

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Oppdragsgivers adgang til å foreta endringer i inngått kontrakt

Kandidatnummer: 639

Leveringsfrist: 25.04.2017

Antall ord: 16468



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Avgrensning .....	2
1.3	Rettskildene.....	2
1.3.1	Primærkildene.....	3
1.3.2	Forarbeider.....	3
1.3.3	Forholdet mellom nasjonal rett og EU/EØS-rett .....	4
1.3.4	Formål og prinsipper .....	5
1.3.5	Praksis fra EU-domstolen.....	6
1.3.6	Praksis fra KOFA .....	7
1.3.7	Litteratur .....	7
1.4	Fremstillingen videre .....	8
<b>2</b>	<b>AVTALT ADGANG TIL ENDRING .....</b>	<b>8</b>
2.1	Endringsklausuler.....	8
2.1.1	Bestemmelsen og dens formål.....	8
2.1.2	Vilkår .....	10
2.1.3	Begrensninger .....	11
2.1.4	Eksempler .....	11
<b>3</b>	<b>VILKÅRSBESTEMTE HJEMLER FOR ENDRING .....</b>	<b>16</b>
3.1	Tilleggsleveranser .....	16
3.1.1	Bestemmelsen og dens formål.....	16
3.1.2	Vilkår .....	16
3.1.3	Begrensninger .....	19
3.1.4	Kunngjøring.....	20
3.1.5	Sammenligning med anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c.....	20
3.2	Uforutsette omstendigheter .....	21
3.2.1	Bestemmelsen og dens formål.....	22
3.2.2	Aktsomhetsvurderingen.....	22
3.2.3	Eksempler og praksis.....	23
3.2.4	Begrensninger .....	24
3.2.5	Sammenligning med anskaffelsesforskriften § 13-3, bokstav e.....	25
<b>4</b>	<b>GENERALHJEMLENE .....</b>	<b>26</b>
4.1	De minimis-regelen.....	26

4.2	Vesentlige endringer .....	28
4.2.1	Den alminnelige vesentlighetsvurderingen .....	28
4.2.2	Endring av betingelser som kan ha påvirket konkurransen .....	30
4.2.3	Forskyvning av den økonomiske balansen .....	31
4.2.4	Utvidelse av kontraktens omfang .....	33
4.2.5	Forholdet mellom vesentlighetsregelen og de andre endringshjemlene .....	34
<b>5</b>	<b>VIRKEOMRÅDET .....</b>	<b>35</b>
5.1	Innledende om virkeområdet .....	35
5.2	Misligholdslæren .....	36
5.2.1	Debitor har misligholdt sine forpliktelser .....	36
5.2.2	Kreditor har misligholdt sine forpliktelser .....	37
5.3	Force majeure .....	38
5.4	Revisjon som følge av læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 .....	39
5.5	Forlik .....	41
5.6	Endringer under reklamasjonsperioden eller serviceperioden .....	45
	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>47</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Etter at kontrakt er inngått mellom en oppdragsgiver og en valgt leverandør kan det oppstå behov for å foreta endringer. Det er ikke uvanlig at oppdragsgivers preferanser forandrer seg under kontraktens løpetid eller at det oppstår nye behov som følge av ytre omstendigheter. Dette gjelder særlig for langvarige eller komplekse kontrakter. Det kan typisk oppstå behov for tilleggsleveranser eller forlengelse av kontraktperioden. Det kan også oppstå behov for utskiftninger og endringer som følge av teknologisk utvikling under kontraktens løpetid, noe som særlig er aktuelt der kontraktsgjenstanden er knyttet til utviklingen av et IT-system. Andre endringer kan være konvertering av vederlaget til annen valuta, justering av vederlaget eller at kontrakten endres fra leie til kjøp.

I andre tilfeller kan det tenkes å oppstå tvist mellom oppdragsgiver og leverandør. For å løse tvisten kan det være ønskelig for partene å inngå et forlik som innebærer visse endringer i kontrakten. Eksempelvis kan det tenkes at et mulig forlik går ut på prisavslag, fristforlengelse eller at kontraktens omfang reduseres betraktelig for å avhjelpe det problemet som har oppstått.

Spørsmålet som reises i avhandlingen er om man kan løse slike behov ved å endre en allerede inngått kontrakt eller om slike forandringer skal anses som en helt ny anskaffelse som er undergitt de vanlige reglene for offentlige anskaffelser.

Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler er bindende og skal holdes slik de er inngått. Partene har imidlertid stor avtalefrihet, slik at endringsbehov kan imøtekommes ved at kontraktspartene fritt kan avtale endringer seg imellom. Når oppdragsgiver er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, stiller dette seg annerledes. Regelverket for offentlige anskaffelser setter sterke begrensninger på partenes avtalefrihet, blant annet ved at oppdragsgiver har en kunngjøringsplikt og ved at det oppstilles krav om åpne og gjennomsiktige prosesser frem til en kontraktsinngåelse. Dette er begrunnet i hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser og tillit til det offentlige.<sup>1</sup> For at regelverket om offentlige anskaffelser ikke skal kunne omgås ved at partene foretar endringer i en inngått kontrakt, må det gjelde visse begrensninger i oppdragsgivers adgang til å foreta endringer.

Tidligere var ikke adgangen til endringer i inngått kontrakt regulert i regelverket for offentlige anskaffelser, og kontraktsfasen ble ansett for å bli regulert av kontraktsretten. Det var derfor lenge uklart hvilken adgang oppdragsgiver hadde til å foreta endringer i inngåtte kontrakter om

---

<sup>1</sup> Anskaffelsesloven § 1

offentlige anskaffelser. EU-domstolen utviklet etter hvert en lære om vesentlige endringer. Etter denne læren ble vesentlige endringer ansett som en ny anskaffelse som er undergitt regelverket for offentlige anskaffelser. Den mest sentrale dommen for læren om vesentlig endringer er Pressetext<sup>2</sup>, som vil bli behandlet senere i denne avhandlingen.

Oppdragsgivers adgang til å foreta endringer er nå regulert i direktiv 2014/24/EU artikkel 72 og forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 28-1. Se mer om regelverket i punkt 1.3.

## **1.2 Avgrensning**

Avhandlingen vil for det første begrenses til å behandle endringsadgangen etter anskaffelsesforskriften, som gjelder for den klassiske sektoren. Endringsbestemmelsene i konsesjonskontraktsforskriften og forsyningsforskriften har midlertid samme utforming som anskaffelsesforskriften, slik at innholdet i anskaffelsesforskriften vil ha betydning også for innholdet i disse bestemmelsene.

For det andre vil avhandlingen bare behandle endringsadgangen for kontrakter som overstiger EØS-terskelverdien i anskaffelsesforskriften § 5-3. Kontrakter som overstiger EØS-terskelverdien reguleres av anskaffelsesforskriftens del III, og det er disse reglene, samt regler i forskriftens del I som gjennomfører innholdet i direktiv 2014/24.

Endringsadgangen for kontrakter som ikke overstiger EØS-terskelverdien reguleres av forskriftens del II, § 11-2. Etter anskaffelsesforskriften § 11-2 (1) kan oppdragsgiver foreta endringer som ikke er vesentlige. En endring er vesentlig dersom den ikke fører til at kontrakten blir ”vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten” jf. § 11-2 (2). Denne regelen er mindre detaljert enn § 28-1, og det kan tenkes at innholdet i § 28-1 vil ha innflytelse på vesentlighetsregelen i § 11-2.

Videre vil verken prosessen frem til kontraktsinngåelsen eller konsekvensene av at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig endring, bli behandlet i denne avhandlingen. Bytte av leverandør etter anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav e vil heller ikke bli behandlet, da denne endringshjemmelen blir for omfattende for en avhandling som denne.

## **1.3 Rettskildene**

---

<sup>2</sup> Sag C-545/06 Pressetext

### 1.3.1 Primærkildene

Direktiv 2014/24 om offentlige anskaffelser ble vedtatt 26. februar 2014, og trådte i kraft senere samme år. Se punkt 1.3.3 om forholdet mellom nasjonal rett og EU/EØS-rett.

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser trådte i kraft 1. januar 2017. Loven gjennomfører direktiv 2014/24, men inneholder også en rekke særnorske regler som ikke behandles nærmere i denne avhandlingen. Anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften gjelder for alle offentlige anskaffelser som har en verdi som overstiger 100 000 norske kroner (ekskludert merverdiavgift). Loven angir anskaffelsesregelverkets overordnede formål, prinsipper, samt en rekke regler for overtredelse av regelverket mv. Det er imidlertid i anskaffelsesforskriften de detaljerte reglene om anskaffelsesprosessen er regulert. Denne trådte også i kraft 1. januar 2017.

### 1.3.2 Forarbeider

I EU-retten har ikke forarbeider den samme rettskildemessige betydningen som det forarbeider har i norsk rettskildelære.<sup>3</sup> Forarbeider til et direktiv er blant annet forslaget til Kommisjonen, uttalelser fra Europaparlamentet og ekspertkomiteer.<sup>4</sup> Forarbeidene har liten betydning for tolkningen av det vedtatte direktivet som følge av at EU-retten har en annen tradisjon enn norsk rett.<sup>5</sup> Direktivene blir til gjennom forhandlinger, og det som vedtas er kompromisser. Forhandlingene har dermed ingen betydning for tolkningen av den endelige utgaven, og direktivet må derfor leses uavhengig av forarbeidene.<sup>6</sup> Direktivene inneholder imidlertid en fortale. Fortalene er viktige tolkningskilder og gjør ofte rede for reglens formål, men man kan ikke utlede rettigheter og plikter direkte fra denne.<sup>7</sup>

Forslag til ny anskaffelseslov og anskaffelsesforskrift ble gitt av forenklingsutvalget i NOU 2014:4 enklere regler - bedre anskaffelser, forenkling av det norske anskaffelsesregelverket. Forenklingsutvalgets mandat var å utrede og foreslå endringer av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket.<sup>8</sup> NOU 2014:4 inneholder hovedsakelig betraktninger om de reglene som er særnorske, men viser imidlertid til en rekke bestemmelser i direktiv 2014/24. NOU 2014:4 gjengir kun ordlyden i artikkel 72, og behandler ikke denne reglen noe mer inngående.

---

<sup>3</sup> Se Sejersted (2011) side 57

<sup>4</sup> Se Sejersted (2011) side 57

<sup>5</sup> Se Sejersted (2011) side 57

<sup>6</sup> Se Sejersted (2011) side 57

<sup>7</sup> Se Sejersted (2011) side 57

<sup>8</sup> NOU 2014:4 side 4

I Prop.51 L (2015-2016) legger Nærings- og fiskeridepartementet frem forslag til ny anskaffelseslov. Prop 51 L behandler hovedsakelig reglene i loven, og inneholder dermed begrenset med tolkningsmomenter av de reglene i anskaffelsesforskriften som gjennomfører direktiv 2014/24.

Når det gjelder forarbeider til forskriften er ikke dette dokumenter som er offentliggjort, men skrivene ligger arkivert hos Nærings- og fiskeridepartementet. Forarbeider til forskrifter blir sjeldent påberopt, og må anses å ha liten betydning for tolkningen av forskriftens bestemmelser.

Jeg henviser til forarbeider til den danske udbudsloven i denne avhandlingen.<sup>9</sup> I disse forarbeidene er reglene som gjennomfører direktiv 2014/24 artikkel 72 nærmere vurdert.

Både danske og norske forarbeider har imidlertid begrenset betydning for reglene i forskriften som gjennomfører direktiv 2014/24. Forarbeider til gjennomføringslovgivning har i utgangspunktet ikke som formål å begrunne og forklare reglenes innhold, men tar sikte på å forklare selve gjennomføringen og tilpasningen i norsk rett. Forarbeidene kan dermed som utgangspunkt ikke tillegges stor vekt for reglenes materielle innhold. I den grad forarbeidene analyserer reglenes innhold, for eksempel ved bruk av rettspraksis fra EU-domstolen og direktivets fortale, kan de tillegges større vekt.

### 1.3.3 Forholdet mellom nasjonal rett og EU/EØS-rett

Norsk rett bygger på et dualistisk system, som innebærer at norsk rett og folkerett er to separate systemer. Det er kun Norge som stat som er bundet av folkerettslige forpliktelser, med mindre disse blir gjennomført i norsk rett. Det er først når bestemmelsene innarbeides som nasjonale regler at de får gjennomslag i norsk rett.

Gjennom EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til å innta en rekke rettsregler i norsk rett. EU-rett blir del av norsk rett ved at EØS-komiteén inntar direktivet i EØS-avtalens vedlegg, og disse reglene blir gjennomført i norsk rett gjennom lover eller forskrifter.

EØS-avtalen artikkel 3 pålegger avtalepartene en lojalitetsplikt til å gjøre det de kan for å sikre at forpliktelsene etter avtalen blir oppfylt, og at de skal avstå fra å sette virkeliggjøringen av avtalens mål i fare. Videre står det i fortalens avsnitt 16<sup>10</sup> at formålet er å ”nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale”. Det følger av

---

<sup>9</sup> L 164 Forslag til Udbudslov

<sup>10</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) avsnitt 16

lojalitetsplikten og formålene at EU- og EØS-retten er sentral for tolkningen av nasjonale regler som gjennomfører direktiver og forordninger.

Tilsvarende følger av presumsjonsprinsippet, som er utviklet i rettspraksis, og som innebærer at norsk rett så vidt det er mulig skal tolkes i samsvar med folkerettslige forpliktelser.<sup>11</sup> Et eksempel på dette er dersom den norske lovteksten kan tolkes på flere måter, skal man velge det alternativet som samsvarer best med den folkerettslige regelen den er ment å gjennomføre.

I lys av dette er direktiv 2014/24 sentral for tolkningen av bestemmelsene i anskaffelsesforskriften. Direktivet forplikter imidlertid bare Norge til å regulere anskaffelser over EØS-terskelverdien, og det er derfor hovedsakelig anskaffelsesforskriftens del III, samt regler i del I, som må tolkes i lys av direktivet.

#### 1.3.4 Formål og prinsipper

Formålene bak anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og hindre korrupsjon jf. anskaffelsesloven § 1. De overordnede formålene med EU-retten er også av betydning for reglene da disse utgjør bakgrunnsretten for anskaffelsesregelverket, herunder formålet om fri flyt av varer, tjenester, mennesker og kapital.

For å sikre best mulig utnyttelse av samfunnets ressurser, motvirke korrupsjon og sikre fri flyt av varer, tjenester, mennesker og kapital over landegrensene i Europa er det et krav om at offentlige anskaffelsene skjer gjennom åpne og gjennomsiktige prosedyrer.<sup>12</sup>

Videre bygger regelverket på fem grunnleggende prinsipper. Anskaffelsesprosessen skal ivareta prinsippet om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet jf. anskaffelsesloven § 5. Disse prinsippene er sentrale for tolkningen av regelverkets bestemmelser.<sup>13</sup> De mest sentrale prinsippene for adgangen til å foreta endringer i en inngått kontrakt er likebehandlings-, forutberegnelighets- og etterprøvbarehetsprinsippet.

Likebehandlingsprinsippet går ut på at partene skal ha like forutsetninger i anskaffelsesprosessen. Det er viktig at alle leverandørene får lik informasjon og at leverandører ikke favoriseres gjennom kriteriene som stilles under prosessen. Ved at alle leverandørene har like forutsetninger skapes det tillit til det offentlige, samt sikrer det en reell konkurranse som igjen fremmer kostnadseffektive anskaffelser.

---

<sup>11</sup> Rt. 2000 s. 1811 (Finanger-dommen), side 1827

<sup>12</sup> Se Simonsen (2016) side 416

<sup>13</sup> Se Prop.51 L (2015-2016) side 82



Anskaffelsesprosessen skal være forutberegnelig og etterprøvbart. I EU-retten er det tale om prinsippet om gjennomsiktighet, som dekker både prinsippet om forutberegnelighet og etterprøvbart.

Forutberegnelighetsprinsippet innebærer at leverandørene skal kunne forutse sin rettsstilling. For at prosessen skal være forutberegnelig må den ha klare rammer. Oppdragsgiver må dermed oppstille klare kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjoner og tildelingskriterier slik at leverandørene er gjort kjent med hva oppdragsgiver stiller som krav til anskaffelsen, leverandøren og hvilke kriterier som vektlegges i tildelingen. Det som skjer videre i prosessen skal så langt det er mulig være forutberegnelig for leverandørene.

Videre er det viktig at prosessene er gjennomsiktige slik at man kan forsikre seg om at prosessen har gått riktig for seg og at det ikke foreligger brudd på anskaffelsesreglene. Det er derfor viktig at oppdragsgiveren dokumenterer prosessen så langt det er mulig. Når prosessen er etterprøvbart sikrer dette rettssikkerhet og gir en reell mulighet til å håndheve brudd. Gjennomsiktige prosesser sikrer også tillitt til det offentlige opptreden.

### 1.3.5 Praksis fra EU-domstolen

EU-domstolen utvikler nye rettsregler og rettslærer ut i fra EU-rettens regler og prinsipper, og spiller derfor en sentral rolle for hvordan EU-retten skal tolkes. Et eksempel på dette er læren om vesentlige endringer som har blitt utviklet av EU-domstolens rettspraksis.<sup>14</sup>

Etter EØS-avtalens artikkel 6 skal de nasjonale reglene som gjennomfører EU-retten tolkes i samsvar med EU-domstolens avgjørelser. Dommer som er avsagt etter at EØS-avtalen ble inngått er imidlertid ikke formelt bindende, men tillegges stor vekt ved anvendelsen av den nasjonale regelen.<sup>15</sup>

Det er lite rettspraksis vedrørende direktivets artikkel 72, som omhandler oppdragsgivers endringsadgang i inngåtte kontrakter, men bestemmelsen tar sikte på å kodifisere og presisere læren om vesentlige endringer som er utviklet gjennom rettspraksis. Tidligere EU-rettspraksis vil derfor være relevant.

---

<sup>14</sup> Hovedsakelig sag C-545/06 Presstext

<sup>15</sup> Se Rt. 2005 s. 1601 avsnitt 43

### 1.3.6 Praksis fra KOFA

Klagenemnda for offentlige anskaffelser er et rådgivende organ, men kan illegge gebyrer dersom oppdragsgiver har foretatt en direkte ulovlig anskaffelse. Avgjørelsene i disse sakene er rettslig bindende for partene, i motsetning til avgjørelsene om andre brudd på regelverket som kun rådgivende. Brudd på anskaffelsesregelverket får dermed ingen rettslig virkning for partene, annet enn at de eventuelt må betale et gebyr de blir ilagt, i motsetning til domstolenes avgjørelser.

Nemnden består imidlertid av ti medlemmer som er eller har vært dommere, advokater og professorer med lang erfaring og med god kjennskap til regelverket om offentlige anskaffelser. KOFA er et spesialorgan med høy kompetanse innenfor fagfeltet. Domstolen behandler et fåtall saker vedrørende offentlige anskaffelser årlig i motsetning til KOFA som behandler et høyt antall slike saker årlig. Avgjørelsene fra KOFA tillegges stor vekt av partene, noe som taler for at avgjørelsene må ha betydning for rettskildebildet.

I behandlingen av sakene går KOFA igjennom de relevante rettskildene, herunder forskrift, lov, direktiver, tidligere rettspraksis, både nasjonal og fra EU-domstolen. Selv om KOFAs avgjørelser ikke er rettslig bindende kan argumentasjonen i sakene være veiledende for andre saker.

KOFAs avgjørelser er en tolkning av den eldre rettssituasjonen, men da artikkel 72 kodifiserer tidligere rettspraksis vil disse avgjørelsene være relevante for vurderingen av anskaffelsesforskriften § 28-1.

### 1.3.7 Litteratur

Det er begrenset med juridisk litteratur som omhandler direktiv 2014/24, da dette er et nokså nytt direktiv. Jeg har valgt å bruke litteratur hovedsakelige fra fire bøker da disse i ulik grad har behandlet endringsadgangen i inngåtte kontrakter.

Den britiske professoren Sue Arrowsmith har behandlet reglene om endringer i inngått kontrakt etter direktiv 2014/24 forholdsvis kort i *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK* fra 2014. Flere av Arrowsmiths betraktninger er likevel fortsatt relevante for de nye reglene, da disse i stor grad er en kodifisering og presisering av rettspraksis fra EU-domstolen.

Videre har jeg brukt *Udbudsloven* redigert av den danske professoren Steen Treumer som behandler den danske gjennomføringen av direktivet, udbudsloven. Boken inneholder en rekke artikler skrevet av forskjellige forfattere. Jeg har lest artikkelen om *Ændring af kontrakt* skrevet

av Andreas Christensen og Daniel Batistoti Cesar. Årsaken til at jeg bruker dansk litteratur er at udbudsloven gjennomfører det samme direktivet som anskaffelsesloven § 28-1, og bokens betraktninger om adgangen til endringer i kontrakter i *Udbudsloven* er relevant for denne avhandlingen.

Jeg har også brukt boken til Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser: regelverk, praksis og løsninger*, som ble utgitt i 2014. Denne boken tar for seg regelverket etter direktiv av 2004, men som nevnt over er slike betraktninger også relevant for denne avhandlingens tema.

Lasse Simonsen skrev i 2016 en artikkel i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm* om endringsadgangen etter artikkel 72. I denne artikkelen redegjør han for endringshjemlenes innhold og sammenheng, samt reiser en rekke interessante spørsmål som oppstår når man tolker reglens innhold nærmere. Denne artikkelen ble imidlertid skrevet før anskaffelsesforskriften ble vedtatt, men da disse reglene gjennomfører direktivet er artikkelen relevant for denne avhandlingens tema. Jeg har brukt denne artikkelen i min oppgave, og blant annet hentet inspirasjon til oppsett herfra.

Jeg har også brukt annen litteratur som jeg henviser til fortløpende i avhandlingen.

## **1.4 Fremstillingen videre**

I oppgavens del 2 til 4 vil jeg behandle de forskjellige endringshjemlene i anskaffelsesforskriften § 28-1. Behandlingen av disse hjemlene er delt opp i tre kategorier, avtalt adgang til endring, vilkårsbestemte hjemler for endring og generalhjemlene.

I del 5 vil jeg drøfte virkeområdet til anskaffelsesforskriften § 28-1, der jeg vil se på om læren om bristende forutsetninger, avtaleloven § 36, force majeure, misligholdslæren og forlik dekkes av bestemmelsenes virkeområde.

## **2 Avtalt adgang til endring**

### **2.1 Endringsklausuler**

#### **2.1.1 Bestemmelsen og dens formål**

Etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a kan oppdragsgiver foreta endringer dersom de har hjemmel i kontrakten med leverandøren. Kontrakten må inneholde en endringsklausul

etter anskaffelsesforskriften § 19-1, annet ledd jf. § 28-1 (1) bokstav a. Endringsklausulen skal fremgå av konkurransegrunnlaget og angi ”klart hvilke endringer (...), i hvilket omfang og på hvilke vilkår” oppdragsgiver kan foreta endringer jf. § 19-1, annet ledd. Endringsklausulen kan imidlertid ikke åpne for at kontraktens overordnede karakter endres.

Lovgiver har valgt en annen lovgiverteknikk enn den i direktiv 2014/24 artikkel 72. Artikkel 72 (1) bokstav a angir alle kriteriene som må oppfylles for at en endringsklausul kan hjemle en endring, mens den norske bestemmelsen viser til § 19-1 (1) hvor kravene til endringsklausulen står. Ved å innta alle kriteriene i samme bestemmelse vil det være enklere å lese regelen og dens innhold. Endringsklausulen må utformes under utarbeidelsen av kontraktsvilkårenes og dette skjer tidligere i prosessen enn en eventuell endring etter at kontrakt er inngått. Dette kan være årsaken til at norsk lovgiver har valgt å innta kravene i § 19-1 (1) da denne bestemmelsen regulerer kontraktsvilkårene.

Formålet med adgangen til å foreta endringer i inngått kontrakt er å skape fleksibilitet for oppdragsgiver. Det fremgår av direktivets fortale avsnitt 111 at det er ønskelig å gi oppdragsgiver muligheten til å gjøre behovsendringer for å sikre at det som leveres, fremdeles er egnet i lys av utviklingen som skjer. For eksempel kan oppdragsgiver åpne for at kommunikasjonsutstyr som leveres over en lengre periode, kan endres til nyere versjoner for å sikre at det som leveres fortsetter å være egnet.<sup>16</sup> Det kan også være nødvendig for oppdragsgiver å foreta endringer som følge av tekniske vanskeligheter ved drift eller vedlikehold.<sup>17</sup> Adgangen til å foreta endringer gir oppdragsgiver den fleksibiliteten som er nødvendig for å sikre at oppfyllelsen av kontrakten kan skje på en hensiktsmessig måte. Gjennom denne endringsadgangen slipper oppdragsgiver å gjennomføre den tidkrevende og ressurskrevende prosessen med å kunngjøre en ny konkurranse etter regelverket.

Når endringsklausulen er en del av konkurransegrunnlaget, har potensielle endringer indirekte vært utsatt for konkurranse.<sup>18</sup> Leverandørene er dermed kjent med endringsadgangen og har hatt mulighet til å ta dette i betraktning i tilbudet de leverer til oppdragsgiver.<sup>19</sup> Ved at konkurransegrunnlaget inneholder en klar endringsbestemmelse, ivaretas leverandørens forutberegnelighet og sikrer likebehandling.

---

<sup>16</sup> Se fortalens avsnitt 111 tredje setning

<sup>17</sup> Se fortalens avsnitt 111 fjerde setning

<sup>18</sup> Se Dragsten (2013) side 739

<sup>19</sup> Se Simonsen (2016) s. 421

I CAS Succhi di frutta<sup>20</sup> ble betalingsbetingelsene endret underveis i prosessen. Saken gjaldt levering av fruktsaft og marmelade mot betaling i form av epler og appelsiner. I konkurransegrunnlaget var det oppgitt at betalingen ville bestå av epler og appelsiner, men oppdragsgiver besluttet imidlertid etter inngåelse av kontrakt at det også kunne betales med andre frukter, blant annet ferskener. En slik endring ble ikke tillatt av EU-domstolen da det ikke var i tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at betalingen kunne endres til andre frukter. Hadde det fremgått klart av konkurransegrunnlaget at betalingen kunne endres dersom det ikke var nok epler, ville det vært mulig for leverandørene å ta dette i betraktning i sine tilbud, og endringen av betalingsmidler ville dermed vært i tråd med de nevnte prinsippene.

I Finn Frogne<sup>21</sup> fremhever EU-domstolen oppdragsgivers mulighet til å innta endringsbestemmelser i konkurransegrunnlaget slik at det er mulig å gjøre vesentlige endringer i kontrakten dersom det er behov for det. Domstolen uttaler at "[v]ed udtrykkelig at fastsætte denne mulighet og de nærmere rammer herfor i det nævnte materiale sikrer den ordregivende myndighed, at alle erhvervsdrivende, der er interesseret i at deltage i udbuddet, har kendskab hertil fra starten og således er ligestillet, når de udformer deres tilbud".

### 2.1.2 Vilkår

Endringen skjer i medhold av kontrakten med leverandøren da det er en avtalt adgang til å foreta endringen. For å begrense oppdragsgivers spillerom er det imidlertid et krav om at endringsklausulene er tilstrekkelig klare. Dersom det ikke er klart hvilke endringer, i hvilket omfang og på hvilke vilkår endringer kan foretas, vil ikke prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet bli ivaretatt.

En klausul som åpner for at endringer kan foretas uten tilstrekkelig klare vilkår, vil ikke tillates etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a. Et eksempel på dette er en sak fra KOFA, Valdres Ambulanse.<sup>22</sup> Sykehuset Innland og Valdres Ambulansetjeneste hadde inngått en kontrakt om ambulanseskjøring i Valdres. I kontrakten var det inntatt en bestemmelse om endringer av godtgjørelsen ved endring av aktivitetsnivået. Fem år senere ble kontrakten fornyet. Aktivitetsnivået var ved fornyelsen stipulert til å være ca. 39 prosent høyere enn ved kontraktinngåelsen. I følge kontraktens endringsbestemmelse skulle det føres forhandlinger om godtgjørelse hvis aktiviteten ble endret utover 10 prosent. I den nye kontrakten ble det enighet

---

<sup>20</sup> Sag C-496/99 CAS Succhi di Frutta, avsnitt 126

<sup>21</sup> Sag C-549/14 Finn Frogne, avsnitt 37

<sup>22</sup> Sak 2005/100 (KOFA)

om en godtgjørelse på kroner 16,4 millioner, som var en økning av godtgjørelsen på ca. 143 prosent. KOFA kom til at en slik endring var en vesentlig endring, som ikke kunne foretas uten å kunngjøre en ny anbudskonkurranse. Det blir uttalt i avgjørelsen at det ikke var avgjørende at kontrakten inneholdt en reforhandlingsklausul.<sup>23</sup>

Kontraktsvilkårene i saken hadde klare rammer for hvordan godtgjørelsen skulle endres dersom aktiviteten ble endret med utover 3 prosent til inntil 10 prosent. I et slikt tilfelle ville det øke med kroner 4 per kilometer. Det skulle imidlertid forhandles om godtgjørelsen dersom endringen av aktiviteten var over 10 prosent. Kontraktens endringsbestemmelse oppfylte dermed ikke kravene om at den må angi ”klart hvilke endringer (...), i hvilket omfang og på hvilke vilkår” oppdragsgiver kan foreta endringer

Dersom endringsbestemmelsen åpner for reforhandling av avtalen, vil det kunne virke konkurransevridende. Reforhandling av avtalen vil være i strid med prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet, og kan medføre en omgåelse av regelverket. Endringsadgangen skal derfor ha klare objektive rammer slik at det ikke er adgang til reforhandlinger.

### 2.1.3 Begrensninger

Det følger videre av anskaffelsesforskriften § 19-1 annet ledd, siste setning at endringsklausulen ikke kan åpne for at anskaffelsens overordnede karakter endres. Anskaffelsens overordnede karakter er endret dersom kontrakten etter endringen henvender seg til et annet marked.<sup>24</sup> Et eksempel er hvis den opprinnelige kontrakten gjaldt kjøp av maskiner, men oppdragsgiver endrer kontrakten til å gjelde leasing av de samme maskinene. Da vil anskaffelsens overordnede karakter være endret i og med at anskaffelsen retter seg mot andre og/eller flere leverandører.

### 2.1.4 Eksempler

I anskaffelsesforskriften § 19-1 (2) er prisindeksklausuler og opsjoner nevnt som eksempler på endringsklausuler. Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt en prisindeksklausul er en endringsklausul. En prisindeksklausul angir hvordan vederlaget skal fastsettes ut i fra utviklingen av priser i løpet av kontraktsperioden. Det at vederlaget justeres etter en prisindeks er ikke nødvendigvis en endring av kontrakten, det er slik vederlaget er fastsatt i kontrakten.

---

<sup>23</sup> Sak 2005/100 (KOFA), avsnitt 19

<sup>24</sup> L 164 Forslag til Udbudslov side 194

En opsjon gir oppdragsgiver rett til å forlenge avtalen med for eksempel ett år eller rett til å kreve en ytelse som er nærmere angitt i endringsbestemmelsen. Der opsjonen har vært en del av tildelingsvurderingen, ved at for eksempel prisen for opsjonen har vært tillagt vekt i vurderingen, har opsjonen direkte vært en del av konkurransen. I et slikt tilfelle vil opsjonen falle utenfor anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a.<sup>25</sup>

Har ikke opsjonen vært en del av tildelingsvurderingen, må den oppfylle kravene i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a jf. § 19-1, annet ledd. Opsjonen vil da være nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget med tanke på når det er tale om å innløse opsjonen og hva opsjonen gjelder. Ved opsjon for forlengelse av kontraktens varighet vil det være tilstrekkelig dersom det følger av endringsbestemmelsen at avtalen skal forlenges for et bestemt antall dager, måneder eller år og at det skal skje på de samme vilkår som følger av avtalen. Det må imidlertid stå noe om når og på hvilke vilkår opsjonen kan utløses.

Det er ikke oppstilt en øvre grense for verdien av endringer etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a. Grensen er at den overordnede karakteren ikke må endres, og dette skaper et stort spillerom for oppdragsgiver.<sup>26</sup> Endringer i medhold av en endringsbestemmelse kan gjelde store verdier uten at det er tale om endring av den overordnede karakteren. Til forskjell fra bokstav a er det i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b, c og d tatt inn en grense på hvor stor prisøkning endringen kan medføre. I anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav e og f kan det ikke være tale om en ”vesentlig endring”, noe som setter en kvantitativ grense for endringene som kan foreta.

Det kan argumenteres for at det burde vært inntatt en tilsvarende grense i § 28-1. Når opsjonen ikke har vært en del av tildelingsvurderingen, kan leverandøren ha svært høye opsjonspriser. Oppdragsgiver burde ikke ha adgang til å godta urimelige opsjonspriser, da dette kan åpne for en omgåelse av regelverket.

I direktivet artikkel 72 nr. 1 bokstav a står det at endringer med hjemmel i endringsklausuler er tillat ”uanset deres pengemæssige verdi”. Det synes dermed ikke å være en verdigrense etter denne bestemmelsen. Det kan imidlertid tenkes at begrensningen om at anskaffelsens overordnede karakter ikke kan endres må tolkes slik at det ikke er adgang til urimelig overprising av opsjoner.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Se Simonsen (2016) side 424-425

<sup>26</sup> Se Simonsen (2016) side 425

<sup>27</sup> Se Arrowsmith (2014) side 600 (6-298)

På de kontraktsområdene hvor det finnes standardkontrakter, skal disse som hovedregel brukes jf. anskaffelsesforskriften § 8-12 (1) og § 19-1 (1). Eksempler på slike standardkontrakter er NS 8401:2010 som gjelder for prosjekteringsoppdrag og NS 8405:2008 som gjelder bygge- og anleggskontrakter. I NS 8401 og NS 8405 er det inntatt bestemmelser om oppdragsgivers rett til å kreve endringer fra leverandøren.

Etter NS 8405 pkt. 22.1 kan oppdragsgiver kreve endringer som står i sammenheng med det kontrakten omfatter, og som ikke er av en vesentlig annen art enn det opprinnelige arbeidet. Oppdragsgiver kan ikke pålegge endringer ut over ”15 prosent netto tillegg” til kontraktssummen, med mindre partene har avtalt noe annet.

Hvorvidt endringsadgangen etter NS 8405 pkt. 22.1 oppfylder kravene til endringsklausuler etter § 28-1 (1) bokstav a, vil ikke komme på spissen i de tilfellene hvor endringen er under 15 prosent og under terskelverdiene i § 5-1, samt ikke endrer kontraktens overordne karakter. I disse tilfellene vil endringen tillates etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b, de minimis-reglen. Denne reglen vil bli behandlet under punkt. 4.1.

Endringene skal ikke være mer enn 15 prosent netto tillegg til kontraktssummen. Dette betyr at endringer som medfører reduksjon i prisen og endringer som medfører økning i prisen skal vurderes samlet. Det er den summen som man sitter igjen med totalt etter å ha lagt sammen verdiene av endringene som ikke skal være mer enn 15 prosent av kontraktssummen. Etter de minimis-regelen i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b skal ”prisøkningen beregnes på grunnlag av den samlede prisøkningen”. Det er derfor samsvar mellom disse to reglene.

Er det avtalt en høyere grense enn 15 prosent vil det ikke være adgang til å foreta endringer i kontrakten etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b.

Spørsmålet som reises er om endringsbestemmelsen i NS 8405 oppfylder kravene etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a.

De to første vilkårene i NS 8405 pkt. 22.1 setter en viss grense for endringens art og omfang ved at det må være en kobling mellom endringen og kontrakten som er inngått mellom oppdragsgiver og leverandør. Til tross for dette fremgår det ikke klart av endringsbestemmelsen hvilke endringer oppdragsgiver kan kreve eller hvilke vilkår som må oppfylles. Bestemmelsen i NS 8405 åpner dermed for en generell adgang til å foreta endringer, og knytter seg ikke til noe konkret. NS 8405 pkt. 22.1 oppfylder ikke kravene til endringsklausuler etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a jf. § 19-1, annet ledd.



Etter NS 8401 pkt. 10.1 kan oppdragsgiver kreve endringer som ligger innenfor leverandørens fagområde og som står i sammenheng med det kontrakten omfatter. Endringen kan imidlertid ikke være ”urimelig tyngende” å utføre.

Også i endringsbestemmelsen i NS 8401 setter de to første vilkårene en viss grense for hvilke endringer som kan kreves ved at endringene må ha en sammenheng med det kontrakten omfatter og at det må ligge innenfor prosjekterendes fagfelt. I likhet med NS 8405 gir denne bestemmelsen oppdragsgiver en generell adgang til å kreve endringer da den ikke oppstiller nærmere vilkår for hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.

Kravet om at endringen ikke skal være ”urimelig tyngende” å utføre er sterkt skjønnsbetont og gir ikke klare grenser for endringsadgangen. Adgangen til å foreta endringer etter NS 8401 pkt. 10.1 er vid, og gir ikke leverandørene forutberegnelighet i anbudskonkurransen med tanke på kontraktens omfang. Oppdragsgivers adgang til å kreve endringer på et generelt grunnlag uten klare grenser vil ikke føre til likebehandling av potensielle leverandører.

I sak 2011/349<sup>28</sup> hadde Statens Vegvesen inngått kontrakt om drift og vedlikehold av veier, deriblant gang- og sykkelvei, i flere kommuner. Statens Vegvesen hadde også inngått kontrakt med et annet selskap om asfaltarbeider. Noen år inn i kontraktperioden avtalte oppdragsgiver med leverandørene at de skulle bygge en ny gang- og sykkelvei, samt asfaltere denne. Oppdragsgiver anførte at byggingen og asfalteringen skjedde i medhold av endringsbestemmelsene i allerede inngåtte kontrakter med leverandørene.

KOFA vurderte om byggingen og asfalteringen av sykkelveien var lovlig tilleggsarbeid i medhold av de allerede inngåtte kontraktene om asfaltarbeid og drift og vedlikehold med leverandørene. Det ble vist til bestemmelsen om tilleggs- og endringsarbeid i NS 8406, og vurderingen var om byggingen og asfalteringen falt utenfor rammene for endringer i de kunngjorte kontraktene. Vurderingen ble dermed koblet opp mot hva ytelsene i de opprinnelige kontraktene gjaldt, og hvorvidt det nye arbeidet hadde en nær nok sammenheng til dette. KOFA kom til at asfalteringsarbeidet hadde nær nok tilknytning, men ikke byggingen av sykkelveien.

KOFA vurderte ikke hvorvidt endringsbestemmelsen i NS 8406 var klar nok til å hjemle endringene, da dette ikke var et vurderingstema før direktiv 2014/24. Vurderingen etter anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav a blir imidlertid om endringsbestemmelsen angir ”klart hvilke endringer (...), i hvilket omfang og på hvilke vilkår” oppdragsgiver kan foreta endringer. Deretter blir vurderingen om endringene som er foretatt faktisk er dekket av endringsbestemmelsen.

---

<sup>28</sup> Sak 2011/349 (KOFA)

I sak Jørn Bekkevold Gårdsdrift<sup>29</sup> kunngjorde Drammen kommune en anbudskonkurranse om drift og vedlikehold med funksjonsansvar i bydelene Strømsø og Bragernes. Drammen kommune valgte å holde bydelen Konnerud utenfor denne konkurransen, da de ønsket å tildele denne arbeidsoppgaven Drammen Drift KF. Ansvar for Strømsø og Bragernes ble tildelt Aktiv Veidrift AS, og ansvaret for vinterdrift i Konnerud ble tildelt Drammen Drift KF. Kontrakten henviste til NS 8406.

Etter tildelingen viste det seg at Drammen Drift ikke hadde tilstrekkelig brøytekapasitet, og kunngjorde derfor en anbudskonkurranse om vinterdrift på Konnerud. Det ble mottatt ett tilbud i denne konkurransen, men Drammen Drift valgte å ikke inngå noen kontrakt med tilbyder.

Drammen Drift valgte i stedet å benytte seg av utvidelsesretten som var inntatt i kontrakten om Strømsø og Bragernes. I den forbindelse sendte Aktiv Veidrift AS inn et tilbud for vinterdrift på Konnerud som ble godtatt av oppdragsgiver. Kommunen viste til at det etter kontrakten var adgang til å gjøre Konnerud til en del av avtalen uten ny kunngjøring, da dette følger av bestemmelsen om endrings- og tilleggsarbeider i NS 8406.

KOFA kom til at innlemmelsen av Konnerud i den opprinnelige kontrakten var en vesentlig endring av avtalen. Det ble lagt vekt på at Konnerud var holdt utenfor i anbudskonkurranse, og at dette var meddelt de potensielle tilbyderne. Videre var det tale om et annet geografisk område og oppgaver av et annet omfang som medførte at endringen ansees som vesentlig uavhengig av adgangen til endring etter bestemmelsen i NS 8406.

Heller ikke i denne saken vurderte KOFA om endringsbestemmelsen i NS 8406 angir ”klart hvilke endringer (...), i hvilket omfang og på hvilke vilkår” oppdragsgiver kan foreta endringer. Bestemmelsen ligner på de nevnte bestemmelsene i NS 8401 og NS 8405. Bestemmelsen gir en generell adgang til endring- og tilleggsarbeider, og kunne ikke hjemlet innlemmelse av Konnerud i avtalen.

Innlemmelsen av Konnerud hadde en verdi på under 15 prosent av hovedkontrakten. Endringen med å innlemme Konnerud i kontrakten ville dermed kunne vært tillatt etter de minimis-regelen i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b.

Da anskaffelsesforskriften av 2016 nylig trådte i kraft er det lite praksis om endringsklausuler etter § 28-1 (1) bokstav a. Endringsklausuler etter § 19-1 gir oppdragsgiver spillerom til å forta endringer etter at kontrakten er inngått. Hvor fleksibel adgangen er gjenstår å se, og det blir opp

---

<sup>29</sup> Sak 2009/208 (KOFA)

til praksis å sette grensen for hvor klare klausulene må være for at de kan hjemle vesentlige endringer.

### **3 Vilkårsbestemte hjemler for endring**

#### **3.1 Tilleggsleveranser**

##### **3.1.1 Bestemmelsen og dens formål**

Etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c kan oppdragsgiver foreta endringer som gjelder nødvendige tilleggsleveranser dersom skifte av leverandør ikke kan skje av tekniske eller økonomiske grunner, og det vil medføre betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiveren. Hver enkelt endring kan ikke medføre en prisøkning som overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien, og endringene kan ikke foretas med sikte på å omgå forskriften.

Adgangen til å foreta tilleggsleveranser gir oppdragsgiver spillerom hvor skifte av leverandør ikke kan skje på grunn av særlige vanskeligheter av økonomisk eller teknisk art. Bakgrunnen for § 28-1 (1) bokstav d er at der leverandørskifte ikke er mulig og et skifte vil medføre betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader, vil det være unødvendig bruk av ressurser å utlyse en ny konkurranse og det er derfor gitt adgang til å foreta endringer i form av nødvendige tilleggsleveranser i slike tilfeller.

##### **3.1.2 Vilkår**

Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c tar sikte på endringer som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten. Det er dermed tale om tilfeller hvor det ikke er inntatt en endringsklausul i kontrakten med leverandøren som hjemler eventuelle tilleggsleveranser.

Uttrykket ”tilleggsleveranser” tilsier at det må være noe som kommer i tillegg til den opprinnelige leveransen, og det må være en sammenheng mellom tilleggsleveransen og den opprinnelige ytelsen. Det kan være tale om noe som delvis erstatter eller supplerer den opprinnelige leveransen, men det vil være utenfor ordlyden dersom det er tale om fullstendig erstatning.

I sak 2009/131<sup>30</sup> hadde Statens innkrevningssentral inngått avtale med HP om kjøp av high-end entrepris-servere type HP SuperDome #1. Etter noen år økte antall brukere og saksmengden, noe som medførte et behov for økt kapasitet på serveren. Statens innkrevningssentral ba om et tilbud fra HP om ny server, og inngikk senere avtale om kjøp av SuperDome #3. Spørsmålet i saken var om dette var en ulovlig direkte anskaffelse eller om det var tale om en lovlig tilleggsleveranse.

KOFA vurderte om vilkårene i anskaffelsesforskriften av 2006<sup>31</sup> § 14-4, bokstav f var oppfylt. Etter denne bestemmelsen kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandør. Vilkårene etter anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav f er nokså like vilkårene i § 28-1 (1) bokstav c, se punkt 3.1.5 nedenfor.

KOFA uttaler at det må være en naturlig sammenheng mellom den opprinnelige hovedleveransen og den nye leveransen for at det skal kunne regnes som en tilleggsleveranse jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 115. I den aktuelle saken var det imidlertid tale om fullstendig utskiftning av server, og ikke en delvis fornyelse eller utvidelse. KOFA kom dermed til at det ikke var tale om en lovlig tilleggsleveranse, men en ulovlig direkte anskaffelse.

Når det imidlertid er en fullstendig utskiftning av hovedleveransen, vil det ikke lenger være noe som kommer i tillegg til den opprinnelige anskaffelsen. En fullstendig utskiftning regnes derfor ikke som en tilleggsleveranse etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c. Hadde det for eksempel oppstått et behov for vedlikehold eller service på serveren som ikke var en del av den opprinnelige avtalen, og det kun var HP som kunne levert disse ytelsene kan det tenkes at hjemmelen hadde kommet til anvendelse. I et slikt tilfelle ville det helt klart vært tale om en tilleggsleveranse.

Videre gjelder bestemmelsen tilleggsleveranser som er ”nødvendige”, noe som tyder på at det må gjelde en leveranse som er sentral for oppfyllelsen av hovedytelsen og setter en terskel for hvilke tilleggsleveranser som tillates uten ny kunngjøring av konkurranse. Det følger av forarbeidene til den danske udbudsloven at hovedytelsen må fremstå som uferdig uten tilleggsleveransen.<sup>32</sup> Dersom oppdragsgiver ønsker tilleggsleveranser på grunn av nye ønsker og preferanser om ytelsen er dette ikke en ”nødvendig” tilleggsleveranse.

---

<sup>30</sup> Sak 2009/131 (KOFA)

<sup>31</sup> Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

<sup>32</sup> L 164 Forslag til Udbudslov side 195

For at endringshjemmelen skal komme til anvendelse, må oppdragsgiver av ”tekniske eller økonomiske grunner” ikke kunne bytte leverandør jf. anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c nr. 1. Eksempler på dette er tilfeller hvor tilleggsleveransen skal erstatte eller være kompatibel med eksisterende utstyr eller installasjoner som ble anskaffet ved den opprinnelige kontrakten jf. bokstav c nr. 1.

Etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c nr. 2 må skifte av leverandør medføre betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader. Mellom bokstav c nr. 1 og nr. 2 står det ”;”. Semikolonet signaliserer at ”og” som står mellom nr. 2 og nr. 3 også gjelder for nr. 1. Vilkårene i nr. 1, nr. 2 og nr. 3 er dermed kumulative. Dette fremgår helt klart av direktivet hvor det står ”og” mellom nr. 1 og nr. 2.

Kravet om at skifte av leverandør vil medføre betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader vil imidlertid alltid være oppfylt dersom leverandørskifte er umulig på grunn av tekniske eller økonomiske grunner. Det har formodning mot seg at bestemmelsens nr. 2 skal være uten praktisk betydning, noe som taler for at vilkårene må anses som alternative. Noe annet vil gi dårlig sammenheng.

I anskaffelsesforskriften § 28-1 (1), bokstav d om uforutsette omstendigheter står det eksplisitt at begge vilkårene må være oppfylt for at hjemmelen kommer til anvendelse. Bokstav c som gjelder tilleggsleveranser har ikke en slik utforming, noe som også taler for at vilkårene er alternative.

Adgangen til å foreta tilleggsleveranser skal gi oppdragsgiver mer spillerom. Dersom det ikke er mulig å bytte leverandør, er det helt klart dekket av bokstav c nr. 1. Det burde imidlertid ikke bare være adgang til endring der det er umulig å skifte leverandør, også i tilfeller hvor et leverandørskifte vil medføre betydelig vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader bør det være en slik adgang. Ved en slik adgang vil oppdragsgiver unngå unødvendig verdiforsspillelse og bruk av ressurser. Dette taler også for at vilkårene er alternative.

Hvorvidt vilkårene skal tolkes kumulativt eller alternativt, blir imidlertid opp til praksis å avklare.

Forutsatt at vilkårene er alternative, vil det være adgang til å foreta nødvendige tilleggsleveranser der skifte av leverandør må medføre ”betydelige” vanskeligheter eller ”vesentlige” ekstrakostnader. Det må være tale om vanskeligheter og ekstrakostnader utover det som normalt følger ved skifte av leverandør. Grensen må trolig trekkes mot det

uforholdsmessige.<sup>33</sup> Vurderingen er om det vil være uforholdsmessig for oppdragiver å bytte leverandør. Dersom bytte av leverandør vil medføre større kostnader enn det tilleggsleveransen er verdt vil det være uforholdsmessig å kreve at oppdragsgiver skal utlyse en ny konkurranse, eller dersom bytte av leverandør vil være uforholdsmessig vanskeligere enn å la den opprinnelige leverandøren foreta tilleggsleveransen.

### 3.1.3 Begrensninger

Etter anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav c kan ikke tilleggsleveransen overstige 50 prosent av kontraktens verdi. Foretas det flere endringer etter hverandre gjelder begrensningen for ”hver enkelt endring”. Hva som skal regnes som én endring er imidlertid ikke klart definert.

Lasse Simonsen skriver i sin artikkel i *Ugyldighet i privatretten* at formuleringen kan forstås på flere måter. Han anfører, ”skal alle endringsbehov man på ett tidspunkt har oversikt over, regnes som én endring (samtidighetssynspunkt), eller er det den fysiske, funksjonelle og økonomiske sammenhengen som er avgjørende?”.<sup>34</sup>

Spørsmålet som reises er hvordan ”hver enkelt endring” skal forstås. Det kan tenkes at alle endringsbehov innenfor ett tidspunkt skal sees samlet. Dette omfatter både de endringene oppdragsgiver har bestilt, samt endringer som oppdragsgiver ennå ikke har bestilt, men som han har oversikt over. Dette innebærer i så fall at alle de nevnte endringer må ha en samlet verdi på under 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for å ha hjemmel i § 28-1 bokstav c. En annen mulighet er at det kun er de endringene som har en fysisk, funksjonell og økonomisk sammenheng som må ha en samlet verdi under 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.

Verken bestemmelsen i § 28-1 bokstav c eller direktivet gir noe svar på dette spørsmålet. Det kan imidlertid hentes veiledning fra anskaffelsesforskriften § 5-4. Når oppdragsgiver skal beregne verdien av en anskaffelse etter § 5-4 skal det blant annet tas i betraktning om de ulike delene henger funksjonelt sammen, oppfyller samme behov og den tidsmessige sammenhengen. Selv om oppdragsgiver har delt opp anskaffelsen i flere kontrakter skal verdiene av disse vurderes samlet dersom de nevnte betraktningene tilsier at det i realiteten er én anskaffelse. Samme betraktninger kan gjøres gjeldende for begrensningen etter § 28-1 bokstav c. Hensynet bak denne regelen er at oppdragsgiver ikke skal kunne dele opp anskaffelsen i flere kontrakter for å omgå regelverket.

---

<sup>33</sup> Se direktivets fortale avsnitt 108 siste setning

<sup>34</sup> Se Simonsen (2016) side 430

En verdigrense på 50 prosent kan gi oppdragsgiver motivasjon til å dele opp endringene dersom de til sammen overstiger denne verdien. Ved å dele opp endringene i flere leveranser kan oppdragsgiver sørge for at leveransene ikke overstiger verdigrensen, og oppdragsgiver slipper dermed å kunngjøre en ny konkurranse etter regelverket.

Det følger imidlertid eksplisitt av § 28-1 bokstav c nr. 3 siste setning at oppdragsgiver ikke skal kunne omgå regelverket ved å dele opp tilleggsleveransene. Ettersom det uansett ikke vil være adgang til å dele opp endringene i flere leveranser for å omgå verdigrensen, er det ikke avgjørende hva som blir tolkningsresultatet av ”hver enkelt endring”. Foretar oppdragsgiver en unaturlig oppdeling av endringene vil dette fanges opp av omgåelsesregelen.

#### 3.1.4 Kunngjøring

Dersom oppdragsgiver foretar en tilleggsleveranse etter bokstav c, må dette kunngjøres etter anskaffelsesforskriften § 21-1 jf. § 28-1 (3). Dette skjer ved at oppdragsgiver publiserer en kunngjøring om den endringen som er foretatt i Doffin i samsvar med skjemaet ”Endring i inngått kontrakt” jf. § 21-1 (1).<sup>35</sup>

Oppdragsgiver skal kunngjøre når det er foretatt en endring jf. direktivets artikkel 72 nr. 1 siste ledd, og skal kunngjøres på tilsvarende måte som oppdragsgiver må kunngjøre en konkurranse eller kunngjøre en kontraktsinngåelse. Kunngjøringen sikrer muligheten til kontroll med oppdragsgiver og at endringene faktisk har hjemmel i anskaffelsesforskriften § 28-1.

#### 3.1.5 Sammenligning med anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c

Etter anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c kan oppdragsgiver gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom det er tale om en tilleggsleveranse med den opprinnelige leverandøren. Bestemmelsen gjelder kun for varekontrakter, i motsetning til anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c. Adgangen til å gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse etter § 13-4 bokstav c ligner på anskaffelsesforskriften av 2006 § 14-4 bokstav f som ble nevnt i saken fra KOFA over.<sup>36</sup> Innholdet er videreført i den nyeste bestemmelsen, men det er valgt en litt annen ordlyd.

Vilkårene etter anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c er at tilleggsleveransen skal delvis erstatte eller utvide eksisterende leveranser eller installasjoner, hvor det på grunn av tekniske

---

<sup>35</sup> Se Nærings- og fiskeridepartementet (2017) punkt 3.3

<sup>36</sup> Sak 2009/131 (KOFA)

egenskaper ikke vil være mulig å skifte leverandør eller det vil være uforholdsmessig teknisk vanskelig. Disse vilkårene er tilsvarende vilkårene som er oppstilt i anskaffelsesforskriften § 28-2 (1) bokstav c, men inneholder ikke det økonomiske aspektet.

Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c gjelder kun endring under kontraktens løpetid.<sup>37</sup> Dette følger av tittelen til artikkel 72 i direktiv 2014/24 hvor det står "[æ]ndring af kontrakter i deres løbetid". I anskaffelsesforskriften står det imidlertid kun "endringer i kontrakten". Det er likevel klart at den norske forskriften skal forstås lik som direktivet.

Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c gjelder tilfeller hvor det allerede er inngått en kontrakt og har oppstått et behov for endring for å kunne ferdigstille kontraktsgjenstanden. Anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c gjelder imidlertid behov for tilleggsleveranser etter at kontraktsperioden er avsluttet. Sistnevnte kan nok også komme til anvendelse under kontraktens løpetid, men det er mer naturlig å bruke endringshjemmelen i slike tilfeller.

Videre er det en tidsbegrensning i anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c, tilleggsleveransen skal normalt ikke ha en varighet på over tre år. En tilsvarende begrensning er ikke inntatt i endringshjemmelen, men her er det som nevnt en verdibegrensning hvor endringens verdi ikke kan overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.

Etter anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c, siste punktum kan ikke varigheten av "den opprinnelige kontrakten" og kontrakten om tilleggsleveranse normalt overstige tre år. I direktivet står det imidlertid at "løbetiden for disse kontrakter samt for kontrakter, der kan fornyes, må generelt ikke overstige tre år". Uttrykket "disse kontrakter" må forstås som de kontraktene som § 13-4 bokstav c hjemler, tilleggsleveranser. Direktivet nevner dermed ingenting om den opprinnelige kontrakten slik den norske forskriften gjør. Lovgiver synes å ha oversatt feil eller misforstått bestemmelsen.

Den riktige forståelsen av § 13-4 bokstav c er sannsynligvis at en kontrakt om tilleggsleveranse normalt ikke kan overstige tre år, og denne grensen må også gjelde dersom det inngås flere slike kontrakter etter § 13-4 bokstav c.

### **3.2 Uforutsette omstendigheter**

---

<sup>37</sup> Se Nærings- og fiskeridepartementet (2017) punkt 3.3



### 3.2.1 Bestemmelsen og dens formål

Dersom det inntreffer ”omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse” kan oppdragsgiver foreta ”nødvendige” endringer som følge av dette. Endringen kan imidlertid ikke endre ”anskaffelsens overordnede karakter” og heller ikke medføre en prisøkning på over 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien jf. anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d.

Anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav d har et videre anvendelsesområde enn § 28-1 bokstav c, da denne hjemler endringer generelt. Endringshjemmelen i bokstav d dekker dermed også tilleggsleveranser, som etter bokstav c. Forskjellen mellom adgangen til å bestille tilleggsleveranser etter endringshjemlene er blant annet at bokstav c også hjemler tilfeller hvor oppdragsgiver burde forutsett endringsbehovet på kunngjøringstidspunktet.

Endringsadgangen etter bokstav d gir oppdragsgiver spillerom til å foreta endringer for å tilpasse kontrakten i de tilfellene hvor det har oppstått uforutsette omstendigheter, slik at oppdragsgiver slipper å utlyse en ny konkurranse. Oppdragsgiver har et særlig behov for spillerom hvor det er tale om langsiktige og komplekse kontrakter. I avtaler som inngås for en lengre periode, vil det være vanskelig for oppdragsgiver å forutse alle forhold som kan oppstå i løpet av kontraktsperioden, og det derfor et større behov for fleksibilitet i slike kontrakter.

Klare tilfeller av uforutsette omstendigheter er force majeure-begivenheter. Dette er ytre omstendigheter som en oppdragsgiver ikke kan forutse på kunngjøringstidspunktet. Bestemmelsen har imidlertid en videre rekkevidde enn bare force majeure-begivenheter. Det avgjørende er om det er en omstendighet oppdragsgiver burde forutsett.

### 3.2.2 Aktsomhetsvurderingen

Hvorvidt oppdragsgiver var aktsom, beror på en vurdering om oppdragsgiver kunne og burde ha forutsett omstendigheten. Tidspunktet for vurderingen må være på det tidspunktet hvor den opprinnelige konkurransen ble kunngjort.<sup>38</sup>

Det følger av direktivets fortale avsnitt 109 at bestemmelsen gjelder omstendigheter som oppstår til tross for at oppdragsgiver har foretatt rimelig omhyggelige forberedelser ved den opprinnelige tildelingen av kontrakten. Dersom det oppstår behov for endringer som følge av at oppdragsgiver ikke har planlagt anskaffelsen godt nok, vil det ikke være adgang til endring etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d.

---

<sup>38</sup> Se Simonsen (2016) side 429

Videre følger det av fortalen at det i aktsomhetsvurderingen må det tas hensyn til ”de tilgjengelige midler, det spesifikke projekts art og kendetegn, god praksis på det pågående område og nødvendigheten av å sikre et relevant forhold mellom de ressurser, der anvendes til å forberede tildelingen, og dens forutsigelige verdi”.<sup>39</sup> Aktsomhetsvurderingen fremstår som fleksibel og tar hensyn til individuelle forhold hos oppdragsgiveren. Sentralt for vurderingen er proporsjonalitetsprinsippet. Hvor mye man kan kreve av oppdragsgivers forberedelser vil avhenge av anskaffelsens art og omfang. Ved langvarige og kompliserte kontrakter vil det være et større behov for å planlegge tildelingen godt, og det må stilles høyere krav til oppdragsgiveren. Men det er også i forbindelse med disse kontraktene at det er størst sjanse for at uforutsette omstendigheter inntreffer, og det er derfor behov for mer fleksibilitet. Hvor fleksibelt det er etter dette alternativet må imidlertid klarlegges gjennom rettspraksis.

Videre må det være årsakssammenheng mellom endringen og de uforutsette omstendighetene jf. ”nødvendige som følge av”. De uforutsette omstendighetene må ha utløst behovet for å gjøre endringer i kontrakten.

Det er begrenset hvilke endringer som kan foretas etter bokstav d jf. ”nødvendig[e]”, tilsvarende krav som under bokstav c. Det er kun de endringene som er nødvendige som følge av de uforutsette omstendighetene som er tillatt, oppdragsgiver kan ikke gjøre større eller andre endringer enn dette.

### 3.2.3 Eksempler og praksis

Ny lovgivning er et eksempel på en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke har forutsett.<sup>40</sup> Det kan tenkes at ny lovgiver stiller krav til ytelsen som er anskaffet, og det derfor må gjøres endringer. Tilfellet må vurderes konkret, og det avgjørende er om lovgivningen er noe oppdragsgiver kunne og burde ha forutsett på kunngjøringstidspunktet.

I CAS *Succhi di frutta*<sup>41</sup> kan det stilles spørsmål om det var en uforutsett omstendighet at det ikke var nok epler å betale med. I den aktuelle saken skjedde imidlertid endringen nokså raskt etter avtaleinngåelsen, noe som taler for at oppdragsgiver kunne og burde forutsett at det ikke ville være nok epler. Oppdragsgiver kunne dermed inntatt en klausul i kontrakten om at betaling kunne skje med andre frukter på nærmere vilkår.

---

<sup>39</sup> De direktivets fortale avsnitt 109

<sup>40</sup> Se Andreas Christensen og Daniel Batistoti Cesar (2016) side 438

<sup>41</sup> Sag C-496/99 CAS *Succhi di frutta*

I Udbudsloven argumenterer forfatterne<sup>42</sup> for at årsaken til at EU-domstolen ikke vurderte om det var tale om uforutsette omstendigheter er nettopp den korte tiden mellom kontraktsinngåelsen og endring av betalingsbetingelsene. Det vil ofte ha formodning mot seg at det er tale om omstendigheter en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse dersom endringer skjer rett etter kontrakten er inngått. Men det kan tenkes at det inntreffer omstendigheter hvor det likevel er tilfellet, dette beror som nevnt på en konkret vurdering. Et eksempel på dette er forse majeure-lignende tilfeller, hvor omstendighetene er utenfor oppdragsgivers kontroll.

I sak 2013/16<sup>43</sup> anskaffet Kystverket blant annet avfallshåndtering, drift og beredskap av vaskestasjon, leie av slepebåter og lektere, og oljeanalyser uten kunngjøring etter at et containerskip hadde forlist og det ble registrert lekkasjer i to oljetanker. KOFA vurderte om anskaffelsene var unntatt fra kunngjøringsplikten etter anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav d. Unntaket gjelder ”dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift”. KOFA uttalte at vurderingen måtte bero på om det var påregnelig at et havari av den typen skulle skje.

Etter å ha fått fremlagt informasjon om hvor sannsynlig det var at et havari av den typen ville inntre, kom klagenemnda til at det var tale om en uforutsett omstendighet. Saken illustrerer at det må vurderes konkret hvorvidt en omstendighet kan regnes som uforutsett.

I sak C-525/03<sup>44</sup> hadde Italia vedtatt bestemmelser om at kunngjøringsplikten kunne fravikes ved innkjøp av to helikoptre som skulle brukes til slukking av skogbranner. Saken ble imidlertid avvist på grunn av formaliteter. Generaladvokaten uttalte i sin vurdering at skogbranner er vanlig i Sør-Europa og kan ikke anses som uforutsette omstendigheter. Noen år kan skogbrannene imidlertid ha en uvanlig styrke eller omfang og kan i slike tilfeller anses som uforutsette. Saken illustrerer at omstendigheter som oppstår årlig som regel ikke kan regnes som uforutsette, og oppdragsgiver vil sjeldent være aktsom hvis ikke det er tatt høyde for dette på kunngjøringstidspunktet.

### 3.2.4 Begrensninger

Endringen kan imidlertid ikke medføre at anskaffelses overordnede karakter blir en annen, eller medføre en prisøkning på mer enn 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Det settes

---

<sup>42</sup> Se Andreas Christensen og Daniel Batistoti Cesar (2016) side 442

<sup>43</sup> Sak 2013/14 (KOFA)

<sup>44</sup> Sag C-525/03

en absolutt grense for hvor stor verdi endringen kan ha, samt en grense for karakteren av endringene. Dersom det foretas flere endringer gjelder grensen på ”50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien” for ”hver enkelt endring”. Se diskusjonen om dette vilkåret over.<sup>45</sup>

Endringer med hjemmel i bokstav d må i likhet med bokstav c kunngjøres etter anskaffelsesforskriften § 21-1 jf. (3).<sup>46</sup>

### 3.2.5 Sammenligning med anskaffelsesforskriften § 13-3, bokstav e

I anskaffelsesforskriften § 13-3, bokstav e er det inntatt en bestemmelse om at oppdragsgiver kan foreta en anskaffelse ved å bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom det er ”umulig å overholde fristene” for de andre prosedyrene som følge av ”forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren” og som ”oppdragsgiver ikke kunne forutse”. Kontraktens omfang skal imidlertid ”ikke være større enn strengt nødvendig”.

I likhet med hjemmelen i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1), bokstav c gjelder unntaket i § 13-3, bokstav e uforutsette omstendigheter og oppdragsgiver kan ikke inngå kontrakt med et omfang som er større enn nødvendig. I bokstav e er det imidlertid tidsnøden som legitimerer unntaket fra kunngjøringsplikten, mens det i bokstav c er den uforutsette omstendigheten alene som legitimerer endringsbehovet.

I bokstav e er det heller ikke en verdibegrensning på opptil 50 prosent av den opprinnelige kontraktens verdi, samt endring av kontraktens overordnede karakter. De to sistnevnte er det imidlertid naturlig at ikke er oppstilt i § 13-3 bokstav e, da denne bestemmelsen ikke gjelder endring av en inngått kontrakt.

Endringsadgangen etter anskaffelsesforskriften § 28-1 gjelder hvor det allerede er inngått en kontrakt og det har oppstått et behov for endring.<sup>47</sup> Anskaffelsesforskriften § 13-3 bokstav e gjelder imidlertid behov for tilleggsleveranser uten at det er foreliggende en eksisterende kontrakt. Sistnevnte kan nok også komme til anvendelse under kontraktens løpetid, men det er mer naturlig å bruke endringshjemmelen i slike tilfeller.

---

<sup>45</sup> Se punkt 3.1.3

<sup>46</sup> Se punkt 3.1.4

<sup>47</sup> Se punkt 3.1.5 om dette

## 4 Generalhjemlene

### 4.1 De minimis-regelen

Det fremgår av anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b at oppdragsgiver kan foreta endringer som gir en prisøkning som er lavere enn terskelverdiene i § 5-3 og under 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter. For bygge- og anleggskontrakter må prisøkningen være under 15 prosent. Endringen kan imidlertid ikke medføre at ”anskaffelsens overordnede karakter” forandres.

Hjemmelen gir oppdragsgiver fleksibilitet til å gjøre mindre justeringer under kontraktens løpetid, som for eksempel prisjusteringer, utvidelse av kontraktsperioden eller materielle endringer av ytelsen. Det er tale om endringer som må anses som bagatellmessige i lys av den opprinnelige kontraktens verdi, og hvor det sjeldent vil være hensiktsmessig å kreve at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse etter anskaffelsesregelverket. Forholdet mellom endringens verdi og de ressurser en ny kunngjøring av konkurranse krever, vil sjeldent være proporsjonalt i de tilfellene hvor vilkårene etter bokstav b er oppfylt. Bestemmelsen ivaretar dermed formålet om effektiv ressursbruk, da oppdragsgiver unngår å bruke tid og penger på å kunngjøre nye konkurranser for bagatellmessige endringer.

Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b er en generalhjemmel, alle endringer som gir en prisøkning under verdiene som er oppgitt i bestemmelsen er tillatt. Det er ingen spesielle vilkår i bestemmelsen annet enn at endringene har så liten verdi i lys av den opprinnelige kontraktsverdien at det ikke er betenkelig å tillate uten å kunngjøre ny konkurranse.

Etter anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav b må endringens verdi være lavere enn terskelverdiene i § 5-3 og under 15 prosent for bygge- og anleggskontrakter. Terskelverdigrensen i § 5-3 kan betegnes som den konstante verdien, da denne verdien er 1,75 millioner for vare- og tjenestekontrakter (for alle oppdragsgivere utenom statlige myndigheter) og 44 millioner for bygge- og anleggskontrakter jf. § 5-3 (1). Grensen på 10 prosent og 15 prosent kan kalles den relative verdien, da denne avhenger av den opprinnelige kontraktsverdien.<sup>48</sup>

Det er den konstante verdien som vil sette være den øvre grensen i de tilfellene hvor den opprinnelige kontraktens verdi er ti ganger høyere enn terskelverdiene i § 5-3 når det gjelder vare- og tjenestekontrakter. Dersom det er tale om en bygge- og anleggskontrakter må den

---

<sup>48</sup> Se Simonsen (2016) side 432

opprinnelige kontraktsverdien være 6,667 ganger høyere enn terskelverdien.<sup>49</sup> For vare- og tjenestekontrakter vil den konstante verdien være den øverste grensen dersom kontraktens verdi er over 17,5 millioner. I disse tilfellene vil endringer med en verdi under den konstante verdien på 1,75 millioner (terskelverdien) alltid være under 10 prosent. Dersom kontraktens verdi er under 17,5 millioner vil ikke terskelverdien være den øvre grensen, da verdier under 1,75 millioner kan være over 10 prosent av kontraktsverdien.

I tilfeller hvor endringens verdi er under 100 000 kroner kommer ikke anskaffelsesforskriften til anvendelse<sup>50</sup>, og det er derfor ikke krav om å kunngjøre ny konkurranse for slike anskaffelser. Dersom endringen har en lavere verdi enn dette vil det ikke være nødvendig å vurdere hvorvidt vilkårene etter de minimis-reglen er oppfylt. Oppdragsgiver kan i disse tilfellene uansett foreta en direkte anskaffelse.

Dersom den opprinnelige kontraktsverdien er for eksempel 4 millioner vil en endring med en verdi på 1 million utgjøre 25 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. For anskaffelser med en verdi lavere enn 1,1 millioner kroner (men over 100 000) er det kun anskaffelsesforskriftens del I som gjelder. Det er dermed ikke noen kunngjøringsplikt for oppdragsgiver i forbindelse med slike anskaffelser, men det er likevel et krav om at anskaffelsen så langt det er mulig skal være basert på konkurranse og i tråd med prinsippene i regelverket.

Hjemmelen i bokstav b gjelder endringer som gir en ”prisøkning”. Spørsmålet er om bokstav b også hjemler en endring hvor det skjer en reduksjon i prisen. I den tilsvarende bestemmelsen i direktivet<sup>51</sup> har man valgt en annen ordlyd, bestemmelsen gjelder endringer hvor ”værdien af ændringen” er lavere enn de nevnte verdigrensene. De minimis-regelen er tilsynelatende snevrere etter norsk rett.

Det har formodning mot seg at den norske regelen er snevrere enn direktivet. Anskaffelsesforskriften gjennomfører direktivets bestemmelser, og det er ingenting som tilsier at det er ment å gi den norske bestemmelsen et snevrere anvendelsesområde. Dette tyder på at § 28-1 (1) bokstav b også skal gjelde prisreduksjon.

Dersom det foretas flere endringer, skal prisøkningen beregnes på grunnlag av den samlede prisøkningen jf. § 28-1 bokstav b andre avsnitt andre setning. Den samlede prisøkningen kan tolkes som at man tar hensyn til endringer som øker prisen og som reduserer prisen. Det er den samlede verdien av endringene som skal vurderes ut i fra verdiene oppstilt i bestemmelsen.

---

<sup>49</sup> Tall og forklaringer hentet fra Simonsen (2016) side 432

<sup>50</sup> Anskaffelsesforskriften § 1-1

<sup>51</sup> Direktiv 2014/24 artikkel 72 nr. 2

Dette tyder på at det ikke er ment å gjøre endringsadgangen snevrere i norsk rett. De minimis-reglen må tolkes slik at den også dekker tilfeller hvor det er tale om en prisreduksjon.

Det er inntatt en absolutt begrensning i hjemmelen, endringen tillates ikke hvis det medfører at ”anskaffelsens overordnede karakter” blir endret. Se punkt 2.1.3 om ”anskaffelsens overordnede karakter”.

## 4.2 Vesentlige endringer

### 4.2.1 Den alminnelige vesentlighetsvurderingen

Gjennom rettspraksis har det blitt utviklet en lære om vesentlige endringer. Den sentrale dommen her er *Presstext*<sup>52</sup>, selv om tidligere dommer også har behandlet spørsmålet.

I *Presstext* ble det inngått en rekke endringer under kontraktens løpetid, og det var spørsmål om disse var vesentlige endringer som ville medføre brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Dersom endringene var vesentlige, var det i realiteten tale om en ny anskaffelse. Oppdragsgiver har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og endringene skulle blitt anskaffet gjennom en ny konkurranse etter regelverket.

EU-domstolen oppstilte tre tilfeller hvor endringer kan regnes som vesentlige endringer i *Presstext*-saken. Det første tilfellet er der det gjøres endringer i form av nye betingelser som, hadde de vært en del av konkurransegrunnlaget, ville medført at andre leverandører kunne deltatt eller at kontrakten kunne blitt tildelt en annen leverandør.<sup>53</sup> Videre vil det også være tale om vesentlige endringer dersom kontraktens anvendelsesområde utvides betraktelig til å dekke ytelser om ikke opprinnelig var omfattet<sup>54</sup>, den økonomiske balansen forskyves til fordel for leverandøren<sup>55</sup> eller endringen gjelder skifte av leverandør.<sup>56</sup> Sistnevnte vil ikke bli behandlet nærmere i denne oppgaven.

I det nye direktivet av 2014 ble læren om vesentlige endringer kodifisert. Det fremgår av anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav f at oppdragsgiver kan foreta endringer som ikke er ”vesentlige” jf. § 28-2.

---

<sup>52</sup> Sag C-545/06 *Presstext*

<sup>53</sup> Avsnitt 35

<sup>54</sup> Avsnitt 36

<sup>55</sup> Avsnitt 37

<sup>56</sup> Avsnitt 40

Adgangen til endring etter bokstav f gjelder uavhengig av verdi, og innebærer at selv om endringene overstiger verdiene i de minimis-regelen er det likevel adgang til å foreta endringer så lenge de ikke er ”vesentlige”.

En endring er vesentlig dersom innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten jf. anskaffelsesforskriften § 28-2. Ordlyden av ”vesentlig” tilsier at det skal en del til før endringen ikke kan tillates. Kjernen i bestemmelsen er endringer av kontraktens essensielle vilkår. Hvorvidt en endring er vesentlig beror på en konkret vurdering, hvor innholdet i kontrakten etter endringen må vurderes i lys av den opprinnelige kontrakten. Et moment i vurderingen er hvorvidt vilkåret har vært viktig for oppdragsgiver under anskaffelsesprosessen.

Et eksempel på en endring av et essensielt vilkår er Wall.<sup>57</sup> Etter at kontrakt var inngått med valgte leverandør var det ønske om å bytte underleverandør. Normalt vil ikke bytte av underleverandør være en vesentlig endring, da det sjeldent vil være essensielt for kontrakten. Det er som regel opp til leverandøren hvilke underleverandører som skal hjelpe til med å oppfylle kontrakten, og oppdragsgiver er normalt ikke part i avtalen mellom leverandør og underleverandør. I Wall var valget av underleverandør imidlertid sentralt for tildelingen av kontrakten, og EU-domstolen kom derfor til at bytte av underleverandør var en vesentlig endring. Oppdragsgiver skulle dermed kunngjort en ny konkurranse.

I anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav a til d er det oppstilt fire former for endringer som alltid vil være vesentlige, og som oppdragsgiver ikke kan foreta uten en ny kunngjøring. Selv om en endring ikke faller inn under et av de fire tilfellene, betyr ikke det at endringen er tillatt. En endring som faller utenfor de fire tilfellene må vurderes etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen. Dersom man etter denne vurderingen kommer til at endringen ikke er vesentlig, kan oppdragsgiver foreta endringen uten å kunngjøre en ny konkurranse jf. § 28-1 bokstav f.

Nå som anskaffelsesforskriften § 28-2 inneholder fire tilfeller hvor en endring alltid vil regnes som vesentlig, har den alminnelige vesentlighetsvurderingen fått mindre betydning.<sup>58</sup> Tidligere var disse vilkårene en del av en helhetsvurdering, men er i § 28-2 skilt ut som egne vurderingstemaer. Den alminnelige vesentlighetsvurderingen vil imidlertid dekke endringer som etter en helhetsvurdering må regnes som vesentlige, men som ikke dekkes av § 28-2 bokstav a til d.

---

<sup>57</sup> Sag C-91/08 Wall

<sup>58</sup> Se Simonsen (2016) side 440



Det vil være hensiktsmessig å vurdere om endringen faller inn under noen av disse fire tilfellene først, før man eventuelt går til den alminnelige vesentlighetsvurderingen. Bokstav a til d er så og si identiske med de tilfellene som ble oppstilt i Pressetext-saken, og oppstiller mer presise vurderingstemaer enn den alminnelige vesentlighetsvurderingen.<sup>59</sup>

#### 4.2.2 Endring av betingelser som kan ha påvirket konkurransen

Dersom endringen gjelder nye betingelser som, hadde de vært del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør, er det tale om en vesentlig endring jf. anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav a.

Etter direktivets bestemmelse vil det alltid være tale om en vesentlig endring dersom endringen gjelder nye betingelser som ville gitt andre leverandører adgang til å delta, mulighet for at oppdragsgiver ville akseptert et annet tilbud, eller som ville ha tiltrukket ytterligere deltakere i prosessen. I et slikt tilfelle vil endringen ikke være forenelig med prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet.

Anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav a har en annen formulering enn direktivets bestemmelse, men synes likevel å dekke de samme tilfellene. Endringer i kvalifikasjonskravene eller spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget kan medføre at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, ved at de hadde vært kvalifiserte til å delta eller at tilbudet ville vært akseptert, hadde endringen vært en del av den opprinnelige konkurransen. Det kan også tenkes at de aktuelle endringene ville gjort det interessant for andre leverandører å delta i konkurransen. Dersom endringen påvirker muligheten for deltakelse i konkurransen eller påvirker tildelingskriteriene hadde muligens kontrakten blitt tildelt til en annen leverandør enn den valgte.

Et eksempel på en endring av betingelsene er sak 2015/27<sup>60</sup>. Eidsvoll kommune hadde inngått avtale om tjenester for innsamling og transport av husholdningsavfall etter en åpen anbudskonkurranse. I konkurransegrunnlaget var det et krav om at kjøretøyene skulle ha minimum Euro 4 standard. I løpet av kontraktsperioden viste det seg at valgte leverandør brukte kjøretøy som hadde Euro 3 standard, noe som var i strid med kontrakten. I foreliggende tilfelle var det ikke tale om en avtalt endring, men manglende håndhevelse av kontrakten. KOFA viste til Arrowsmith<sup>61</sup> hvor det legges til grunn at manglende håndhevelse av kontrakten også kan

---

<sup>59</sup> Se Simonsen (2016) side 436

<sup>60</sup> Sak 2015/27 (KOFA)

<sup>61</sup> Se Arrowsmith (2014) side 591

regnes som en endring som krever kunngjøring av en ny konkurranse. Videre uttalte KOFA at oppdragsgiver ville mest sannsynlig hatt en plikt til å avvise tilbud dersom det inneholdt kjøretøy med en lavere standard, og det ville uansett gitt lavere uttelling i tildelingsevalueringen. På bakgrunn av dette ville det vært mulig for oppdragsgiver å akseptere andre tilbud enn tilbudet til den valgte leverandør. KOFA konkluderte med at det var tale om en vesentlig endring, og at oppdragsgiver dermed hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Andre eksempler på nye betingelser er at kontraktperioden forlenges eller flyttes, det er ønske om å leie i stedet for å eie eller at minstekrav til ytelsen endres. I slike tilfeller vil det ofte være andre leverandører som ville vært interessert i å delta, hadde endringen vært en del av den opprinnelige konkurransen. Det må imidlertid presiseres at dersom endringen skjer i medhold av kontrakt er det ikke tale om en vesentlig endring, se punkt 2.1. I slike tilfeller har leverandørene kjent til muligheten til å foreta en slik endring allerede ved kunngjøringen av konkurransen, og det kan vanskelig ha påvirket deltakelsen eller resultatet i anskaffelsesprosessen.

#### 4.2.3 Forskyvning av den økonomiske balansen

Etter anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav b vil det regnes som en vesentlig endring dersom kontraktens økonomiske balanse forskyves til fordel for leverandøren. I et slikt tilfelle vil leverandøren få en fordel som ikke har vært en del av konkurransen, og er ikke forenelig med prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet.

Dersom oppdragsgiver øker prisen uten at motytelsene øker tilsvarende, eller det bestilles tilleggsleveranser hvor kompensasjonen er for stor i forhold til leveransen, vil det skje en forskyvning av den økonomiske balansen til fordel for leverandøren.<sup>62</sup> Det kan imidlertid være problematisk å fastslå når kompensasjonen er for stor sammenlignet med leveransen. Enklere er det dersom det er tale om endringsarbeid i medhold av endringsklausuler. I disse tilfellene fremgår det av endringsklausulen hvordan kompensasjonen skal fastsettes, og har indirekte vært en del av konkurransen.<sup>63</sup>

Forbudet mot forskyvning av den økonomiske balansen til fordel for leverandøren tar først og fremst sikte på å hindre at oppdragsgiver og leverandør omgår regelverket. Oppdragsgiver kan ha foretrukket en av leverandørene allerede før tildelingen, og avtalt med leverandøren å gi det

---

<sup>62</sup> Se Arrowsmith (2014) side 284 (6-277)

<sup>63</sup> Se punkt 2.1 om endringsklausuler

laveste tilbud i konkurransen fordi de etter kontraktinngåelsen vil øke prisen for samme ytelse.<sup>64</sup> Videre skal forbudet sikre at kontrakten fortsetter å reflektere resultatet av den gjennomførte anskaffelsesprosessen.<sup>65</sup>

I Pressetext<sup>66</sup> ble det tillatt endringer som forskjøv den økonomiske balansen til fordel for oppdragsgiver. Under kontraktens løpetid ble myntenheten i Østerrike endret, og partene ble enige om å endre valutaen i kontrakten fra østerriksks shilling til euro. Denne endringen medførte en prisreduksjon på 0,3 prosent, da prisene ble rundet av for å gjøre betalingen enklere. Videre ble det enighet om ikke å prisindeksjustere vederlaget de neste to årene, noe som også medførte en ytterligere reduksjon i prisen, samt ble det avtalt en økning i rabatten fra 15 prosent til 25 prosent. De nevnte endringene ble tillatt av EU-domstolen da det var til fordel for oppdragsgiver.<sup>67</sup> I et slikt tilfelle er det ikke like betenkelig fordi leverandøren ikke får noen fordel som følge av endringen. Det er de umotiverte justeringene, som for eksempel prisøkning uten motytelser, som er i kjernen av denne bestemmelsen.

EU-domstolen uttalte også at dersom en endring er liten og kan forklares på en objektiv måte, kan det være adgang til å foreta slik endring uten at det kreves en ny kunngjøring.<sup>68</sup> Dersom konverteringen fra shilling til euro hadde medført en økning av prisen for å gjøre faktureringen enklere, kan dette tenkes å være tillatt da det vil være en liten endring som kan forklares på en objektiv måte. I slike tilfeller må det nok trolig være de minimis-regelen som hjemler adgangen til endringer. Etter § 28-2 bokstav b vil det alltid regnes som en vesentlig endring dersom den økonomiske balansen forskyves til fordel for leverandøren.

Er det imidlertid tale om en endring som medfører forskyvning i den økonomiske balansen til fordel for oppdragsgiver, kan det tenkes at dette er en ”vesentlig endring”, men det beror på en vurdering etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen.

Det er ikke bare prisøkning til fordel for leverandøren bestemmelsen stenger for. Forskyvning av risikofordelingen mellom partene må også regnes å være dekket av denne bestemmelsen.<sup>69</sup> Også i slike tilfeller vil det skje en forskyvning i den økonomiske balansen, og er en endring som ikke har vært en del av konkurransen.

---

<sup>64</sup> Se Arrowsmith (2014) side 584 (6-277)

<sup>65</sup> Se Arrowsmith (2014) side 584 (6-277)

<sup>66</sup> Sag C-545/06 Pressetext

<sup>67</sup> Se sag C-545/06 Pressetext avsnitt 62 og 85

<sup>68</sup> Se Sag C-545/06 Pressetext avsnitt 61

<sup>69</sup> Se L 164 Forslag til Udbudslov side 193

Dersom det er en forskyvning i den økonomiske balansen til fordel for leverandøren, vil det ofte kunne gitt et annet utfall i konkurransen. Justeringen av vederlaget kan for eksempel medføre at det ikke lenger var den valgte leverandøren som hadde det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, og at valget ville falt på en annen leverandør. Det er imidlertid ikke et krav om at utfallet i konkurransen ville blitt et annet, men om den økonomiske balansen er forskjøvet.<sup>70</sup>

#### 4.2.4 Utvidelse av kontraktens omfang

Endringer som utvider kontraktens omfang ”betydelig” vil alltid regnes som vesentlige endringer jf. anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav c.

Ordlyden av ”betydelig” tilsier det ikke gjelder enhver utvidelse, men at det må noe mer til. Hva som vil være en ”betydelig” utvidelse må vurderes konkret ut i fra blant annet kontraktens art, verdi og omfang. Det er imidlertid uklart hvor grensen går, men det må i alle fall være tale om utvidelser utover verdiene i de minimis-regelen i anskaffelsesforskriften § 28- (1) bokstav b.<sup>71</sup>

Videre gjelder bestemmelsen dersom kontraktens omfang utvides, og ikke dersom omfanget reduseres. Det kan tenkes å være mer betenkelig å utvide kontraktens omfang, da dette vil kunne dekke ytelser som ikke var del av den opprinnelige anskaffelser, og kan fremstå som en omgåelse av regelverket. Det er heller ikke adgang til å foreta utskiftninger av kontraktens ytelser, det må være tale om en utvidelse av kontrakten. Hvorvidt en reduksjon av kontraktens omfang eller en utskiftning av kontraktens ytelser kan tillates må bedømmes etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen.

En utvidelse av kontraktens omfang gjelder både kvalitative og kvantitative endringer. Dersom man bestiller mer av det den opprinnelige kontrakten beskriver eller bestiller noe helt annet vil det være tale om utvidelser av kontraktens omfang.

Dersom et sykehus har inngått en kontrakt om levering av frukt til alle avdelingene, og kontrakten utvides til å gjelde en nyopprettet avdeling er dette en kvantitativ endring av kontraktens omfang. Hvorvidt en slik utvidelse er ”betydelig” beror på en konkret vurdering av den opprinnelige kontrakten, som nevnt over.

---

<sup>70</sup> Se Arrowsmith (2014) side 584 (6-277)

<sup>71</sup> Se Simonsen (2016) side 439

En utvidelse av omfanget vil ofte tenkes å ha påvirket resultatet av konkurransen. Dette gjelder særlig dersom det gjøres utvidelser av kontrakten som gjelder andre former for ytelser enn det den opprinnelige kontrakten beskriver. Forbudet etter anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav c gjelder imidlertid der endringen utvider kontraktens omfang betydelig, og det er ikke et krav om at utvidelsen av omfanget må ha påvirket deltakelsen eller utfallet i den opprinnelige anskaffelsesprosessen. Vurderingene av vilkårene i anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav a til c vil kunne flyte over i hverandre i noen tilfeller.

I sak 2010/212<sup>72</sup> var det blant annet spørsmål om utvidelsen av en eksisterende avtale var en vesentlig endring av avtalen. Det var tale om å skifte ut de åtte eksisterende instrumentene, samt å låne to ekstra av de tilsvarende instrumentene. KOFA kom til at det ikke var en betydelig utvidelse av kontraktens omfang, og etter en helhetsvurdering ble det heller ikke regnet som en vesentlig endring.

I Valdres Ambulanses<sup>73</sup> kom nemnda til at en økning av aktivitetsnivået fra 274 000 kilometer til 380 000 kilometer, og hvor godtgjørelsen økte med rundt 9,6 millioner kroner var en vesentlig endring. Endringen medførte at aktivitetsnivået økte med rundt 38 prosent. Disse endringene medførte i dette tilfellet en betydelig utvidelse av kontraktens omfang og godtgjørelse at det i realiteten var tale om en ny tildeling av kontrakt.

#### 4.2.5 Forholdet mellom vesentlighetsregelen og de andre endringshjemlene

Endringshjemlene i § 28-1 bokstav a til d inneholder særskilte hjemler med mer presise vurderingstemaer som skaper forutberegnelighet for oppdragsgiver. Kommer en av de konkrete hjemlene til anvendelse har oppdragsgiver adgang til å foreta endringer, og det er ikke behov for å vurdere om endringen er vesentlig etter § 28-1 bokstav f jf. § 28-2.

Dersom det ikke foreligger en hjemmel etter § 28-1 bokstav a til d må man imidlertid falle tilbake på vesentlighetsregelen. Denne regelen er mer usikker enn de nevnte endringshjemlene da det beror på en helhetsvurdering av den konkrete kontrakten og endringen.

Ønsker oppdragsgiver å foreta en endring etter § 28-1 bokstav c eller bokstav d, men endringen overstiger 50 prosent-grensen, kan det reises spørsmål om det skal kunne være adgang til å tillate en slik endring etter vesentlighetsregelen i § 28-1 bokstav f.

---

<sup>72</sup> Sak 2010/212 (KOFA)

<sup>73</sup> Sak 2005/100 (KOFA)

En endring som overstiger 50 prosent-grensen vil tilsvare over halvparten av kontraktens opprinnelige verdi. I utgangspunktet skulle dette tilsi at endringen vil anses som en vesentlig endring. Det bør i alle tilfeller være klart at det å overstige 50 prosent-grensen i seg selv vil være et tungtveiende argument for at endringen er vesentlig. Dette tilsier at regelen heller ikke bør tolkes slik at det er adgang til en slik endring etter vesentlighetsregelen i § 28-1 bokstav f.

I samme retning er det et argument at endringshjemlene i bokstav c og bokstav d oppstiller en klar og fast verdigrense for når en endring er tillatt. Denne grensen er bevisst valgt av lovgiver og tyder på at endringer med en verdi utover dette må regnes som en ny anskaffelse, som må kunngjøres etter regelverket. Den bevisste verdiregelen tilsier at man ikke bør åpne for at slike endringer likevel kan foretas etter vesentlighetsregelen i § 28-1 bokstav f.

På den annen side kan det argumenteres med at endringshjemlene skal ivareta ulike formål, slik at det ovennevnte argumentet om en mulig, bevisst "lovgivervilje" ikke kan være avgjørende. Endringshjemmelen i § 28-1 bokstav c er en klar hjemmel som ivaretar oppdragsgivers behov for forutberegnelighet. Verdigrensen kan dermed sees på som et virkemiddel for å angi de klare tilfeller for når tilleggsleveranser kan tillates. Vesentlighetsregelen i bokstav f kan derimot anses å være en generalklausul som kan anvendes i andre tilfeller der særlige hensyn gjør at endring bør tillates, til tross for at de overstiger 50 prosentgrensen.

Direktivet gir imidlertid ingen anvisninger på hvordan forholdet mellom bestemmelsene er, og det må bli opp til EU-domstolen å avklare dette

## **5 Virkeområdet**

### **5.1 Innledende om virkeområdet**

Anskaffelsesforskriften § 28-1 fremstår som en uttømmende regulering av adgangen til å foreta endringer da den oppstiller ulike hjemmelsgrunnlag som oppdragsgiver kan foreta endringer etter. Det at reguleringen fremstår som uttømmende støttes av formuleringen i artikkel 72 nr. 5 i direktivet hvor det står at det er nødvendig med ny konkurranse i overensstemmelse med regelverket for andre endringer i en kontrakt enn de som er nevnt i artikkel 72 nr. 1 og nr. 2.

Steen Treumer anfører imidlertid at bestemmelsen ikke kan forstås som uttømmende, men må forstås som "a statement of principles".<sup>74</sup> Vurderingen videre blir om bestemmelsen kan forstås

---

<sup>74</sup> Se Steen Treumer, P.P.L.R. 2014, 3, side 148

slik at den uttømmende regulerer adgangen til å foreta enhver form for forandring i en inngått kontrakt.

Nedenfor vil dette bli tatt opp i forbindelse med ulike revisjoner av avtaler, og spørsmål om forlik ved uenighet.

## **5.2 Misligholdslæren**

### **5.2.1 Debitor har misligholdt sine forpliktelser**

Forholdet mellom misligholdslæren og adgangen til å foreta endringer i inngått kontrakt er ikke uttrykkelig regulert i anskaffelsesforskriften § 28-1.

Misligholder leverandøren sine forpliktelser etter kontrakten, kan oppdragsgiver gjøre gjeldende ulike misligholdsbeføyelser. Eksempler på slike misligholdsbeføyelser er erstatning, prisavslag, heving, retting og omlevering mv. Det klare utgangspunktet må være at dersom en part gjør gjeldende rettigheter i forbindelse med den annen parts mislighold av kontrakten, dreier det seg ikke om ”endringer” etter anskaffelsesloven § 28-1.

I forslaget til direktiv 2014/24<sup>75</sup> inneholdt artikkel 72 nr. 7 en regulering av adgangen til å foreta endringer ved mislighold. Etter artikkel 72 nr. 7 bokstav a kan ikke oppdragsgiver foreta endringer i kontrakten som tar sikte på å rette opp på kontrahentens mangelfulle utførelse i kontrakten, hvis det kan gjøres gjeldende misligholdsbeføyelser. Forslaget ble imidlertid opphevet, og er ikke inntatt i direktiv 2014/24.

Artikkel 72 nr. 7 ga uttrykk for at oppdragsgiver har adgang til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende overfor leverandøren, slik at det ikke er problematisk å kreve prisavslag, omlevering mv. etter regelverket for offentlige anskaffelser. Disse beføyelsene sikrer at balansen i kontrakten gjenoprettes som følge av misligholdet, og fungerer som virkemidler for å sikre kontraktsmessig oppfyllelse. Dersom oppdragsgiver gjør misligholdsbeføyelser gjeldende, har han ikke foretatt ”endringer” etter anskaffelsesforskriften § 28-1.

Bestemmelsen kan dermed ikke forstås slik at den uttømmende regulerer adgangen til å foreta enhver form for forandringer i en inngått kontrakt.

Slik forslaget var utformet, kunne oppdragsgiver ikke foreta endringer i kontrakten dersom misligholdsbeføyelsene var tilstrekkelige for å avhjelpe det misligholdet som hadde oppstått. Det er ikke alltid det er like hensiktsmessig for oppdragsgiver å gjøre misligholdsbeføyelser

---

<sup>75</sup> KOM/2011/0896

gjeldende. Dersom det er uklart om det foreligger et vesentlig mislighold, vil oppdragsgiver løpe en risiko ved å heve kontrakten. Det kan også tenkes at leverandøren vil gå konkurs dersom en misligholdsbeføyelse gjøres gjeldende.<sup>76</sup> I slike tilfeller kan det være ønskelig for oppdragsgiver å gjøre endringer i kontrakten fremfor å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende. Dersom partene blir enige om å løse dette gjennom endringer i kontrakten, i stedet for å gå til domstolene for å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende, er man imidlertid over på forlikssituasjoner. Dette vil bli vurdert nedenfor i punkt 5.5.

Dersom partene ikke oppfyller forpliktelsene de har i et kontraktsforhold vil det foreligge et mislighold av kontrakten. Hvis kreditor godtar misligholdet, og ikke krever kontraktsmessig oppfyllelse, kan dette være det likestilles med en endring av kontrakten.<sup>77</sup> Misligholdet medfører at oppfyllelsen av kontrakten ikke samsvarer med det partene ble enige om ved kontraktinngåelsen. I et slikt tilfelle må det vurderes om endringen, i form av et mislighold, kan tillates etter § 28-1.

### 5.2.2 Kreditor har misligholdt sine forpliktelser

Både oppdragsgiver og leverandør har forpliktelser i et kontraktsforhold. Forpliktelsene vil som regel fremgå av kontrakten, men kan også fremgå indirekte av kontrakten eller forholdene for øvrig.<sup>78</sup> Kreditor har for det første en pengeforpliktelse overfor debitor, men også en plikt til å medvirke til kontraktoppfyllelsen. Medvirkningsplikten følger av lojalitetsplikten partene har i et kontraktsforhold og er kodifisert i blant annet kjøpsloven § 51. Kreditor må yte slik medvirkning som det er rimelig å vente av han og motta eller hente ytelsen.<sup>79</sup>

Et annet eksempel på medvirkningsplikten til kreditor er NS 8405 punkt 19.2. Etter denne bestemmelsen skal byggherren medvirke ved å levere tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendig for utførelsen av kontraktarbeidet. Videre fremgår det av punkt 19.3 at byggherren skal stille det fysiske arbeidsgrunnlaget til rådighet slik at entreprenøren kan utføre kontraktarbeidet.

Dersom kreditor ikke yter den medvirkningen som kreves for at kontrakten kan oppfylles, kalles dette kreditormora. Etter NS 8405 24.1 bokstav b har entreprenøren krav på fristforlengelse, samt vederlagsjustering jf. punkt 25.2 bokstav b dersom det foreligger svikt ved byggherrens medvirkning etter punkt 19 og 20. Dette er medvirkning som kreves for at entreprenøren kan

---

<sup>76</sup> Se Thue (2013) side 160

<sup>77</sup> Se Arrowsmith (2014) side 591

<sup>78</sup> Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 104

<sup>79</sup> Se kjøpsloven § 51



fullføre kontraktarbeidet. Dersom oppdragsgiver ikke yter den medvirkningen som kreves for at entreprenøren kan fullføre sine forpliktelser etter avtalen, vil entreprenørens plikter suspenderes frem til oppdragsgiver har ytet medvirkning.

Fristforlengelse og vederlagsjustering etter NS 8405 punkt 24.1 og punkt 25.2 gjelder tilfeller hvor det ikke har vært mulig for leverandøren å fullføre kontraktarbeidet som følge av forhold som oppdragsgiver har ansvaret for. Det er oppdragsgiver som har skyld i forsinkelsene, og ikke leverandøren. Det er ikke tale om en bestilling fra oppdragsgiver, hvor partene blir enige om en endring, men en rettighet leverandøren har som følge av at oppdragsgiver har misligholdt sine plikter. Dersom leverandøren krever fristforlengelse etter NS 8405 punkt 24.1 som følge av at oppdragsgiver har misligholdt sine forpliktelser er ikke dette en "endring[er]" etter anskaffelsesforskriften § 28-1.

Bestemmelsen kan dermed ikke forstås slik at den uttømmende regulerer adgangen til å foreta enhver form for forandringer i en inngått kontrakt.

### **5.3 Force majeure**

Force majeure er tradisjonelt et uttrykk for utenfrakommende, ekstraordinære og for partene upåregnelige begivenheter.<sup>80</sup> Eksempler på slike begivenheter er krig, lockout, brann, opprør, blokadé mv. Mange kontrakter inneholder en klausul om force majeure. Dersom klausulen inneholder klart hvilke endringer som kan foretas dersom en force majeure-begivenhet inntreffer vil denne endringen kunne ha hjemmel i anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav a.

Hva som regnes som force majeure vil variere fra kontraktstype til kontraktstype. Det kan være tale om force majeure dersom det er oppstått begivenheter som gjør det fysisk umulig eller urimelig tyngende å oppfylle kontraktsforpliktelsen.

Foreligger det force majeure vil ikke leverandøren være ansvarlig for de forsinkelser som har oppstått, i slike tilfeller vil plikten til å oppfylle opphøre så lenge hindringen vedvarer. Virkningene av force majeure er dermed ikke en endring, men et forsvar mot forsinkelsesansvar.

Force majeure-begivenheter medfører at leverandørens plikter til å oppfylle kontrakten suspenderes. "[E]ndringer" etter § 28-1 er bestillinger fra oppdragsgiver, for eksempel i form av en tilleggsleveranse eller tilleggsarbeid, og dermed en avtale mellom partene. Suspensjon av

---

<sup>80</sup> Se Hagstrøm (2011) side 278

leverandørens plikter er en rettighet som denne parten har som følge av at det har oppstått force majeure-begivenheter.

Bestemmelsen kan dermed ikke forstås slik at den uttømmende regulerer adgangen til å foreta enhver form for forandringer i en inngått kontrakt.

#### **5.4 Revisjon som følge av læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36**

Hovedregelen i norsk rett er at avtaler skal holdes slik de er inngått og partene har selv risikoen for egne forutsetninger. Læren om bristende forutsetninger er imidlertid et unntak fra dette, og er utviklet gjennom langvarig rettspraksis.

Dersom forutsetningene for at partene har inngått en avtale brister, kan det være adgang til å sette avtalen til side helt eller delvis eller foreta endringer av avtalen. Det er imidlertid fire vilkår som må være oppfylt for at læren om bristende forutsetninger skal få anvendelse. For det første må avtalen ha blitt inngått under en bestemt forutsetning, og denne forutsetningen må ha bristet. Det er ikke et krav om at forutsetningen har vært bevisst. Videre må den bristende forutsetningen ha vært vesentlig for løftegiveren.<sup>81</sup> I dette ligger det at forutsetningen må ha vært motiverende for denne parten. Hadde løftegiver ved avtaleinngåelsen kjent til den bristende forutsetningen ville han ikke inngått avtalen eller ville inngått avtalen på andre vilkår, er det tale om en vesentlig forutsetning.<sup>82</sup> Forutsetningen må også ha vært synlig for løftemottakeren.<sup>83</sup> Løftemottaker må ha kjent til eller burde ha kjent til forutsetningen hos den andre parten.

Det siste vilkåret er at det må være tale om en relevant forutsetning. Det må foretas en helhetsvurdering om det er rimelig at risikoen skal gå over på løftemottakeren. Går risikoen over på løftemottakeren, kan han ikke lenger bygge rett på løftet.<sup>84</sup> Hvorvidt det er tale om en relevant forutsetning beror på en objektiv vurdering av hva som er en rimelig byrdefordeling for den aktuelle kontraktstypen.<sup>85</sup>

Læren om bristende forutsetninger gir adgang til å foreta revisjon av avtalen, det kan for eksempel være at kontraktens leveringstid må forskyves som følge av bristende forutsetninger

---

<sup>81</sup> Se Giertsen (2012) side 180

<sup>82</sup> Se Giertsen (2012) side 180

<sup>83</sup> Se Giertsen (2012) side 180

<sup>84</sup> Se Giertsen (2012) side 181

<sup>85</sup> Se Hagstrøm (2011) side 262

eller at vederlaget må oppjusteres. Høyesterett har vært nokså tilbakeholdne med å revidere kontrakter som følge av bristende forutsetninger, og terskel må anses å være høy. Eksempler på dette er Salhusbro-dommen og Oslo Vei-dommen.<sup>86</sup>

Etter lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) § 36 kan en avtale helt eller delvis settes til side eller endres dersom det ville virke "urimelig" eller være "i strid med god forretningsskikk" å gjøre den gjeldende. I vurderingen av om avtalen er "urimelig eller "i strid med god forretningsskikk" kan det blant annet legges vekt på senere inntrådte forhold jf. § 36 annet ledd.

Det må foretas en rimelighetsvurdering av avtalen. Det er avtalen partene har inngått som er urimelig, enten den var det allerede ved avtaleinngåelsen eller utviklingen i ettertid har medført at avtalen har blitt urimelig. Formålet med avtl. § 36 er å hindre misbruk fra den sterkeste kontraktsparten overfor den svakere part. Terskelen for revisjon etter avtl. § 36 er derfor høy når det er tale om to profesjonelle parter.

Revisjon av kontrakten etter læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 gjelder kontraktsforholdet som sådan. Disse fungerer som sikkerhetsventiler i kontraktsretten og sikrer at en kontraktspart ikke er forpliktet til å oppfylle en avtale som er urimelig, eller at det er rimelig at den andre parten bærer risikoen for den utviklingen som har skjedd eller ikke skjedd.

Læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 gir adgang til å foreta endringer for å gjenopprette en ubalanse i kontraktsforholdet. Det kan for eksempel være tale om en oppjustering av vederlag for å hindre at avtaleparten går konkurs dersom han må oppfylle etter kontraktens vilkår. Et annet eksempel er at leveringsfristen må forlenges, da det vil være urimelig å gjøre gjeldende den opprinnelige fristen.

Revisjonen tar sikte på å gjenopprette balansen i kontrakten, og er en rettighet partene har i et kontraktsforhold. Revisjon av kontrakten etter læren om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36 er dermed ikke en "endring[er]" etter § 28-1, da det ikke er tale om en avtale mellom partene.

Bestemmelsen kan dermed ikke forstås slik at den uttømmende regulerer adgangen til å foreta enhver form for forandringer i en inngått kontrakt.

---

<sup>86</sup> Rt. 1992 s. 922 (Salhusbro), Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei)

## 5.5 Forlik

I praksis vil det ofte oppstå tvist mellom partene om det i det hele tatt foreligger et mislighold og i hvilken utstrekning misligholdsbeføyelsene kan gjøres gjeldende. Partene kan også være uenige i hvilken utstrekning revisjon etter læren om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36 kan skje.

Oppstår det tvist mellom partene vil de ofte forsøke å løse dette gjennom et forlik. Et forlik er en avtale mellom partene hvor de står fritt til å avtale det de vil. Partene vil som regel være nødt til å inngå kompromisser for å komme til enighet. En slik avtale må regnes som en ”endring[er]” etter anskaffelsesforskriften § 28-1.

Dersom oppdragsgiver har regulert adgangen til å foreta endringer hvis det oppstår en tvist i en endringsklausul i kontrakten, er det klart at partene har adgang til å inngå et forlik i tråd med endringsklausulen.<sup>87</sup> Det er også klart at oppdragsgiver kan foreta en endring gjennom et forlik dersom det er i tråd med en av de andre endringshjemlene i § 28-1.

Et forlik skiller seg imidlertid fra andre endringsbehov, og det kan stilles spørsmål om en endring som følge av et forlik kan tillates selv om det ikke har hjemmel i en av endringshjemlene i § 28-1.

Intensjonen bak et forlik vil sjeldent være å reforhandle sentrale betingelser i kontrakten, men å komme frem til en løsning slik at partene enten får avsluttet kontraktsforholdet eller gjennomført kontrakten på en fornuftig måte. I direktivets fortale avsnitt 107 står det at vesentlige endringer i den opprinnelige kontrakten, særlig med hensyn til anvendelsesområdet og innholdet i partenes gjensidige rettigheter og plikter, viser partenes hensikt om å reforhandle viktige betingelser eller viktige vilkår i den gjeldende kontrakten. Dette tyder på at det må være adgang til å foreta endringer så lenge partene ikke har intensjon om å reforhandle viktige betingelser.

Formålet om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser taler for at oppdragsgiver må ha adgang til å foreta fornuftige forretningsmessige endringer i en kontrakt, herunder inngå forlik for å løse problemer som oppstår underveis. Det å kunngjøre en ny anskaffelse etter regelverket er kostnads- og tidkrevende, og det vil i mange tilfeller være en bedre utnyttelse av ressursene å foreta en endring. Det kan også være risikabelt for oppdragsgiver å heve kontrakten dersom partene er uenige om hvem som har ansvaret for at det har oppstått vanskeligheter med å oppfylle kontrakten. Dette taler for at en endring i form av et forlik kan tillates selv om den ikke har hjemmel i en av endringshjemlene i § 28-1.

---

<sup>87</sup> Forutsatt at vilkårene etter denne endringshjemmelen er oppfylt. Se punkt 2.

Reglene om åpne og gjennomsiktige anskaffelsesprosedyrer og formålet om å hindre korrupsjon, taler imidlertid for at endringshjemlene i § 28-1 uttømmende regulerer adgangen til å foreta ”endringer”, og at det ikke er adgang til å foreta en endring som følge av et forlik dersom dette ikke kan hjemles i en av endringshjemlene i § 28-1.

EU-domstolen behandlet et lignende spørsmål i Finn Frogne fra september 2016.<sup>88</sup> I Finn Frogne hadde den danske stat tildelt en kontrakt om levering av et felles kommunikasjonssystem til den samlede beredskap og vedlikehold av dette til Terma. Kontrakten hadde en verdi på 527 millioner danske kroner. Under gjennomføringen av kontrakten oppstod det vanskeligheter med å overholde leveringsfristene, og ingen av partene påtok seg ansvaret for at vanskelighetene hadde oppstått.

Oppdragsgiveren og Terma inngikk etter hvert et forlik der leveringen av kommunikasjonssystemet ble begrenset til levering av radiokommunikasjon til enkelte politikretser. Denne leveringen hadde en verdi på ca. 35 millioner danske kroner. Partene ble også enige om at oppdragsgiver skulle kjøpe to serverfarme av Terma, som Terma etter den opprinnelige kontrakten skulle leie ut til oppdragsgiver. Serverfarmene hadde en pris på ca. 50 millioner danske kroner. Etter forliket hadde kontrakten dermed en verdi på ca. 85 millioner kroner.

Spørsmålet i saken var om en slik endring, i form av et forlik, kunne tillates uten at det ble kunngjort ny konkurranse. Østre Landsret slo fast at det var tale om en vesentlig endring, men vurderte om det likevel kunne tillates da det ikke var partenes vilje å reforhandle avtalen eller å omgå regelverket. Endringene var et resultat av at partene prøvde å komme til enighet i stedet for å heve kontrakten, og dermed risikere store tap. Da det var nær sammenheng mellom forliket om levering av radiokommunikasjon og den opprinnelige kontrakten mente Østre Landsret at en slik avtale måtte tillates. Dette var imidlertid ikke tilfelle for kjøpet av serverfarmene, og dette ble regnet som en vesentlig endring som oppdragsgiver måtte kunngjøre. Dersom oppdragsgiver endrer kontrakten fra å være en leiekontrakt til en kjøpskontrakt vil kontraktens overordnede karakter endres. Det er forskjell på det å leie utstyr og det å kjøpe utstyr, og det er klart at det ville kunne vært andre leverandører som ville vært interessert i avtalen dersom det hadde vært tale om kjøp av datasentre etter det opprinnelige konkurransegrunnlaget.

Saken ble anket til Høyesteret. Høyesteret ba EU-domstolen om en uttalelse om rekkevidden av artikkel 2 i direktiv 2004/18, herunder om likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet innebærer at oppdragsgiver ikke kan inngå forlik for å løse

---

<sup>88</sup> Sag C-549/14 Finn Frogne

vanskeligheter som har oppstått under oppfyllelse av kontrakten, uten at det utløser en plikt til å kunngjøre ny konkurranse.

EU-domstolen tok utgangspunkt i hovedregelen om at oppdragsgiver ikke kan foreta vesentlige endringer, og viser til kriteriene oppstilt i Presstext-saken. Videre legger EU-retten til grunn at en endring som medfører en reduksjon av kontraktens verdi og omfang kan gjøre anskaffelsen interessant for andre næringsdrivende, herunder flere av de mindre aktørene på markedet. Dersom partene foretar en slik endring etter at kontrakten er inngått vil dette være i strid med likebehandlingsprinsippet, og det er tale om en vesentlig endring.

Videre fremgår det av avsnitt 32 at partenes intensjoner ikke er avgjørende for om endringen kan tillates eller ikke. Selv om partene har ønsket å komme frem til en løsning som følge av vanskeligheter som har oppstått i forbindelse med kontraktens gjennomføring, kan ikke dette begrunne et unntak fra prinsippet om likebehandling. Heller ikke kan et prosjekts objektivt usikre karakter begrunne et slikt unntak.

EU-domstolen konkluderte med at det ikke var adgang til å foreta vesentlige endringer i en inngått kontrakt, selv om endringen er et resultat av at partene har inngått et forlik som følge av at det hadde oppstått vanskeligheter med å oppfylle kontrakten.<sup>89</sup> Hvorvidt en endring er vesentlig må bero på en objektiv vurdering på grunnlag av de kriteriene som ble oppstilt i blant annet Presstext.<sup>90</sup>

Videre fremhever EU-domstolen at dersom det er tale om en kontrakt av usikker karakter vil oppdragsgiver kunne angi endringsadgangen allerede ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget.<sup>91</sup> I et slikt tilfelle vil det være adgang til å foreta vesentlige endringer.<sup>92</sup>

Etter Finn Frogne<sup>93</sup> er det imidlertid ikke et forbud mot at partene kan inngå forlik. Det er helt klart adgang for partene til å inngå en avtale for å løse en tvist som har oppstått, men partene kan ikke avvike avtalen så mye at det er tale om vesentlige endringer.

Dersom forliket reflekterer det som domstolen ville kommet til, vil man sannsynligvis ikke si at det er en ulovlig endring. Dersom partene for eksempel har kommet frem til et prisavslag som ikke er noe annet enn det prisavslaget oppdragsgiver ville hatt krav på dersom de hadde

---

<sup>89</sup> Se Sag C-549/14 Finn Frogne avsnitt 40

<sup>90</sup> Se Sag C-549/14 Finn Frogne avsnitt 33, siste setning

<sup>91</sup> Se Sag C-549/14 Finn Frogne avsnitt 36 og 37

<sup>92</sup> Se punkt 2

<sup>93</sup> Sag C-549/14 Finn Frogne

gått til domstolene, er ikke dette en ”endring[er]” etter anskaffelsesforskriften jf. drøftelsen under 5.2.1. Det samme gjelder dersom endringen er i samsvar med adgangen til avtale revisjon etter læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36, jf. drøftelsen under punkt 5.4. Problemet er imidlertid at det vil knytte seg usikkerhet til om partenes avtale vil være i tråd med det domstolene ville kommet til. Når partene inngår et forlik vil avtalen bero på kompromisser, og det er ikke sikkert dette vil være samme resultat som en domstol ville kommet til.

Et forlik kan dermed tillates dersom det ikke medfører en vesentlig endring etter vesentlighetsregelen. Fremstår løsningen som en fornuftig forretningsmessig disposisjon for løsning av den tvisten som har oppstått kan dette imidlertid være et moment som taler for at endringen ikke er vesentlig.

Dersom endringen er en omskriving av avtalens sentrale betingelser kan den uansett ikke tillates dersom dette ikke har hjemmel i § 28-1 bokstav a til f. Forliket i Finn Frogne som gjaldt en endring fra leie av to serverfarmer til kjøp av disse er et eksempel på dette. Når det gjelder begrensningen av kontraktens omfang fra å gjelde levering av et felles kommunikasjonssystem til den samlede beredskap og vedlikehold av dette til levering av radiokommunikasjon til enkelte politikretser er dette en fornuftig forretningsmessig disposisjon. Endringen medførte imidlertid at kontrakten ville vært attraktiv for flere leverandører, hadde den vært en del av den opprinnelige konkurransen. Slike endringer er ikke tillatt etter anskaffelsesforskriften § 28-2 bokstav a, og var heller ikke tillatt etter læren om vesentlig endringer.

EU-domstolen vurderte ikke endringsadgangen etter artikkel 72 i direktiv 2014/24, da dette direktivet ikke kom til anvendelse for det aktuelle tilfellet. EU-domstolen kunne imidlertid vist til disse bestemmelsene, og sagt noe om forholdet mellom dagjeldende rett og de nye bestemmelsene i og med at artikkel 72 langt på vei kodifiserer gjeldende rettspraksis, og oppstiller klarere vilkår for når en endring er tillatt eller ikke.

I Finn Frogne<sup>94</sup> var det tale om et utenomrettslig forlik, som er en regulær avtale mellom partene. Det kan imidlertid vurderes om det stiller seg annerledes når det er tale om rettsforlik. I et slikt tilfelle er forliket rettslig bindende for partene, tilsvarende en rettskraftig dom. Retten har forsøkt å megle mellom partene for å komme frem til en god løsning for begge partene. Forliket vil derfor i stor grad være balansert og fornuftig. Det kan synes å være mindre betenkelig med rettsforlik enn utenomrettslige forlik, da det er mer enn bare en regulær avtale mellom partene. Det er likevel fortsatt de samme hensynene som gjør seg gjeldende både for rettsforlik og forlik.

---

<sup>94</sup> Sag C-549/14 Finn Frogne

## 5.6 Endringer under reklamasjonsperioden eller serviceperioden

Anskaffelsesforskriften gjelder endringer i kontraktens løpetid.<sup>95</sup> Kontraksperioden anses å være avsluttet ved levering, overtakelse eller når de normale oppgavene er avsluttet. Dette avhenger av kontraktstypen. Reklamasjons- og serviceperioden faller i utgangspunktet utenfor bestemmelsens virkeområde.

Spørsmålet som reises er om endringsadgangen i § 28-1 også gjelder for endringsbehov som oppstår i reklamasjonsperioden og serviceperioden.

Det kan tenkes at oppdragsgiver har kjøpt printere av leverandøren. Disse er levert og kontraksperioden anses å være avsluttet. Partene har imidlertid i tillegg til kjøp av printere en avtale om service på printerne årlig, samt service ved behov. Dersom oppdragsgiver ønsker å foreta endringer i kjøpsdelen av kontrakten etter at printerne er levert, ved for eksempel å oppgradere printerne til en nyere modell, er det ikke adgang til dette da kontraksperioden er avsluttet.

Ønsker oppdragsgiver derimot å foreta endringer i servicedelen, kan dette stille seg annerledes. Servicedelen av kontrakten er ikke avsluttet, noe som taler for at endringsadgangen i § 28-1 gjelder for endringsbehov som oppstår i serviceperioden. Endringsadgangen i et slikt tilfelle er imidlertid begrenset til servicedelen.

Slutter flere av printerne å fungere etter kort tid som følge av funksjonsfeil, kan oppdragsgiver reklamere og kreve nye printere dersom de ikke kan repareres. Krav på nye printere, i form av omlevering, er en misligholdsbeføyelse og faller i utgangspunktet utenfor anskaffelsesforskriften § 28-1.<sup>96</sup> Ønsker oppdragsgiver i forbindelse med omleveringen å oppgradere til en nyere modell, er det imidlertid tale om en endring. Dette tilfellet synes å skille seg fra vurderingen over om serviceperioden. Kontraksperioden må anses å være avsluttet da printerne er levert til oppdragsgiver. Dette taler mot at det bør være adgang til å kunne oppdragere til en ny modell etter anskaffelsesforskriften § 28-1.

Det er imidlertid en nær sammenheng mellom reklamasjonen og endringen. Det skal uansett leveres nye printere, og det kan være mer hensiktsmessig å foreta endring i forbindelse med dette enn å kreve en ny konkurranse. Dette taler for at det bør være adgang til å kunne oppdragere til en ny modell etter anskaffelsesforskriften § 28-1.

---

<sup>95</sup> Se punkt 3.1.5

<sup>96</sup> Se punkt. 5.2.1



Bestemmelsen regulerer uttrykkelig endringsadgangen i kontaktens løpetid. Oppdragsgiver har hatt mulighet til å foreta ønskede endringer under hele kontraktperioden. Når varene er levert eller bygget er overtatt synes muligheten til å foreta endringer innenfor samme kontrakt å være borte. Dette taler mot at det bør være adgang til å kunne oppgradere til en ny modell etter anskaffelsesforskriften § 28-1.

Hvorvidt endringsadgangen i § 28-1 også gjelder for endringsbehov som oppstår i reklamasjonsperioden og serviceperioden er imidlertid uklart, og direktivet regulerer ikke denne adgangen eksplisitt.

Dersom oppdragsgiver ikke kan foreta de nevnte endringene etter anskaffelsesloven § 28-1, vil det være en snever adgang til å foreta endringer i form av tilleggsleveranser etter anskaffelsesloven § 13-4 bokstav c.

## Litteraturliste

### **Lover, forskrifter og direktiver:**

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

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

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

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

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

Lov af 15. desember 2015 nr. 1564 (udbudsloven) (Danmark)

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

### **Forarbeider:**

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

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

L 164 Forslag til udbudslov (dansk forarbeid)

Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980 (lovdata)

KOM/2011/0896 Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om offentlige innkjøp

**Rettspraksis og nemndsavgjørelser:**

Rt. 1992 s. 922 (Salhusbro)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger)

Rt. 2005 s. 1601 (GULE SIDER)

Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei)

Sag C-496/99 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod CAS Succhi di Frutta SpA (CAS Succhi di Frutta) 29. april 2004

Sag C-525/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik 27. oktober 2005

Sag C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund) m.fl. (Presstext) 19. juni 2008

Sag C-91/08 Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH (Wall) 13. april 2010

Sag C-549/14 Finn Frogne mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (Finn Frogne) 7. september 2016

Avgjørelser fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA):

Sak 2005/100 Valdres Ambulanse mot Sykehuset Innlandet HF (Valdres ambulanse) 20. juni 2005

Sak 2009/131 Næringslivets hovedorganisasjon (NHO) mot Statens innkrevingsentral 26. november 2009

Sak 2009/208 Jørn Bekkevold Gårdsdrift mot Drammen kommune (Jørn Bekkevold Gårdsdrift) 20. september 2010

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

Sak nr. 2011/349 AS Forskaling mot Statens Vegvesen - Region Vest 18. november 2013

Sak nr. 2015/27 RenoNorden AS mot Eidsvoll kommune 30. juni 2015

### **Juridisk litteratur:**

Arrowsmith, Sue, "The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK", 2014

Christensen, Andreas og Daniel Batistoti Cesar, "Ændring af kontrakt", I: *Udbudsloven*, Steen Treumer (red), 2010 s. 421-447

Dragsten, Marianne H., "Offentlige anskaffelser: regelverk, praksis og løsninger", 2013

Giertsen, Johan, "Avtaler", 2. utgave, 2012

Hagstrøm, Viggo, "Obligasjonsrett", 2. utgave, 2011

Nærings- og fiskeridepartementet, "Endring i kontrakt", 2017, <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/ending-i-kontrakt/id2538035> [sist sjekket 22. april 2017]

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, "EØS-rett", 3. utgave, 2011

Simonsen, Lasse, "Endringer av kontrakter inngått av det offentlige – Art. 72 i direktiv 2014/24/EU", I: *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red), 2016 s. 415-442

Thue, Anders, Anne Buan og Kristine Røed Brun, "Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: med kommentarer", 2013

Treumer, Steen, "Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive", P.P.L.R., 2014, s. 148-155