og kommersiell sammenheng med den opprinnelige avtalen.²⁰⁸ I det nye direktivet er det tillatt å avtale tilleggsytelser, dersom vilkårene i artikkel 72(1) bokstav b er oppfylt. Jeg viser her til min redegjørelse i punkt 5.3.1.2. Den samme regelen er inntatt i forskriftens § 23-3(1) bokstav b. Muligheten kan kun benyttes dersom bestemmelsenes to vilkår er oppfylt, samt hvor prisen av endringen ikke overstiger 50 % av den opprinnelige kontrakten. Det kan også inngås avtaler om tilleggsleveranser ved konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring. Bestemmelsen fremgår av § 14-4 i dagens forskrift og artikkel 32 i direktivet. Forslag til ny forskrift inneholder bestemmelse om at slike avtaler kan inngås, uten noen form for konkurranse jf § 9-4.

²⁰⁷ Dragsten (2013) s. 745

²⁰⁸ Dragsten (2013) s. 742

Etter gjeldende rett kan *kontraktsomfang* endres dersom kontraktens karakter tilsier det. Spesielt taler komplekse og langvarige kontrakter for en slik adgang. Regelen etter gjeldende rett er imidlertid begrenset hvor endringen fører til at kontraktens overordnede karakter endres, jeg viser her til punkt 4.3.4. Etter direktivet kan man foreta utvidelser i omfanget, så lenge disse oppfyller vilkårene i artikkel 72(2). Regelen er inntatt i forskriftens § 23-3(2). Dersom endringen ikke oppfyller vilkårene, må det vurderes om endringen er vesentlig.

Endringer som følger av *uforutsette omstendigheter* må som hovedregel godtas etter gjeldende rett. I direktivet er retten begrenset til de tilfellene hvor kontraktens overordnede karakter ikke forandres og hvor endringens pris ikke overstiger 50 % av opprinnelig avtaleverdi jf artikkel 72(1) bokstav c. Samme regel er inntatt i forskriftens § 23-3(1) bokstav c. I disse tilfellene går direktivet lengre enn gjeldende rett. Bestemmelsen oppstiller klare vilkår og en prosentvis begrensning.

7.1.2 Har det skjedd en forandring?

Artikkel 72(2) og forskriftens § 23-3(2) fremstår for meg, som den største forandringen fra gjeldende rett. Denne vil få stor praktisk betydning ved mindre endringer som anses som vesentlige etter artikkel 72(4) og forskriftens § 23-2. Regelen er ny av direktiv og forslag om ny forskrift. Det har tidligere vært tale om så kalte «de minimis» regler, uten at disse har utviklet seg til å være gjeldende rett. Reglen er begrenset ved at kontraktens overordnede karakter ikke kan forandres ved endringen.

Når det gjelder endringer som følger av *uforutsette omstendigheter* fører direktivet og forskriften også til en forandring. Det er etter reglene tillatt å foreta slike endringer, dersom vilkårene oppstilt er oppfylt. Reglene har inntatt begrensning dersom prisen av endringen overstiger 50 % av opprinnelig kontraktsverdi.

7.1.3 Har det skjedd en forenkling?

Regelen fremgår nå av direktiv og forskrift. Disse kildene er lett tilgjengelig for rettsanvender og for rettighetshavere etter regelverket. Spesielt for rettsanvendere som er ukjent på rettsområdet offentlige anskaffelser, da det er enklere å tilegne seg informasjon fra en skriftlig vedtatt kilde, enn forskjellig rettspraksis.

Bestemmelsens hovedregel fremgår i direktivet av artikkel 72(1). Denne oppstiller hvilke endringer det er tillatt å foreta seg etter kontraktsinngåelse. Fra denne hovedregelen oppstiller artikkel 72(4) et unntak. Man kan ikke foreta endringer som er vesentlige. Bestemmelsene

oppstiller til sammen en klar regel med et bestemt innhold. Bestemmelsens oppbygning er etter mitt skjønn fornuftig, og gir klar anvisning på hva som er tillatt, og hva som ikke er tillatt. Det oppstilles en positivrettslig hovedregel som begrenses av unntaket om læren om vesentlige endringer. Bestemmelsens oppbygning fører etter mitt skjønn til en forenkling av regelverket da man har regulert både de endringer som er tillatt, og de som ikke er det.

Forskriften er ikke bygget opp på samme måte som direktivet. Endringene som er tillatt angis i direktivets artikkel 72 første og annet ledd, mens endringene som ikke er tillatt angis i etterfølgende fjerde ledd. Oppbygningen er motsatt i forskriften. Når det gjelder regelens oppbygning, mener jeg at direktivet har mer for seg enn forskriften. Med det sagt, har nok ikke oppbygningen betydning for regelens innhold, som er lik etter forskriften og direktivet.

Prosentvise begrensninger er innført i direktivet og i forskriften. Herunder i artikkel 72(1) bokstav b og c samt artikkel 72(2), videre i forskriftens § 23-3(1) bokstav b og c og § 23-3(2). Reglene oppstiller klare og forutberegnelige regler. Prosentbegrensninger er enkle å forholde seg til og oppstiller en absolutt skranke for endringenes omfang. Endringens verdi kan enkelt «måles» i prosent basert på opprinnelig kontraktsverdi, og man kan på endringstidspunktet vurdere hvorvidt man er innenfor regelverket eller ikke. Endringen kan måles av oppdragsgiver selv, for å kontrollere at man holder seg innenfor regelverket til en hver tid. Samtidig er det enkelt for potensielle leverandører å finne ut om det har skjedd brudd på regelverket. Reglene kan anvendes på ulike typer kontakter, både hva gjelder art og omfang. Bestemmelsene medfører en klar regel for mindre endringer. Reglene utgjør, etter min skjønn, den største forenklingen av gjeldende rett.

Imidlertid er endringsadgangen begrenset for endringer som fører til at kontraktens overordnede karakter endres. Det vil si at dersom en endring er innenfor de prosentvise grensene som oppstilles, er de likevel ikke tillatt å foreta endringen dersom karakteren av kontrakten endres. Hvorvidt kontraktens overordnede karakter endres, beror på en meget skjønnsmessig vurdering. Vurderingen må gjøres ved å sammenligne kontrakten slik den fremstår i konkurransegrunnlaget, med kontraktens innhold etter signering. Da den «overordnede» karakteren ikke kan endres, må dette bety at kontraktens karakter som sådan kan endres, så lenge den overordnet framstår som den samme. Hva som er en kontrakts overordnet karakter er ikke lett å gi et klart svar på.

Vurderingen må bero på kontraktens art, størrelsesorden, omfang, viktighet osv. Etter min vurdering taler mye for at endringer i kontraktsarten som regel vil medføre en endring av kontraktens overordnede karakter. For eksempel ved at en kontrakt går fra å være en tjenestekontrakt til en varekontrakt. Ellers taler forholdsmessighetsprinsippet for at endringer i kontraktsomfanget kan medføre en endring i den overordnede karakteren av kontrakten. Dette på

tross av at de konkrete begrensningene i regelverket er overhold. En endring kan anses for uforholdsmessig, selv om den ikke overstiger verdiene som er oppstilt. Ellers er vurderingen av om kontraktens overordnede karakter er endret, vanskelig, skjønnsmessig og tidkrevende. Vurderingen er dermed ikke helt ulik vurderingen av hvorvidt en endring er «vesentlig» etter den ulovfestede læren.

Regelverket har oppstilt klare, enkle regler som begrenses av en skjønnsmessig og komplisert vurdering av kontraktens karakter. En konkret og skjønnsmessig vurdering må altså fortsatt gjøres for å vurdere om endringen er lovlig eller ikke.

7.2 Konklusjon på overordnet problemstilling

Problemstillingen i denne avhandlingen er om endringsadgangen etter gjeldende rett er forenklet og forandret ved direktiv 2014/24/EU og ny forskrift om offentlige anskaffelser.

Konklusjonen er at endringsadgangen er noe forenklet og forandret. Dette ved at det regulert hvilke endringer som er tillatt å foreta i kontraktsfasen. Særlig fører «de-minimis» regelen om mindre endringer som er tillatt, selv om endringen er vesentlig til en forandring og forenkling av gjeldende rett.

Kildeliste

Lovgivning og forarbeid:

Lover:

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

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (LOA)

Direktiv:

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, 26. februar 2014

Forskrifter:

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

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

Forarbeider:

NOU 1997:21	Offentlige anskaffelser
Ot.prp.nr. 71 (1997-1998)	Om lov om offentlige anskaffelser
Ot.prp.nr. 62 (2006-2006)	Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
NOU 2014:4	Enklere regler – bedre anskaffelser, forenkling av det norske anskaffelsesregelverket
Prop. 51 L (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser

Rettspraksis og nemndsavgjørelser:

Norsk Rettstidende:

Rt 1998 s. 946

Rt 2008 s. 982

EU-domstolen:

Sak C-107/98 Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (Teckal) 18. november 1999

Sak C-337/98 Kommisjonen mot Frankrike (Matra) 5. oktober 2000

Sak C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne (Concordia Bus) 17. september 2002

Sak C-496/99 Kommisjonen mot CAS Succhi di Frutta (CAS Succhi di Frutta) 29. april 2004

Sak C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund) (Presstext) 19. juni 2008

Sak C-91/08 Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (Wall) 13. april 2010

Sak C-423/07 Kommisjonen mot Spania 22. april 2010

Sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland 29. april 2010

Avgjørelser fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA):

Sak nr. 2004/16 Ementor Norge AS mot Helsebygg Midt-Norge (EMENTOR)
13. februar 2004

Sak nr. 2004/14 ANI bil AS mot Sogn og Fjordane fylkeskommune (ANI bil)
29. september 2004

Sak nr. 2008/217 Asle Eidsvold AS og Midt-Telemark Entreprenør AS mot Nome kommune (Asle Eidsvold) 20. juli 2009

Sak nr 2009/42 Næringslivets hovedorganisasjon (NHO) mot Forsvarsbygg (Forsvarsbygg)
12. august 2009

Sak nr. 2008/205 Raufoss Taxi ANS mot Sykehuset Innlandet HF m.fl (Raufoss Taxi)
18. august 2009

Sak nr 2010/68 Jørn Bekkevold Gårdsdrift mot Drammen kommune
(Jørn Bekkevold Gårdsdrift) 3. mai 2010

Sak nr 2010/179 Thore Magnussen og sønn AS mot Vestvågøy kommune
(Thore Magnussen og sønn) 6. januar 2011

Sak nr 2010/212 Norske Laboratorieleverandørers Forening mot Helse Bergen HF
(Norsk Laboratorieleverandørers Forening) 14. mars 2011

Sak nr 2011/8 Nils Berner mot Oppedgård kommune (Nils Berner) 4. juli 2011

Juridisk teori:

- Aasbrenn (2012) Aasbrenn, Gjermund, Offentlige anskaffelser – Hvilke endringer kan vi gjøre i inngåtte kontrakter? *Institutt for privatrett, skriftserie 190/2012*
- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, 3. utg., 2014
- Direktoratet for IKT og forvaltning (2016) Direktoratet for IKT og forvaltning, *Definisjoner–BAE* (2016), <http://www.anskaffelser.no/bygg-anlegg-og-eiendom-bae/temaer-bae/definisjoner> [sitert 1.2.2016]
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, 2013
- Eckhoff (2000) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, 2000
- Goller (2012) Goller, Morten og Karoline S. Kreyberg, «Vesentlig endring i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser» *Tidsskrift for forretningsjus (TFF)*, 2012-1, s. 38-66 (sitert fra www.rettsdata.no)

- Goller (2014) Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hel-
lenes Ekre, Alf Amund Gulsvik m.fl, *Anskaffelsesrett i
et nøtteskall*, 2014
- Klagenemnda for offentlige anskaf- Klagenemnda for offentlige anskaffelser, *Kva er Klage-
felser (2015)* nemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)? (2015)
<http://www.kofa.no/no/om/> [sitert 1.2.2016]
- Klagenemnda for offentlige anskaf- Klagenemnda for offentlige anskaffelser, *Nemndsmed-
felser (2015a)* lemmer (2015a)
<http://www.kofa.no/en/om/Nemndsmedlemmer/>
[sitert 1.2.2016]
- Konkurransetilsynet (2015) Konkurransetilsynet, *Klagenemnda for offentlege an-
skaffingar (KOFA)* (2015),
[http://www.konkurransetilsynet.no/nb-NO/om-
oss/klagenemnda-for-offentlege-anskaffingar-kofa/](http://www.konkurransetilsynet.no/nb-NO/om-oss/klagenemnda-for-offentlege-anskaffingar-kofa/)
[sitert 18.04.16]
- Krüger (2004) Krüger, Kai, «Autonomispørsmål ved offentlige anskaf-
felser. Hvor fritt står anskaffelsesmyndigheten?» I: Kar-
sten Naundrup Olesen og Michael Steinicke (red.): *Ud-
førelse af offentlig opgave via kontrakt*, 2004
- Nærings- og fiskeridepartementet Høringsnotat 2 – ny forskrift om offentlige anskaffelser
(2015) (2015) (fra Regjeringen.no)
[https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--
endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/)
- Nærings- og fiskeridepartementet Høringsnotat 4 – ny forskrift om tildeling av konse-
(2015a) sjonskontrakter (2015a) (fra Regjeringen.no)
[https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--
endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/)
- Regjeringen (2016) Regjeringen, *Justerer opp terskelverdier* (2016)
[https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/justerer-opp-eos-
terskelverdier/id2474492/](https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/justerer-opp-eos-terskelverdier/id2474492/) [sitert 15.02.2016]

- Regjeringen (2016a) Regjeringen, *Nytt anskaffelsesregelverk er underveis* (2016a),
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/nytt-anskaffelsesregelverk-er-underveis/id2482572/>
[sitert 15.04.16]
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Ar-nesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad m.fl, *EØS-rett*, 3 utg., 2011
- Søyland (2014) Søyland, Mona, Anders Thue (2014), Kommentar til lov om offentlige anskaffelser [sitert fra rettsdata 1.2.2016]