

UiO : **Det juridiske fakultet**

Krav til utformingen av endringsklausuler i kontrakter underlagt anskaffelsesregelverket.

En sammenliknende analyse av anskaffelsesregelverket og
endringsklausulene i NS 8407, NTK 15 og SSA-T

Kandidatnummer: 660
Leveringsfrist: 25.04.2019
Antall ord: 16 823



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Rettskildebilde	2
2	RETTLIG RAMMEVERK FOR UTFORMING AV ENDRINGSKLAUSULER5	
2.1	Generelt om hensynene bak endringsadgangen.....	5
2.2	Bruk av endringsklausuler – FOA § 19-1 andre ledd	8
2.2.1	Innledning	8
2.2.2	Endringsklausulene må angis i anskaffelsesdokumentene.....	8
2.2.3	Krav til form og innhold	12
2.2.4	Klarhetskravet	16
2.2.5	Forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter.....	19
3	ENDRINGSKLAUSULER I NORSKE STANDARDKONTRAKTER.....	24
3.1	Innledning.....	24
3.2	Endringsklausulen må fremgå av anskaffelsesdokumentene	25
3.3	Form og innhold	26
3.3.1	Hvilke endringer kan pålegges.....	26
3.3.2	Omfanget av endringene	29
3.3.3	Vilkårene for å pålegge endringer.....	33
3.4	Klarhetskravet.....	39
3.5	Forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter	40
4	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	43
	KILDELISTE.....	45
	Internasjonale kilder.....	45
	Konvensjoner og direktiver	45
	Rettspraksis fra EU-domstolen.....	45
	Andre kilder	46
	Norske og utenlandske kilder.....	46
	Lover og forskrifter	46
	Forarbeider og rundskriv	46
	Standardkontrakter.....	47
	Rettspraksis og praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).....	47
	Litteratur	48

Andre kilder49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er kravene til utformingen av endringsklausuler i norske standardkontrakter når disse anvendes i kontraktsforhold som er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. Målet med oppgaven er å redegjøre for hvilke rettslige rammer anskaffelsesregelverket oppstiller for utformingen av slike endringsklausuler. Deretter vil jeg vurdere hvorvidt endringsklausulene i ulike norske standardkontrakter er utformet i tråd med disse rettslige rammene.

Endringsklausuler er kontraktsklausuler som gir oppdragsgiver kompetanse til å ensidig endre kontraktens opprinnelige rettigheter og plikter underveis i kontraktsfasen. Denne fasen reguleres som utgangspunkt av kontraktsretten.

I kontraktsretten er prinsippet om avtalefrihet og prinsippet om at avtaler skal holdes helt avgjørende for kontraktens gjennomføring. Når det gjelder allerede inngåtte kontrakter innebærer prinsippet om avtalefrihet at partene til en hver tid står fritt til å bestemme kontraktens innhold. Partene kan dermed tilpasse kontrakten til endrede omstendigheter og behov underveis i kontraktsforholdet. På denne måten sikrer partene et optimalt endelig resultat.

For offentlige oppdragsgivere kommer dette endringsspørsmålet i en særstilling. Anskaffelsesregelverket angir detaljerte regler for gjennomføringen av offentlige innkjøp. Offentlige myndigheter er underlagt strenge reguleringer blant annet når det gjelder kunngjøring av kontrakter, samt strenge prosedyrer for valg av kontraktsmotpart. Formålet med regelverket er å fremme ”effektiv bruk av samfunnets ressurser”. I tillegg skal det bidra til at det offentlige ”opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillitt til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte”.¹ Når man tar hensyn til de bakenforliggende EU-direktivene er det i tillegg klart at regelverket er ment å sikre gjennomføringen av et indre marked i EØS-området.

For at formålene med regelverket skal kunne realiseres må anskaffelsesregelverket få betydning også for tolkningen, og gjennomføringen av kontrakter etter kontraktsinngåelse. Dersom dette ikke var tilfellet ville det vært mulig for partene å bruke sin avtalefrihet til å gjøre store endringer i kontrakten, og dermed omgå regelverket for offentlige anskaffelser. Fra et anskaffelsesrettslig perspektiv blir dermed et spørsmål om en endring av en kontrakt er en nyanskaffelse, slik at anskaffelsesregelverkets krav til fremgangsmåte ved anskaffelser kommer til anvendelse.²

¹ Se LOA § 1

² Simonsen (2016) s. 415

Som utgangspunkt vil endringer med bakgrunn i endringsklausuler gå klar av forbudet mot vesentlige endringer jf. forskriften for offentlige anskaffelser (FOA) § 28-1 første ledd bokstav a. Dette forutsetter at vilkårene i FOA § 19-1 andre ledd om krav til angivelse i anskaffelsesdokumentene og til klausulens utforming er oppfylt. Endringsklausulene som brukes i kontrakter med det offentlige er som regel en del av standardkontrakter som er fremforhandlet av private aktører. I denne oppgaven vil jeg se nærmere på standarder innen entreprise, offshore og IT-anskaffelser. Disse inneholder detaljerte regler om adgangen til å bestille endringer, samt hvordan endringene skal gjennomføres i kontrakten. Ettersom private aktører ikke er underlagt de samme begrensningene i avtalefriheten som en offentlig aktør, er endringsmekanismene til dels utformet på bakgrunn av andre hensyn og interesseavveininger enn de som regelverket for offentlige anskaffelser bygger på. Dette kan skape problemer i forhold til FOA § 19-1 andre ledd dersom endringsklausulene anvendes ukritisk av partene.

Dette har ledet til følgende problemstillinger:

Hvilke rettslige rammer oppstiller anskaffelsesforskriften § 19-1 andre ledd for utformingen av endringsklausuler, tolket i lys av relevant EØS-rett.

Er endringsklausulene i standardkontraktene NTK 15, NS 8407 og SSA-T utformet i overensstemmelse med kravene som oppstilles i anskaffelsesforskriften § 19-1 andre ledd.

1.2 Rettskildebilde

Anskaffelsesretten er en kombinasjon av EU/EØS-rett og norsk rett. Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) inneholder ingen materielle bestemmelser som er direkte rettet mot offentlige anskaffelser. Traktaten gir likevel uttrykk for en rekke grunnleggende prinsipper som også offentlige innkjøpere må forholde seg til, forutsatt at det foreligger et grenseoverskridende element. Dette gjelder blant annet artikkel 18 (prinsippet om ikke-diskriminering), artikkel 34 (fri bevegelse av varer), artikkel 49 (etableringsfriheten) og artikkel 56 (tjenestefrihet).

Norges formelle forhold til EU-retten reguleres av EØS-avtalen. EØS-avtalen er en avtale mellom EUs medlemsland og EFTA-landene som sikrer sistnevntes tilgang til EUs indre marked. I denne forbindelse er EUs prinsipper om de fire friheter sentrale. Det indre markedet baserer seg på et felles regelverk som praktiseres likt av medlemslandene i EU, og av de EFTA-landene

som er part i EØS-avtalen.³ En forutsetning for at det dette indre markedet opprettholdes er at EUs regelverk tas inn i EØS-avtalen fortløpende, etter hvert som dette utvikles.

Direktiv 2014/24/EU ble vedtatt i februar 2014, og er en av flere rettsakter av betydning for offentlige anskaffelser. Direktivet omhandler offentlig innkjøp av varer og tjenester av nærmere angitt art, forutsatt at kontraktens verdi overstiger terskelverdiene i art. 1. Det kreves ikke at det foreligger et grenseoverskridende element for at direktivet kommer til anvendelse, men terskelverdiene er satt slik at leverandører i andre land som regel vil ha interesse i å sikre seg kontrakten. Som følge av EØS-avtalen var Norge forpliktet til å gjennomføre anskaffelsesdirektivene i norsk rett. Dette ble gjort gjennom lov om offentlige anskaffelser (LOA) med tilhørende forskrifter i 2016. Anskaffelsesregelverket er primært nedfelt i anskaffelsesforskriften, mens loven kun angir overordnede mål og prinsipper for offentlige innkjøp. I arbeidet med denne oppgaven har derfor anskaffelsesforskriften vært sentral.

I det norske regelverket er endringsadgangen regulert ulikt i FOA avhengig av kontraktens anslåtte verdi. Denne oppgaven omhandler kravene til endringsklausuler i kontrakter som er over EØS-terskelverdiene. Dette innebærer at FOA del 1 og del 3 kommer til anvendelse jf. FOA § 5-1 første ledd jf. § 1-1, og § 5-1 tredje ledd. For kontrakter over EØS-terskelverdiene angir FOA § 28-1 de ulike hjemlene for endringsadgang. Bestemmelsen svarer til direktiv 2014/24/EU art. 72.

Praksis fra EU-domstolen er en sentral rettskilde ved tolkningen av innholdet i EØS-avtalen og av direktivet. Ved vedtagelsen av det nye direktivet, samt gjennomføringen av dette i norsk rett, er adgangen til å endre offentlige kontrakter for første gang blitt regulert i sin helhet. Dette regelverket anses fremdeles som forholdsvis nytt hvilket innebærer at det ikke finnes rettspraksis direkte knyttet til direktivs art. 72 nr 1 bokstav a, eller til FOA § 19-1 andre ledd.

Tidligere ble adgangen til å gjøre endringer i en inngått kontrakt vurdert på bakgrunn av den ulovfestede læren om vesentlige endringer slik denne ble presisert i ”Presetext”.⁴ De nye reglene anses i stor grad for å være en kodifisering av denne ulovfestede læren.⁵ Dette innebærer at praksis, og juridisk teori knyttet til tidligere rett fremdeles har argumentasjonsverdi ved fastleggelsen av dagens rettstilstand.

³ EFTA-landet Sveits er ikke part i EØS-avtalen

⁴ Se C-454/06 ”Presetext”

⁵ Se Simonsen (2016) s. 418-419

Direktivets fortale er ikke rettslig bindende. EU-domstolen har derfor uttalt at fortalen ikke kan brukes som et argument for å fravike en bestemmelse, eller tolke den klart i strid med direktivets ordlyd.⁶ Uttalelser i fortalen kan likevel brukes til å belyse innholdet av bestemmelsen i situasjoner hvor det foreligger lite rettspraksis.

Homogenitetsprinsippet tilser at norske domstoler benytter samme tolkningsmetode som EU-domstolen og EFTA-domstolen ved tolkning av EØS-retten. I tillegg bør de legge de samme tolkningsresultatene til grunn. EØS-retten stiller krav til innholdet i norsk rett. Dette innebærer at rettspraksis fra EU,- og EFTA-domstolen er relevante rettskilder også ved fastleggelsen av innholdet i norske bestemmelser, som gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen i norsk rett.⁷

Det finnes ikke norsk høyesterettspraksis om problemstillingen. Det foreligger imidlertid en del relevante avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). KOFA er et uavhengig tvisteløsningsorgan som gir rådgivende uttalelser i spørsmål knyttet til anskaffelsesregelverket.⁸ Det forhold at KOFAs uttalelser kun er rådgivende medfører at uttalelsene har begrenset rettskildemessig vekt. Det har likevel betydning at KOFA består av jurister med særlig fagkunnskap. Videre har nemnda et stort sakstilfang noe som har resultert i bred erfaring og en vid oversikt over regelverket. Som følge av mangelen på annen rettspraksis på området har uttalelsene også spilt en stor rolle i utviklingen av dette rettsområdet. Det vil derfor vises til en del avgjørelser fra KOFA underveis i oppgaven.⁹

Nærings- og fiskeridepartementet har gitt ut en veileder til reglene for offentlige anskaffelser. Uttalelser fra denne veilederen vil i noen tilfeller trekkes frem for å belyse hvordan den norske lovgiver har ment at lovverket skal forstås. I tillegg vil det trekkes frem uttalelser fra veilederen til den danske udbudsloven. I likhet med det norske regelverket er udbudsloven basert på anskaffelsesdirektivet fra 2014. Uttalelsene kan dermed bidra til å belyse innholdet av direktivet, hvilket er viktig for å fastslå innholdet i norsk rett. Vekten av disse uttalelsene er begrenset til deres argumentasjonsverdi.

⁶ Se for eksempel C-7/11 ”Caronna” avsnitt 40

⁷ Arnesen og Stenvik (2015) s. 25-27

⁸ Jf. klagenemndforskriften § 1

⁹ Jf. Trygstad (2017) s. 29-30

2 RETTSLIG RAMMEVERK FOR UTFORMING AV ENDRINGSKLAUSULER

2.1 Generelt om hensynene bak endringsadgangen.

Regelverket for offentlige anskaffelser er et resultat av en interesseavveining hvor både nasjonale og EØS-rettslige hensyn har hatt stor betydning for utformingen av regelverket.

For å sikre at en oppdragsgiver opptrer i samsvar med de grunnleggende prinsippene om likebehandling, konkurranse, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet skal enhver kontrakt underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, og med en verdi over EØS-terskelverdiene kunngjøres jf. FOA § 5-3.¹⁰ Ved at oppdragene konkurransesutsettes på denne måten sikres også det grunnleggende EØS-rettslige hensynet til fri bevegelse av varer og tjenester.

Endringer i en inngått kontrakt kan motvirke flere av de grunnleggende prinsippene som anskaffelsesregelverket bygger på.

Lokale aktører med kjennskap til markedet vil lettere enn utenlandske selskaper kunne forutse at det kan oppstå et senere endringsbehov. Dette er en fordel fordi de kan utforme mer gunstige tilbud vel vitende om at det må gjøres endringer senere som de kan tjene på. Slike strategiske tilbud kan utformes på eget initiativ, men også med hjelp fra oppdragsgiveren. Dette strider mot hensynet til likebehandling, og mot det overordnede EU/EØS-rettslige prinsippet om ikke-diskriminering. Det kan også bidra til å hemme handel over landegrenser ved at det blir vanskeligere for utenlandske aktører å komme inn på markedet. Endringer etter kontraktsinngåelse kan derfor motvirke EU-rettens fire friheter.¹¹

Endringer i en inngått kontrakt kan også medføre at den opprinnelige anbudsvinneren ikke lenger er den som er best egnet til å utføre arbeidet. Dette motvirker det nasjonale lovverkets overordnede formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, ved at den inngåtte kontrakt ikke lenger er den som gir størst gevinst for pengene jf. LOA § 1. Dersom kontrakten hadde vært lagt ut med endringsarbeidet kan det tenkes at et annet tilbud ville vært valgt, eller at andre tilbydere ville ønsket å delta i anbudskonkurransen. Oppdragsgiver opptrer dermed i strid med det grunnleggende prinsippet om konkurranse dersom de ikke kunngjør en ny kontrakt ved slike endringer. Dette kan på sikt bidra til å hemme utviklingen av det private markedet.¹²

På den annen side er det klart at det i en rekke tilfeller er et reelt behov for å gjøre endringer i en inngått kontrakt. En viktig årsak til dette er at oppdragsgiver i mange kontraktsforhold ikke

¹⁰ Fiskeri og næringsdepartementet (2018) kap 32.

¹¹ Arrowsmith (2014) s. 578

¹² Arrowsmith (2014) s. 578

har full oversikt over hva man trenger ved kontraktsinngåelse. For at oppdragsgiver skal kunne sitte igjen med en kontraktsgjenstand som samsvar best mulig med deres behov på leveringstidspunktet er det nødvendig å kunne gjøre endringer underveis i kontraktens levetid.¹³ Dette er et av hovedhensynene bak endringsadgangen i standardkontraktene.

Mange av kontraktene som er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser strekker seg over et lengre tidsrom, gjerne flere år. Det er dermed praktisk vanskelig sammenlignet med tradisjonelle kjøp å forutse hvilke behov partene vil få underveis. Det kan for eksempel vise seg at den opprinnelige utformingen av et bygg ikke lenger er hensiktsmessig. Det vil da være i strid med formålet om effektiv ressursbruk¹⁴ dersom det likevel holdes fast ved den opprinnelige utformingen av bygget. I tillegg risikerer oppdragsgiver å stå igjen med et bygg som ikke kan brukes til sitt tiltenkte formål. Videre er mange av kontraktsgjenstandene ment å ha en lang levetid, og kontraktsgjenstandenes natur gjør at det ikke er like lett å erstatte dem med engang behovet tilsier det.¹⁵ I slike tilfeller kan en begrenset endringsadgang virke mot sitt formål og i stedet hindre effektiv ressursbruk i samfunnet.

Videre tilsier hensynet til kostnadseffektivitet og effektivitet i anskaffelsesprosessen at det er en viss endringsadgang. Det er store kostnader knyttet til utformingen av tilbud, og for alle andre enn vinneren av anbudskonkurransen vil disse kostnadene utgjøre et økonomisk tap. Dersom en ny kontrakt skal lyses ut hver gang det er aktuelt med en endring vil dette kunne lede til store tap hos enkelte aktører. Dette kan på sikt hemme konkurransen¹⁶ ved at aktører unngår å inngi tilbud for å spare penger.

Et annet moment er hensynet til effektiv tidsbruk. Dersom en ny kontrakt skal lyses ut hver gang det skjer en mindre endring i kontraktsforholdet vil dette være svært tidkrevende. Ved mindre endringer vil det ofte være den opprinnelige tilbyderen som vinner den nye kontrakten. Bakgrunnen for dette er at de allerede har utstyr og arbeidere på byggeplassen, og de kan derfor påbegynne endringsarbeidet med engang. I tillegg kan de gi lavere tilbud fordi de slipper ekstra kostnader knyttet til frakt av utstyr, innhenting av nye arbeidere med mer. Det vil dermed være mer tids,- og kostnadseffektivt for oppdragsgiver å velge den opprinnelige leverandøren sitt tilbud. I slike situasjoner bør partene slippe å bruke tid og ressurser på en ny anskaffelsesprosess som bare fører til at samme tilbyder velges på nytt.

¹³ Kaasen (2018) s. 316

¹⁴ LOA § 1

¹⁵ Hagstrøm og Bruserud (2017) s. 281.

¹⁶ LOA § 4

Avbalanseringen av disse hensynene har ført til at EU-retten allerede i sak C-337/98 “Matra” fra 2000 fastslo at det måtte legges begrensninger på endringsadgangen i forbindelse med offentlige anskaffelser. Vurderingstemaet ble deretter nærmere presisert i sak C-454/06 “Presstext” hvor det uttales at endringer i en inngått kontrakt anses som en ulovlig direkteanskaffelse dersom endringen er vesentlig. Begrunnelsen for dette er at vesentlige endringer påvirker kontraktens innhold i så stor grad at det anses som en ny kontrakt.¹⁷ Det kreves derfor at den kunngjøres på nytt. Læren om vesentlige endringer er senere blitt fulgt opp i praksis fra EU-domstolen, samt at den er lagt til grunn i norsk rett, både i praksis fra KOFA og i juridisk teori.

Læren om vesentlige endringer ble som nevnt kodifisert gjennom direktiv 2014/24/EU art. 72. Bestemmelsen oppstiller fire ulike grunnlag for å modifisere en avtale. Et av disse grunnlagene er gjennom avtalte endringsklausuler såfremt de fremgår av kontrakten mellom partene. Når muligheten for fremtidige endringer er inntatt i konkurransegrunnlaget vil alle tilbyderne ha like muligheter til å disse ta i betraktning ved inngivelse av sine tilbud. Endringene vil da, som Simonsen poengterer, være mindre problematiske fordi de i en viss forstand allerede er undergitt en kunngjort konkurranse ved inngåelse av hovedkontrakten.¹⁸

¹⁷ C-454/06 ”presstext” avsnitt 34

¹⁸ Simonsen (2016) s. 421

2.2 Bruk av endringsklausuler – FOA § 19-1 andre ledd

2.2.1 Innledning

EU-retten har tidligere oppstilt ulovfestede krav for utformingen av endringsklausuler. I sak C-496/99 “Succhi di Frutta” uttalte EU-retten at alle betingelser og bestemmelser i anledning til delingsprosessen skal formuleres “klart, præcist og utvetydige” for å ivareta kravet til gjennom-siktighet i anskaffelsesprosessen.¹⁹ Dette inkluderer også opplysninger om eventuelle endringsmuligheter. En endringsklausul som er utformet i tråd med disse kravene vil som hovedregel gå klar av forbudet mot vesentlige endringer.²⁰

Kravet om at endringsbestemmelsen skal formuleres “klart, præcist og utvetydige” er kodifisert i direktiv 2014/24/EU art. 72 nr 1 bokstav a. Bestemmelsen slår fast at dersom mulighetene for endringer fremgår av kontrakten gjennom ”clear, precise and unequivocal review clauses” vil det ikke være nødvendig med en ny anskaffelsesprosess. Direktivets art. 72 nr. 1 bokstav a er gjennomført i det norske anskaffelsesregelverket gjennom FOA § 28-1 første ledd bokstav a jf. § 19-1 andre ledd.

I følge den norske ordlyden skal endringsklausulen “angis i anskaffelsesdokumentene”, samt være utformet på en måte som klart angir “hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår ” jf. FOA § 19-1 andre ledd.

Bestemmelsen har ingen selvstendig betydning for kontraktsforholdet mellom partene, men legger en begrensning på oppdragsgivers avtalefrihet. På denne måten hindres partene fra å bruke endringsbestemmelser til å gi seg selv et tilnærmet ubegrenset spillerom,²¹ og på den måten omgå forbudet mot vesentlige endringer.

2.2.2 Endringsklausulene må angis i anskaffelsesdokumentene.

Etter direktivet er det et vilkår at endringsklausul har blitt synliggjort i ”the initial procurement documents” jf. art. 72 nr. 1 bokstav a. I FOA § 19-1 andre ledd er dette formulert som at endringsklausulen må fremgå av anskaffelsesdokumentene.

”Procurement documents” er legaldefinert i direktivets art. 2 nr. 1 trettende ledd. Begrepet er ment å omfatte alle dokumenter som er utarbeidet, eller referert til av oppdragsgiver, og som har relevans for fastsettelsen av anskaffelsens innhold. Terskelen for hvilke dokumenter som omfattes er dermed lav. I følge det norske regelverket er anskaffelsesdokumentene definert som en fellesbetegnelse for konkurransegrunnlaget, kunngjøringen og det europeiske egenerklæ-

¹⁹ Se C-496/99 ”Succhi di Frutta” avsnitt 111

²⁰ Se FOA § 28-1 første ledd bokstav a.

²¹ Se direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 111

ringsskjemaet jf. FOA § 4-2 bokstav b. Ved første øyekast kan det se ut til at den norske bestemmelsen er snevrere enn direktivets ordlyd. Systembetragtninger viser likevel at dette trolig ikke er tilfellet. Definisjonen av ”anskaffelsesdokumentene” omfatter også ”konkurransegrunnlaget” som er legaldefinert i FOA § 4-2 bokstav a. Definisjonen av konkurransegrunnlaget samsvarer nesten ordrett med innholdet i direktivets art. 2 nr. 1 trettende ledd. Når bokstav a og b ses i sammenheng blir det derfor tydelig at den norske ordlyden omfatter de samme dokumentene som direktivets ordlyd.

Ordlyden i den norske bestemmelsen avviker også fra direktivets ordlyd ved at sistnevnte viser uttrykkelig til de *opprinnelige* anskaffelsesdokumentene. Ordlyden er gjentatt i alle de ulike språkversjonene av direktivet, noe som tyder på et bevisst valg av ordlyd. Spørsmålet som reises i denne sammenheng er derfor om ordet ”initial” er ment som et selvstendig vilkår som ikke er videreført i FOA § 19-1 andre ledd

Dersom ordet ”initial” ikke er ment som et selvstendig vilkår, vil valget av ordlyd på dette punktet være uten betydning for direktivets innhold. Isolert sett taler dette for at ”initial” er ment å ha selvstendig betydning. Denne forståelsen støttes også opp systembetragtninger. Etersom ”procurement documents” er legaldefinert i direktivet vil det å legge til ordet ”initial” sende signaler til rettsanvenderen om at begrepet er gitt en snevrere definisjon i denne bestemmelsen enn ellers i lovverket. Denne tolkningen samsvarer også best med forståelsen av at dette har vært et bevisst valg av ordlyd fra EU-lovgivers side. Det er dermed naturlig å forstå ordlyden slik at endringsklausulen må fremgå av de opprinnelige anskaffelsesdokumentene, slik disse fremsto ved utlysningen av anbudskonkurransen.

Ordlyden i FOA § 19-1 andre ledd inneholder ikke en tilsvarende uttrykkelig henvisning til de *opprinnelige* anbudsdokumentene. I stedet gir FOA § 14-2 første ledd uttrykkelig hjemmel til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp, så fremt disse ikke er vesentlige. Etter bestemmelsens ordlyd vil det derfor kunne oppstå motstrid mellom det norske og det EU-rettslige regelverket i to tilfeller. Det ene er der hvor anbudsdokumentene ikke inneholder en endringsklausul, men det gjøres endringer etter kunngjøring for å inkorporere en slik klausul. Det andre tilfellet er der hvor anbudsdokumentene inneholder en endringsklausul men det gjøres endringer etter kunngjøring som utvider eller reduserer omfanget av denne.

Hvorvidt en endring av konkurransegrunnlaget er ”vesentlig” avhenger av en konkret helhetsvurdering. Som utgangspunkt vil en endring normalt anses som vesentlig dersom den kan ha påvirket potensielle leverandørers ønske, eller mulighet til å delta i anbudskonkurransen.²²

²² Se Thue mfl., (2018) s. 623

Hvorvidt en kontrakt inneholder en endringsklausul eller ikke kan ha stor betydning på utformingen av leverandørens tilbud, og på innholdet av kontraktens plikter ved at disse kan revideres underveis i kontraktsforholdet.²³ En inkorporering av en endringsklausul etter kunngjøring vil derfor normalt påvirke potensielle leverandører i stor grad. En slik endring vil derfor være vesentlig, og er ikke tillatt etter FOA § 14-2 første ledd. I slike tilfeller foreligger det derfor ikke motstrid mellom det norske regelverket og direktivets art. 72 nr. 1 bokstav a.

Spørsmålet som reises er derfor om vilkåret ”initial” må innfortolkes i den norske bestemmelsen for de tilfeller hvor de opprinnelige anbudsdokumentene inneholder en endringsklausul men hvor innholdet av denne senere endres. Dette vil i såfall medføre at det er endringsklausulens opprinnelige utforming som må legges til grunn etter FOA § 19-1 andre ledd.

Det norske rettssystemet omtales som dualistisk, noe som innebærer at det norske rettslige systemet er separat fra folkeretten. Resultatet av dette er at den norske lovgiveren må gjennomføre internasjonale forpliktelser i norsk rett for å gi folkeretten internrettslige virkninger. Dersom det er uklart hvorvidt dette er gjort følger det av presumsjonsprinsippet at norsk rett antas å være i samsvar med folkeretten.²⁴ Det følger av forarbeidene til EØS-loven at prinsippet innebærer at norske domstoler forventes å utnytte alle de muligheter anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir for å unngå et folkerettsstridig resultat”. Det legges deretter til grunn at norske domstoler kun vil være tvunget til å anvende den norske loven i strid med folkeretten dersom Stortinget har gitt et klart uttrykk for at loven skal anvendes på en viss måte.²⁵ I tillegg har Høyesterett lagt til grunn at presumsjonsprinsippet står særlig sterkt der lovgiver har gått ut i fra at nasjonal lovgivning er i samsvar med EØS-retten.²⁶

Det følger av forarbeidene til anskaffelsesloven fra 2016 at det som følge av tre nye EU-direktiver om offentlige anskaffelser var nødvendig å revidere den EØS-rettslige delen i det norske regelverket. Dette var for å sikre at norsk rett fremdeles samsvarte med innholdet i de nye direktivene.²⁷ Dette tolkes som at Stortinget har ment å gjennomføre Norges EØS-rettslige forpliktelser ved vedtakelsen av det nye lovverket. I denne sammenheng har det også betydning at direktivet er gjennomført i form av forskrift. Det vil si at Stortinget har delegert bort lovgivningskompetansen til å gjennomføre direktivet. Sett i sammenheng med uttalelsene i forarbeidene taler dette for at lovgiver har ment å gjennomføre direktivet, og at det ikke har vært meningen å utelate vilkåret ”initial”. Dette taler for at vilkåret innfortolkes i den norske ordlyden.

²³ Se oppgavens kapittel 2.1 om hensyn

²⁴ Arnesen og Stenvik (2015) s. 52 og 58

²⁵ Se Ot.prp.nr 79 (1991-1992) s.4

²⁶ Jf. Rt-2000-1811 ”Finanger 1” s. 1831

²⁷ Prop. 51 L (2015.2016) s. 6

Videre taler reelle hensyn for at vilkåret ”initial” innfortolkes i den norske bestemmelsen. Anskaffelsesdokumentene utgjør store deler av det som vil bli den endelige kontrakten. Ved å oppstille et absolutt krav om at endringsklausulen fremgår av de opprinnelige anskaffelsesdokumentene synligjøres muligheten for senere endringer for tilbyderne så tidlig som mulig. Dette sørger for forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen. I tillegg elimineres noe av den fordelen lokale aktører kan ha, ved at alle tilbyderne kan ta endringsadgangen i betraktning når de utformer sitt tilbud. På denne måten sikres hensynet til likebehandling samt at risikoen for diskriminering på tvers av landegrenser reduseres.²⁸ Dette er viktig på sikt for å fremme EUs overordnede formål om fri flyt av varer og tjenester.

Et argument som taler i motsatt retning er at stillingen til kontraktsparten vil bli svekket ved at han risikerer å måtte konkurrere om arbeid som ellers kunne vært inntatt i kontrakten som endringsarbeid. Dette taler for at vilkåret ”initial” ikke innfortolkes i det norske regelverket. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende ettersom anskaffelsesregelverket formål ikke er å ivareta interessene til kontraktspartene, men heller de forbigåtte tilbyderne. Sett fra et anskaffelsesrettslig ståsted vil en infortolkning av vilkåret derfor ikke medføre større ulemper for private parter. På bakgrunn av de overnevnte reelle hensyn vil det i stedet styrke deres posisjon overfor det offentlige.

Vilkåret ”initial” bør dermed innfortolkes i ordlyden til den norske bestemmelsen. FOA § 19-1 andre ledd bør derfor leses som at ”endringsklausulene skal angis i (de opprinnelige) anskaffelsesdokumentene”.

Kravet om at endringsklausulen må fremgå av anskaffelsesdokumentene blir også håndhevet i praksis. EU-domstolen har ved flere anledninger uttalt at ulovlige endringer likevel kunne vært tillatt dersom oppdragsgiver hadde åpnet for muligheten til å gjøre disse endringene i anskaffelsesdokumentene. Dette følger blant annet av sak C-496/99 ”Succhi di Frutta” hvor oppdragsgiver endret betalingsvilkårene etter kontraktsinngåelse som følge av endrede omstendigheter. Dersom muligheten for en slik alternativ betalingsmåte hadde vært angitt i anbudsdokumentene, ville det åpnet for at andre tilbydere kunne deltatt. Ettersom dette ikke ble gjort, var endringen i strid med de grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling. Motsetningsvis dersom muligheten for dette hadde vært synliggjort i anbudsdokumentene ville hensynet til gjennomsiktighet og likebehandling vært ivaretatt, og endringen ville derfor vært tillatt.²⁹

²⁸ Dragsten (2013) s. 739

²⁹ C-496/99 ”Succhi di Frutta” avsnitt 126

2.2.3 Krav til form og innhold

FOA § 19-1 andre ledd oppstiller også krav til endringsklausulens form og innhold. Bestemmelsen slår fast at det må fremgå klart av klausulen hvilke endringer som kan foretas, omfanget av disse og på hvilke vilkår. Tilsvarende oppstiller direktivet et krav om at endringsklausulene må fastsette ”the scope and nature” av mulige endringer eller valgalternativer, samt ” the conditions under which they may be used”.

I følge ordlyden legger verken direktivbestemmelsen eller den norske bestemmelsen begrensninger på hvilken art en endring kan ha. Kravet om at endringens art må fremgå av klausulen innebærer at den må angi hva eventuelle endringer kan gå ut på. Både direktivet og forskriften trekker frem prisindeksklausuler og opsjonsklausuler som eksempler, men så lenge klausulen utformes i tråd med klarhetskravet, kan den hjemle omtrent hva som helst. Dette kan eksempelvis være endringer i tilbudt personell,³⁰ krav til kvalitet, eller en forskyvning av tidsfrister.³¹

Etter den norske ordlyden skal det angis ”hvilke endringer” oppdragsgiver kan foreta. Når dette tolkes i lys av direktivets ordlyd, ”scope”, er det tydelig at det ikke er nødvendig å angi detaljene i de endringene som skal kunne foretas. Det sentrale er at det angis hvilken type endringer som kan foretas. Fra leverandørens ståsted er dette viktig slik at han ikke forplikter seg til å utføre arbeid han ikke er faglig kompetent til. I tillegg tilsier hensynet til de øvrige deltakerne i anbudskonkurransen at premissene i konkurransen er angitt så entydig som mulig. Endringsklausulene må derfor angi endringens art tilstrekkelig klart slik at leverandøren har mulighet til å vurdere om endringsarbeidet ligger innenfor hans kompetanse, eller om det vil ha betydning for andre viktige forhold i kontrakten.

Videre forutsetter bestemmelsen at det må fremgå klart av klausulen hvilket omfang endringene kan ha. Heller ikke her oppstiller bestemmelsen en øvre eller nedre grense for hva endringsklausulen må inneholde. Det forutsettes i stedet at dette må fremgå klart av den enkelte endringsklausul. Det er dermed opp til oppdragsgiver å vurdere hvor stor endringsadgang som er ønskelig.

Hva en slik omfangsbegrensning innebærer kan illustreres med bruken av opsjonsklausuler. En opsjon er en avtale som gir *rett* til en tilleggsytelse.³² Avtalevilkårene, herunder pris og omfang, fastsettes i anbudsproseduren. Kravet om at endringsklausulen må ha en omfangsbegrensning innebærer at opsjonen ikke kan gi oppdragsgiver en rett til å kjøpe f.eks et ubegrenset antall fly.

³⁰ Se KOFA sak 2017/69 jf. C-454/06 ”Presettext” avsnitt 40

³¹ Svor (2016) s. 12

³² Se definisjon i det store norske leksikon

I stedet må det angis at opsjonen gir rett til kjøp av et gitt antall. Dersom oppdragsgiver likevel kjøper flere enn den avtalte mengden må dette vurderes etter de øvrige reglene om endringsadgang for å konstatere om det i det foreligger en vesentlig endring, og dermed en ulovlig direkteanskaffelse.³³

Ved utformingen av omfangsbegrensningen vil hensynet til forutberegnelighet for tilbyderen spille en stor rolle. Den enkelte tilbyderen skal ha mulighet til å vurdere om han har kapasitet til å påta seg den aktuelle kontrakten. Endringsklausulen må derfor utformes tilstrekkelig klart slik at alle tilbydere kan ta stilling til dette spørsmålet. Dersom dette ikke er tilfellet er det en sjanse for at potensielle leverandører avstår fra å gi et tilbud fordi de tror de ikke kan utføre arbeidet. Dette kan få betydning for hvorvidt den mest egnede leverandøren får oppdraget, som igjen påvirker i hvilken grad samfunnets ressurser blir forsvarlig forvaltet.³⁴

Etter bestemmelsens ordlyd er det ingenting i veien for at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å gjøre selv vesentlige endringer i kontrakten. Dette synspunktet har støtte i direktivets ordlyd der det fremgår at man kan inngå en ny anbudskonkurranse dersom endringen, «irrespective of their mandatory value» fremgår av anskaffelsesdokumentene.³⁵ Denne forståelsen støttes også opp av systembetragtninger ettersom det følger av FOA § 28-1 første ledd bokstav f at endringer som ikke er vesentlige kan tillates uavhengig av verdi. For at innholdet av FOA § 19-1 andre ledd skal få selvstendig betydning må altså omfanget av de endringene som endringsklausulene tillater være større enn de endringene som uansett vil være tillatt etter forskriftens § 28-1 første ledd bokstav f. I tillegg understøttes tolkningen av uttalelser fra EU-domstolen i sak C-549/14 “Finn Frogne”. I avgjørelsen viser domstolen først til hovedregelen om at vesentlige endringer av en kontrakt fordrer en ny kunngjøring. Uttalelsen følges opp av et forbehold om at dette ville vært annerledes dersom kontrakten inneholdt en endringsklausul som åpnet for “endog væsentlige” justeringer av kontrakten etter kontraktsinngåelse.³⁶

Det er også viktig å merke seg at det ikke bare er en utvidelse av kontraktens omfang som er omfattet av ordlyden. Det følger av ”Finn Frogne-saken” at også en reduksjon av kontraktens omfang kan utgjøre en vesentlig endring og dermed være ulovlig.³⁷ Begrunnelsen for dette er at en større reduksjon i kontraktens omfang kan gjøre kontrakten tilgjengelig for en rekke mindre aktører som ikke hadde kapasitet til å påta seg den opprinnelige kontrakten. Endringsklausulen må derfor angi omfanget av både positive og eventuelle negative endringer.

³³ Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s. 26

³⁴ LOA § 1

³⁵ Direktiv 2014/24/EU art. 72 nr. 1 bokstav a

³⁶ C-549/14 ”Finn Frogne” avsnitt 40

³⁷ C-549/14 ”Finn Frogne” avsnitt 29.

For det tredje følger det av forskriftens ordlyd at det må fremgå av endringsklausulen "på hvilke vilkår" en endring kan foretas. Ordlyden kan by på tolkningsproblemer når det gjelder hva slike "vilkår" er ment å omfatte. Direktivitets ordlyd viser til "the conditions under which they may be used" noe som trekker i retning av at må angis situasjonsbetingelser. Altså betingelser for når oppdragsgiver kan pålegge endringer. På den annen side trekker ordlyden i den norske forskriftsbestemmelsen, "endringsklausulene skal angi (...) på hvilke vilkår" en endring kan foretas, i retning av at det er endringens virkninger som må fremgå av endringsklausulen.

EU-domstolen trakk opp generelle føringer for utformingen av endringsklausuler i sak C-496/99 "Succhi di Frutta". I avsnitt 118 uttaler EU-domstolen at dersom oppdragsgiver ønsker å kunne gjøre endringer i kontrakten må de ikke bare innta muligheten for dette, men også "the relevant detailed rules" i anbudsdokumentet. Deretter uttales det i avsnitt 126 at oppdragsgiver kunne ha fastsatt muligheten for at det i "certain circumstances" ville være aktuelt med annen betaling. I samme avsnitt trekkes det også frem at oppdragsgiver kunne angitt "the precise arrangements for any substitution of other fruit for that expressly prescribed as payment for the supplies at issue". Sett i sammenheng trekkes disse uttalelsene i retning av at ordlyden i FOA § 19-1 andre ledd og art. 72 nr. 1 bokstav a omfatter begge tolkninger.³⁸

At ordlyden er ment å omfatte begge tolkningsresultater underbygges også av reelle hensyn. Anskaffelsesregelverket håndheves først og fremst ved at andre aktører på markedet bringer forholdet inn for en domstol, eller et klageorgan.³⁹ Dersom virkningene av endringer ikke angis i klausulen, er det vanskelig for disse aktørene å etterprøve hvorvidt oppdragsgiver har opptrådt på en måte som virker konkurransevridende. Ved å angi virkningene i kontrakten ivaretas dermed hensynet til gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen.

Kravet om at endringsklausulen skal angi virkningene av endringer innebærer at det må være mulig for partene å forutse hvordan eventuelle endringer skal prises, og hvordan de implementeres i kontrakten. Dersom kontrakten gir en opsjon på to ekstra togsett må altså kontrakten angi hvordan disse ekstra togsettene skal prises. Hvis ikke er det mulig for oppdragsgiver å favorisere en tilbyder ved å gi dem ekstra arbeid, for deretter å prise endringsarbeidet mye høyere enn arbeidet i resten av kontrakten. En slik opptreden vil kunne endre den økonomiske balansen i kontrakten til fordel for leverandøren hvilket medfører at det anses som en vesentlig endring etter FOA § 28-2 bokstav b. Uavhengig av om det anses som en vesentlig endring vil det også stride mot prinsippet om likebehandling, og kunne medføre ineffektiv bruk av samfunnets ressurser ettersom slike endringer ikke nødvendigvis er forretningsmessig fornuftige.

³⁸ C-496/99 "Succhi di Frutta" avsnitt 118 og 126

³⁹ Se LOA § 8

Når det gjelder kravet om at det må oppstilles situasjonsbetingelser, kan dette ses som en begrensning av det offentliges skjønnsutøvelse ved kontraktsendringer. EU-domstolen har ved flere andre anledninger uttalt at det offentliges skjønnsutøvelse etter omstendighetene kan utgjøre en restriksjon på de fire friheter. For å forhindre at myndighetenes skjønnsutøvelse utgjør en slik restriksjon har EU-domstolen spesifisert en rekke vilkår som tydeliggjør i hvilke situasjoner en avgjørelse kan overlates til myndighetenes skjønnsfrihet.⁴⁰

EU-domstolens avgjørelse i sak C-205/99 ”Analir” har blitt retningsgivende for begrensningen av myndighetenes skjønnsutøvelse. Saken omhandlet maritim kabotasje mellom fastlandet og øyer. Retten til å yte transporttjenester krevde tillatelse fra myndighetene. Domstolen uttalte at selv om en forutgående administrativ godkjenning er egnet til å kontrollere leverandørens egnethet til å påta seg forpliktelsene, kan skjønnsutøvelsen ikke urettmessig påvirke retten til fri flyt av varer og tjenester. Skjønnsutøvelsen må derfor bygge på ”objektive kriterier, der ikke er uttrykk for forskjelsbehandling og på forhold kjent af de pågældende virksomheder, således at de lægger en ramme for de nationale myndigheders skønnsudøvelse, der dermed ikke bliver udtryk for vilkårlighed”.⁴¹

EU-domstolen har senere benyttet disse vilkårene på andre tilfeller av forutgående tillatelser innenfor andre livsområder. Fra et anskaffelsesrettslig synspunkt kan dette sammenlignes med selve oppdragstildelingen ettersom det er oppdragsgiver som da bestemmer hvem som skal få tilgang til markedet.⁴² Anskaffelsesregelverket sikrer at disse beslutningene ikke er overlatt til oppdragsgivers skjønn slik at de samme hensynene som trekkes frem i sak C-205/99 ivaretas.

Når det gjøres endringer i en inngått kontrakt er denne allerede inngått etter anskaffelsesregelverket, og hensynene bak EU-domstolens uttalelser i sak C-205/99 ”Analir” synes derfor å være godt ivaretatt. EU-domstolens synspunkter kan likevel være relevante også i denne sammenhengen, ettersom endringer i en inngått kontrakt etter omstendighetene kan utgjøre en restriksjon på de fire friheter jf. kapittel 2.1. Dette tilsier at situasjonsbetingelsene må angis på en måte som bygger på objektive kriterier som er kjent på forhånd slik at de begrenser myndighetenes skjønnsutøvelse på dette punktet, og dermed motvirker vilkårlighet.⁴³

Fremstillingen så langt viser hvordan bestemmelsen er ment å begrense offentlige oppdragsgivers avtalefrihet. Likevel tillater bestemmelsen selv svært omfattende endringer så fremt dette

⁴⁰ Se Svor (2016) s. 17 jf. Eriksen (2012) s. 57

⁴¹ C-205/99 ”Analir” avsnitt 36-38

⁴² Se Svor (2016) s. 17, jf. Eriksen (2014) s. 286

⁴³ C-205/99 ”Analir” avsnitt 38

er avtalt på forhånd. Bestemmelser reiser dermed flere tolknings spørsmål, blant annet knyttet til hvilke begrensninger som faktisk oppstilles. I det følgende vil jeg belyse dette nærmere ved å redegjøre for innholdet i klarhetskravet, og forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter.

2.2.4 Klarhetskravet

For å klarlegge hvilke begrensninger FOA § 19-1 andre ledd legger på oppdragsgivers avtalefrihet må det gjøres rede hvor hva som ligger i ordlyden ”klart”.

Klarhetskravet legger begrensninger på oppdragsgivers avtalefrihet i tre situasjoner. Det innebærer for det første at det må fremgå klart når en endring kan skje. Dette medfører at det må angis situasjonsbetingelser i klausulen slik at det blir tydelig når oppdragsgiver kan pålegge endringer. Deretter innebærer klarhetskravet at det må fremgå klart hva som kan endres, herunder hvilket omfang endringen kan ha. I tillegg må det fremgå klart hvilke konsekvenser en endring vil ha for kontraktsforholdet.

I følge den norske formuleringen skal de rettslige rammene for bruken av endringsklausulen fremgå “klart”. I direktivet er dette formulert som at endringsklausulene skal være “clear, precise and unequivocal”⁴⁴. Den norske formuleringen avviker noe fra direktivet. Det følger imidlertid av presumsjonsprinsippet at norsk rett så langt mulig skal gis et innhold som er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser.⁴⁵

Ordlyden i både direktivet og i den norske bestemmelsen tilsier at klarhetskravet skal tolkes strengt. Begge versjoner legger opp til en nesten absolutt klarhet når det gjelder hvilke endringer som kan tillates, på hvilke vilkår, og under hvilke omstendigheter. Dette innebærer også at endringsklausulene ikke være tvetydige. Klausuler som fremstår som skjønnsmessige kan derfor være problematiske.

Bestemmelsens ordlyd er et tungtveiende moment ved fastleggelsen av klarhetskravets innhold. Ordlyden kodifiserer langvarig EU-praksis, hvor hensynet bak, og formålet med regelverket har stått sentralt i domstolens vurderinger. Dette gjelder særlig hensynet til forutberegnelighet og likebehandling. Dersom det avvikes betydelig fra ordlydsforståelsen vil disse vurderingene undergraves, og det risikeres at de overordnede hensynene regelverket bygger på settes til side.⁴⁶

⁴⁴ Direktiv 2014/24/EU art. 72 nr 1 bokstav a.

⁴⁵ St.prp. nr. 100 (1991-92) s. 319

⁴⁶ Jf. LOA § 4.

På den annen side tilsier hensynet til kontraktens gjennomføring at begrepet ”klart” ikke tolkes for strengt. Dette vil gjøre det vanskelig for partene å utforme endringsklausuler som er presise nok til å tilfredsstille klarhetskravet, men som likevel omfatter mer uforutsigbare endringer. Dette synspunktet har støtte i direktivets fortale som anvender en noe mildere formulering enn selve bestemmelsen, det vises der til ”sufficiently clear clauses”.⁴⁷

At klarhetskravet ikke må forstås for strengt har også støtte i ordlyden til direktivbestemmelsen hvor det vises til at det er endringens ”art” som må fremgå klart.⁴⁸ Dette trekker i retning av at klarhetskravet ikke innebærer at det må fremgå konkret hvilke endringer som kan gjøres. Det er arten av det endringsarbeid som skal utføres som må fremgå klart. Dette underbygges av uttalelser i veilederen til den danske udbudsloven. Der utdypes den danske formuleringen av klarhetskravet ”klare, præcise og entydige”⁴⁹ med at det ”ikke må medføre tvil om i hvilke situasjoner den kan anvendes, samt rækkevidden af de ændringer, der kan foretages”.⁵⁰ Er det for eksempel snakk om en prisreguleringsmekanisme kan det ikke stilles et absolutt krav om at tilbydere skal kunne gi en nøyaktig pris på endringen på forhånd. Det er tilstrekkelig dersom konkurransegrunnlaget gir gode føringer på hvordan prisforhandlingene skal gjennomføres.⁵¹

I veilederen til reglene om offentlige anskaffelser trekkes det frem at EU-domstolen i sak C-549/14 ”Finn Frogne” avsnitt 36 vektlegger hvordan det i noen kontraktsforhold er påregnelig at det vil oppstå komplikasjoner i gjennomføringsfasen. I slike situasjoner kan endringsklausuler spille en praktisk viktig rolle etter kontraktsinngåelse, og oppdragsgiver bør derfor vurdere om de skal innta endringsklausuler for endringer som anses som ”påregnelig”.⁵² Dette må ses i sammenheng med at regelverket også åpner opp for endringer som er nødvendige som følge av omstendigheter en ”aktsom” oppdragsgiver ikke kunne forutse.⁵³ Uttalelsen må derfor leses som at endringsklausuler kan inntas på bakgrunn av hva en aktsom oppdragsgiver anser som påregnelig.⁵⁴ Dette taler for en streng forståelse av klarhetskravet.

På den andre siden vil en vurdering av hva som er ”påregnelig” for en aktsom oppdragsgiver baseres på hva slags anskaffelse som skal utføres, kjente usikkerhetsmomenter, og andre forhold som normalt vil påvirke kontraktsforholdet. Hvor synlige disse forholdene er på et så tidlig tidspunkt i prosessen vil variere fra anskaffelse til anskaffelse. Vanskeligheter med å forutse

⁴⁷ Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 111.

⁴⁸ Direktiv 2014/24/EU art. 72 nr. 1 bokstav a

⁴⁹ Jf. udbudsloven § 179

⁵⁰ Konkurrence og forbrugerstyrelsen (2016) s. 250.

⁵¹ Dragsten (2013) s 740.

⁵² Fiskeri og næringsdepartementet (2018) s. 325 jf. sak C-549/14 ”Finn Frogne” avsnitt 36

⁵³ FOA § 28-1 første ledd bokstav d

⁵⁴ Fiskeri og næringsdepartementet (2018) s. 324

endringsbehovet tidlig i prosessen fører som tidligere nevnt til praktiske problemer når endringsklausulene skal utformes i samsvar med det strenge klarhetskravet ordlyden legger opp til. Dette taler for en mildere forståelse av klarhetskravet enn det ordlyden legger opp til.

Sak C-549/14 "Finn Frogne" kan bidra til å belyse hvordan klarhetskravet forstås i praksis. Kontrakten gikk ut på at det skulle leveres et nødnett til det danske Rigspolitiet. Som følge av store og uforutsette vanskeligheter så partene seg nødt til å inngå et forlik som medførte store endringer i kontrakten. Dette var endringer partene egentlig ikke ønsket å gjøre, men som de følte seg tvunget til for å unngå rettssak. Endringene førte til store endringer i hva som skulle leveres, noe som ble reflektert i en reduksjon av vederlaget fra 527 millioner DKK til 35 millioner DKK. Dette er et godt eksempel på at saksforhold hvor det var vanskelig for oppdragsgiver å forutse det endringsbehovet som senere oppsto. Ingen kunne forutsett at det skulle oppstå så store problemer som det gjorde. Likevel mente EU-retten at det hadde vært mulig for oppdragsgiver å innta en endringsklausul som dekket dette. Dette tilsier på at EU-retten mener at endringsbestemmelsene kan ha en rundere formulering enn det ordlyden i anskaffelsesregulverket legger opp til.⁵⁵

Et særtrekk ved "Finn-Frogne-saken" er at EU-domstolen ble satt med kun tre dommere i EU-domstolen, og uten uttalelse fra generaladvokaten. Vanligvis behandles sakene av fem dommere, eventuelt femten der det er snakk om komplekse saker. At saken behandles av færre dommere medfører at dommen har mindre prejudikatsverdi. På den andre siden er det ofte slik at de dommene som blir avsagt av kun tre dommere, og uten uttalelser fra generaladvokatene anses for å gjelde mer avklarte rettsspørsmål slik at det ikke anses som nødvendig at flere dommere deltar i behandlingen. Dette taler for at selv om domstolens uttalelser i «Finn-Frogne-saken» har liten prejudikatsverdi, gir den uttrykk for en etablert oppfatning innad i EU-domstolen.⁵⁶

Til sammenligning forelå det i sak C-340/02 "Commission v France" en ulovlig direkteanskaffelse som følge av at endringsadgangen ikke tilfredstilte klarhetskravet. Oppdragsgiver hadde kunngjort en designkonkurranse som utgjorde første fase i et større prosjekt. Etter kontraktsinngåelse ble vinneren av kontrakten også tildelt arbeid i tilknytning til andre fase i prosjektet. Oppdragsgiver anførte at det fremgikk av anskaffelsesdokumentene at det var en mulighet for at fremtidig arbeid i prosjektet ville bli tildelt vinneren av designkonkurransen. Det forelå derfor, slik oppdragsgiver så det, ingen plikt til å kunngjøre en ny kontrakt for fase to. Dette ble ikke akseptert av EU-domstolen. Den slo fast at hensynet til likebehandling, og prinsippet om

⁵⁵ C-549/14 "Finn Frogne" avsnitt 36

⁵⁶ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 321

gjennomsiktighet medfører at omfanget av kontrakten må være klart definert. At tildelingen av en fremtidig kontrakt fremsto som en mulighet var ikke nok til å tilfredsstille klarhetskravet.⁵⁷

Klarhetskravet medfører dermed at oppdragsgiver ikke kan omgå forbudet mot vesentlige endringer ved å forbeholde seg retten til å gjøre vide, skjønnsmessige endringer.⁵⁸

Det kan etter dette konkluderes med at klarhetskravet som utgangspunkt må tolkes strengt i tråd med bestemmelsens ordlyd, men ordlyden må tolkes i lys av den rettspraksis som foreligger. Dette innebærer at kravet ikke forstås som absolutt. Dette vil stride mot hensynet til kontraktens gjennomføring og gjøre bestemmelsen vanskelig å anvende i praksis.

2.2.5 Forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter

Selv om endringsklausulen er utformet tilstrekkelig klart og detaljert i tråd med vilkårene i FOA § 19-1 andre ledd, oppstiller bestemmelsen også et overordnet materielt vilkår om at endringsklausulen ikke kan åpne for å endre kontraktens overordnede karakter. Vilkåret går igjen flere steder i lovverket, og legger en øvre materiell grense på endringsadgangen.⁵⁹ Vilkåret skiller seg dermed fra de øvrige vilkårene i FOA § 19-1 andre ledd som er rene formelle krav til endringsklausulens utforming.

Endringer som endrer kontraktens “kontraktens overordnede karakter” vil alltid være ulovlige. Ordlyden peker mot endringer som påvirker kontraktens kjerne, og som angår de mest grunnleggende elementene av kontrakten. Dette tilsier at oppdragsgiver er gitt en vid adgang til selv å bestemme hva som skal kunne endres. Denne forståelsen av ordlyden underbygges av uttalelsene i sak C-549/14 ”Finn Frogne” om at selv vesentlige endringer kan godtas dersom de har hjemmel i en endringsklausul.⁶⁰ Sett i sammenheng er det tydelig at det skal mye til før en endring i medhold av en endringsklausul endrer kontraktens overordnede karakter.

Det følger av direktivets fortale avsnitt 109 at begrensningen omhandler endringer som resulterer i:

⁵⁷ C-340/02 “Commission v France” avsnitt 33-36

⁵⁸ Dragsten (2013) s. 739

⁵⁹ Se FOA § 28-1 bokstav b og bokstav d

⁶⁰ C-549/14 ”Finn Frogne” avsnitt 40

“an alteration of the nature of the overall procurement, for instance by replacing the works, supplies or services to be procured by something different or by fundamentally changing the type of procurement since, in such a situation, a hypothetical influence on the outcome may be assumed.”⁶¹

Uttalelsene retter seg mot den tilsvarende begrensningen for endringer foretatt med bakgrunn i uforutsette omstendigheter.⁶² Ordlyden er likt formulert i de to bestemmelsene noe som tilsier at også begrensningens innhold er den samme. Uttalelsen i fortalen har derfor også relevans for fastleggelsen av innholdet i FOA § 19-1 andre ledd.

Vurderingstema er hvorvidt endringen fører til en hypotetisk påvirkning av konkurranseresultatet. Det fremgår av fortalens avsnitt 109 at endringer som endrer “the nature of the overall procurement” normalt vil føre til en slik hypotetisk påvirkning.⁶³ Dette er særlig aktuelt i to tilfeller. Dersom implementeringen av endringen fører til at kontrakten henvender seg til ett nytt marked, og dersom kontraktens karakter forblir den samme men hvor store endringer i kontraktens omfang likevel medfører at kontrakten henvender seg til et annet marked.⁶⁴ I den forbindelse bør det nevnes at i ”Commision v France”,⁶⁵ se kapittel 2.2.4, var tilleggsarbeidet både av en annen art enn det opprinnelige arbeidet og av mye større verdi.

Når det gjelder hvor strengt vurderingsnormen skal forstås foreligger det noe, men ikke mye praksis så langt. Forbudet var nytt i EU-direktivet, og er også nytt i norsk rett. Det følger imidlertid av direktivets fortalens avsnitt 107 at meningen med kodifiseringen ikke har vært å endre innholdet av den ulovfestede rettstilstanden. Hensikten har kun vært å presisere vilkårene i gjeldende rett med utgangspunkt i rettspraksis. Dette innebærer at praksis fra før direktivet trådte i kraft kan bidra til å belyse innholdet av normen.⁶⁶

Som tidligere nevnt antas det at det aksepteres større endringer i ytelsens art der hvor endringen har hjemmel i en endringsklausul. Dette er en naturlig følge av at hensynene bak regelverket antas å være bedre ivaretatt i disse tilfellene, se kapittel 2.2.2 og kapittel 2.2.3.

Selv om kontrakten inneholder en endringsklausul innebærer forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter at kontrakten ikke kan gå over til å bli ”noe annet”.⁶⁷ Kommisjonen har illustrert dette ved å vise til at en kontrakt om kjøp av en ytelse ikke kan gå over til å gjelde

⁶¹ Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 109

⁶² FOA § 28-1 første ledd bokstav d

⁶³ Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 109

⁶⁴ Konkurrence og forbrugerstyrelsen (2016) s. 251

⁶⁵ C-340/02 “Commission v France”

⁶⁶ Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 107

⁶⁷ Fiskeri og næringsdepartementet (2018) s. 324

leie, eller leasing i stedet.⁶⁸ Dette eksempelet kan sammenlignes med saksforholdet i KOFA-sak 2016/104. Saken gjaldt en påstand om ulovlig direkte anskaffelse som følge av at kontrakten ble endret fra å være en leieavtale til en entreprisekontrakt. Dette medførte blant annet at oppdragsgiver overtok risikoen for bygget 30 år tidligere enn det som ble forutsatt i konkurransegrunnlaget. Som konsekvens av dette var det ikke lenger tilbyderer som hadde ansvaret for store deler av finansieringen. Dette var et sentralt element i den opprinnelige avtalen, som hindret flere aktører fra å inngi tilbud. KOFA kom til at endringen medførte en endring av kontraktens overordnede karakter.⁶⁹

Et annet eksempel er KOFA-sak 2009/42. Kontrakten gikk opprinnelig ut på å oppdatere en eksisterende database, men etter kontraktsinngåelse ble det oppdaget at databasen var borte. Som følge av dette ble kontraktens art endret til å skape en ny database. I tillegg ble det oppdaget andre endringer som medførte at kontraktsverdien steg med nærmere 200 %.⁷⁰ Dette viser hvordan endringer i kontraktens karakter og art kan føre til at kontraktens overordnede karakter endres.

I følge Dragsten skal det antagelig en del til for at en endring er ulovlig dersom den har en kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige anskaffelsen. For å illustrere dette viser hun blant annet til sak C-337/98 "Matra" hvor et system for bybaneteknologi ble byttet ut med et annet av samme type. Forskjellene mellom de to systemene var av marginal betydning, men endringen medførte at vederlaget økte med mer enn 10%. Retten uttalte at det måtte være mulig for partene å ta hensyn til teknologisk utvikling uten at det skal sies at man forhandler om en ny kontrakt.⁷¹ På den annen side vil det kunne anses som en endring av kontraktens overordnede karakter dersom endringsklausulen gir oppdragsgiver rett til å velge nyutviklede produkter hos leverandøren og disse nye produktene er av en helt annen type enn de opprinnelige.⁷²

EU-domstolens uttalelse i "Matra" må forstås slik at det skal mer til for å endre kontraktens overordnede karakter der hvor det gjøres store endringer i kontrakten, men kontraktens art forblir den samme, sammenlignet med de tilfellene der endringen direkte påvirker kontraktens art slik som i KOFA-sak 2016/104.

⁶⁸ Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 18

⁶⁹ KOFA sak 2016/104 avsnitt 35, 37 og 42. Se også se KOFA sak 2016/125 og KOFA sak 2015/77 med lignende anførsler. I sistnevnte sak ble klagers anførsel om at det i realiteten var en bygg og anleggskontrakt avslått.

⁷⁰ KOFA sak 2009/42 avsnitt 35

⁷¹ Dragsten (2013) s. 742 jf. C-337/98 "Matra" avsnitt 51 flg.

⁷² Simonsen (2016) s. 424

Et særlig spørsmål som oppstår er om forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter også rammer rene kvantitative endringer.

Det fremgår av ordlyden i direktivets art. 72 nr. 1 bokstav a at endringer som følger av en tilstrekkelig klart utformet endringsklausul kan tillates ”irrespective of their monetary value”. Ordlyden trekker sterkt i retning av at bestemmelsen ikke er underlagt noen omfangsbegrensninger, sett bort fra de endringsklausulen selv viser til.⁷³

Et moment som taler i motsatt retning er at store endringer i kontraktens omfang også kan medføre at kontrakten retter seg mot et annet marked. Uttalelsene i fortalens avsnitt 109 må som nevnt forstås slik at også dramatiske endringer i kontraktens omfang vil påvirke ”the nature of the overall procurement”.⁷⁴ At dette er tatt inn i direktivets fortale kan tale for at bestemmelsen ikke skal forstås uten unntak.

KOFA-sak 2011/179 viser hvordan store endringer i kontraktens omfang kan få betydning for kontraktens overordnede karakter. Kontrakten ble utvidet fra å gjelde rehabilitering av to bygg til å gjelde rehabilitering av et ekstra bygg, samt oppføring av et nybygg. Denne endringen av kontraktens omfang medførte at vederlaget steg fra 6,7 millioner til 164 millioner kroner. Oppdragsgiver erkjente at dette var en vesentlig endring av kontrakten, og KOFA sa seg enig i dette.⁷⁵ Saken illustrer dermed hvordan kontraktens overordnede karakter kan endre seg også som følge av store endringer i kontraktens omfang.

Antagelig skal det svært store endringer til før kontraktens overordnede karakter kan anses som endret. Dette standpunktet samsvarer med tidligere redegjørelse av regelverket hvor det argumenteres for at det er adgang til å gjøre selv vesentlige endringer i kontrakten med hjemmel i en endringsklausul, jf. oppgavens kapittel 2.2.2. Dette underbygges ytterligere av systembetragtninger ettersom endringer som følge av uforutsette omstendigheter må overstige 50% av kontraktsverdien før disse endringene anses som vesentlige.⁷⁶ Dette taler for at endringer i arbeidets omfang opp til denne størrelsen bør tillates uten at det påvirker kontraktens overordnede karakter, forutsatt at endringsklausulen er tilstrekkelig klart utformet.

Vilkåret rammer derfor også rene kvantitative begrensninger, men det skal antagelig svært mye til før dette er aktuelt.

⁷³ Svor (2016) s. 35

⁷⁴ Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 109, se også Rådets dokument til udbudsarbejdsgruppen af 14. juni 2012 s. 20

⁷⁵ KOFA-sak 2011/179 avsnitt 19

⁷⁶ FOA §28-1 første ledd bokstav c nr 3

I sak C-91/08 "Wall" trekker EU-domstolen frem et annet relevant moment for vurderingen. Vurderingstema var hvorvidt endringen berørte forhold som hadde vært særlig trukket frem av oppdragsgiver som viktig ved valg av tilbyder, eller som dermed påvirket utformingen av tilbud.

Spørsmålet i saken var om det var adgang til å bytte underleverandør uten å lyse ut kontrakten på nytt. Kontraktens innhold forøvrig skulle forbli det samme, og partene hadde sørget for å ha en klausul i kontrakten som dekket den ønskede endringen. Dette tilsa en utvidet endringsadgang. EU-domstolen uttalte at slike endringer normalt vil være tillatt, men i noen "særlige tilfelle" kan de medføre en endring av kontraktens "grundleggende elementer". Som resultat var endringen av underleverandør, i dette konkrete tilfellet, en ulovlig direkte anskaffelse. Dette ble begrunnet med at bruken av den opprinnelige underleverandøren var et "avgjørende element for indgåelsen af kontrakten".⁷⁷

Avgjørelsen er et godt eksempel på hvordan endringer som påvirker grunnleggende elementer i kontrakten kan virke konkurransevidende selv når endringsklausulene taler for en utvidet endringsadgang. Dette argumentet kan overføres til alle tilfeller der det gjøres endringer i elementer som har vært avgjørende for valg av tilbyder, eller for utformingen av tilbudet slik som endringer av tilbudt nøkkelpersonell.⁷⁸ Disse faktorene bør derfor kartlegges tidlig hvis man skal vurdere om kontraktens overordnede karakter har blitt endret. Særlig endringer i spesielle kvalifikasjonskrav, minstekrav eller andre særskilte krav til gjennomføring vil trekke i denne retningen.

⁷⁷ C-91/08 "Wall" avsnitt 38-40

⁷⁸ Traumer (2014) s. 289

3 Endringsklausuler i norske standardkontrakter

3.1 Innledning

Det er vanlig at kontrakter med det offentlige baseres på standardkontrakter. Standardkontrakter er ferdig forhandlede kontraktsmaler som partene velger å basere sitt avtaleforhold på. Slike standarder er ofte fremforhandlet mellom interesseorganisasjoner som representerer begge sider i kontraktsforholdet. Bruken av avtalte standarder har blitt svært vanlig fordi de forenkler arbeidet med kontraktsinngåelse for begge parter. I tillegg resulterer de ofte i balanserte kontraktsvilkår hvor både oppdragsgivers, og leverandørens interesser blir godt ivaretatt.⁷⁹

Standardkontrakter inneholder normalt en endringsmekanisme. Etersom private aktører ikke er underlagt de samme begrensningene i avtalefriheten som en offentlige aktør er standardkontraktene til dels utformet på bakgrunn av andre hensyn og interesseavveininger enn dem anskaffelsesregelverket bygger på. Dette har resultert i at standardene gir oppdragsgiver det som kan virke som en nesten ubegrenset endringsadgang. Dette er i strid med FOA § 19-1 andre ledd, og det innebærer at endringer i medhold av disse endringsklausulene i stedet må vurderes opp mot anskaffelsesregelverkets øvrige endringsadganger.

I det følgende vil tre typer standardkontrakter trekkes frem. For det første vil det rettes et blikk mot Norsk Standard sine alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise (NS 8407). Etersom det offentlige er den viktigste byggherren i Norge, brukes disse standardkontraktene ofte i anskaffelser underlagt anskaffelsesregelverket. Standarden ble utformet før det nye direktivet, og det norske regelverket ble utarbeidet. Det er derfor usikkert om standarden er i tråd med det nye anskaffelsesregelverket. Endringsadgangen reguleres av NS 8407 punkt 31, hvor punkt 31.1 er den sentrale bestemmelsen for oppdragsgiver rett til å pålegge endringer.

Det vil også rettes et blikk mot standardkontrakten til bruk ved tilvirkningskjøp i petroleumsvirksomhet fra 2015, Norsk totalkontrakt (NTK 15). Anskaffelser til petroleumsvirksomhet er normalt underlagt de særskilte reglene i forsyningsforskriften. Forskriften åpner for at aktiviteter knyttet til utvinning av olje og gass kan unntas anskaffelsesregelverket dersom ESA, etter søknad, fatter vedtak om dette.⁸⁰ ESA fattet et slikt vedtak 30. April 2013 med hjemmel i det tidligere anskaffelsesdirektivet.⁸¹ Dette innebærer at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse når standarden brukes innen petroleumssektoren. Det er likevel relevant å vurdere denne standardkontrakten fordi det over de siste årene har blitt vanligere å benytte NTK 15 på innlandsentrepriser omfattet av anskaffelsesregelverket. Blant annet er kontrakter knyttet til byggingen av den nye Follobanen basert på dens forgjenger NTK 07. Endringsadgangen i NTK

⁷⁹ Kaasen (2018) s. 22

⁸⁰ Kaasen (2018) s. 69 se også forsyningsforskriften § 1-9 og § 2-9

⁸¹ Se EFTAs overvåkningsorgans beslutning 30. april 2013, saksnummer 72773.

15 er et omfattende system som er regulert i art. 12 til art.16. Hovedklausulen for oppdragsgivers endringsadgang er art. 12.1, og det vil derfor i stor grad fokuseres på denne bestemmelsen.

Til slutt vil det rettes et blikk mot Statens Standardavtaler (SSA) som brukes ved anskaffelser av IT- og konsulenttjenester. SSA-ene er utformet av direktoratet for forvaltning og IKT med tanke på anskaffelser til den offentlige sektor. I motsetning til de standardene nevnt over har man derfor hatt en særlig oppfordring til å ta anskaffelsesregelverket i betraktning ved utformingen av kontraktene. Den videre fremstilling vil imidlertid vise at det likevel ikke er gitt at SSA-ene er utformet i tråd med anskaffelsesregelverket. I det følgende vil jeg fokusere på SSA-T som er en utviklings,- og tilpasningsavtale. Denne kontrakten brukes hovedsakelig når en programvare skal utvikles eller tilpasses kunden, uten at kunden nødvendigvis har et klart bilde av hva som må utvikles og/eller kreves av tilpasninger. Endringsadgangen reguleres i kapittel 3 hvor den sentrale bestemmelsen for oppdragsgivers endringskompetanse er punkt 3.1.

Et fellestrekk ved disse standardkontraktene er at de brukes på kontraktsområder hvor formålet med kontrakten er å frembringe en kontraktsgjenstand som ikke allerede eksisterer. Det skal for eksempel bygges et næringsbygg, jernbanespor eller et nytt datasystem. Dette medfører at det ofte er en del tvil ved kontraktsinngåelse knyttet til oppdragsgivers behov. Resultatet er at det i disse kontraktsforholdene er større behov for fleksibilitet enn i mange andre kontraktsforhold. Muligheten til å gjøre endringer har derfor fått en sentral betydning.⁸² I bygg og anleggsbransjen er det til og med gått så lang som til å kalle endringsadgangen for et entrepriserettslig prinsipp.⁸³

I den videre fremstillingen vil det foretas en løpende sammenligning av de tre ulike standardene. Dette kan gjøre stoffet mindre tilgjengelig for leseren enn en separat behandling av hver enkelt standard, men jeg har vurdert det slik at denne fremgangsmåten er bedre egnet til å fremheve eventuelle likheter og ulikheter mellom standardene.

3.2 Endringsklausulen må fremgå av anskaffelsesdokumentene

Vi så i kapittel 2.2.2 at endringsklausulen må fremgå av de opprinnelige anskaffelsesdokumentene. Endringsklausulene må også være utformet klart og tydelig slik at alle tilbydere kan ta muligheten for endringer i betraktning når de utformer sitt tilbud.

Både NS 8407, NTK 15, og SSA-T regulerer endringer ved bruk av en endringsordre. Endringsordresystemet spiller en viktig rolle i disse kontraktsforholdene, og endringsmekanismen er derfor gitt mye plass i kontraktsdokumentet.

⁸² Krarup (2013) s. 18

⁸³ Hagstrøm og Bruserud (2017)

Ved bruk av standardkontrakter er det ikke tilstrekkelig at endringsklausulen er tydelig formulert i standardkontrakten. Det må også fremgå klart av anbudskonkurransen at standardkontrakten skal inkorporeres i kontraktsforholdet. Dersom dette er uklart vil det også oppstå uklarheter knyttet til anvendelsen av standardens bestemmelser. Det er derfor viktig at anskaffelsesdokumentene eksplisitt henviser til den standarden oppdragsgiver ønsker at skal legges til grunn i kontraktsforholdet.⁸⁴

Det er lagt til grunn i juridisk teori at en enkel henvisning vil være tilstrekkelig i entrepriserforhold. Det er ikke nødvendig å vedlegge standarden som et kontraktsdokument.⁸⁵ Fra et kontraktsrettslig synspunkt er det heller ingenting i veien for at partene avtaler at standardkontraktens endringsklausuler skal komme til anvendelse ved å henvise til disse, uten at standardens øvrige innhold gjøres gjeldende.⁸⁶

Standardene er godt kjent for de ulike aktørene på markedet, også de utenlandske, og de er lett tilgjengelige. Sett fra et anskaffelsesrettslig synspunkt vil en slik henvisning ivareta hensynene til konkurranse, forutberegnelighet og likebehandling på en god måte. Dette anses som tilstrekkelig også ved bruk av NTK 15 og SSA-kontraktene.

3.3 Form og innhold

3.3.1 Hvilke endringer kan pålegges

I kapittel 2.2.3 ble det vist at FOA § 19-1 andre ledd krever at endringsklausulen angir klart hvilke endringer som kan pålegges. Spørsmålet er om endringsklausulene i NTK 15, NS 8407 og SSA-T fastsetter hvilke endringer som kan pålegges tilstrekkelig klart til at de tilfredsstillende kravene i anskaffelsesregelverket.

Felles for NS 8407, NTK15 og SSA-T er at de angir arten av mulige endringer som en oppramsing av hva endringene kan gå ut på.⁸⁷ I følge de ulike bestemmelsene kan oppdragsgiver pålegge endringer i ytelsens omfang, samt at ytelsens karakter, art, kvalitet eller utførelse skal endres. I tillegg kan det pålegges endringer i fremdriftsplanen.⁸⁸ Totalt sett gir dette inntrykk av at oppdragsgiver er gitt en svært omfattende endringskompetanse, hvor han i prinsippet har et tilnærmet et ubegrenset spillerom.⁸⁹ På denne måten legges det til rette for at oppdragsgiver

⁸⁴ Nordtvedt mfl., (2013) s. 36

⁸⁵ Se Nordtvedt mfl., (2013) s. 36 jf. Rt. 1991 s. 773

⁸⁶ Nordtvedt mfl., (2013) s. 36

⁸⁷ Se for eksempel NS 8407 punkt 31.1 andre ledd, NTK art. 12.1 andre ledd og SSA-T punkt 3.1 første ledd.

⁸⁸ Se NS 8407 punkt 31.2 andre ledd, NTK art. 12.1 andre ledd og SSA-T punkt 3.1.

⁸⁹ Jf. direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 111.

lettere kan omgå forbudet mot vesentlige endringer. Så langt tilfredsstillende derfor ingen av standardene kravene i anskaffelsesregelverket.

Alle standardene inneholder visse begrensninger som modifierer dette inntrykket. Etter NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd må endringene ”stå i sammenheng med det kontrakten omfatter” og ”ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet”.⁹⁰ Bruken av uttrykket ”stå i sammenheng med” tilsier at endringsarbeidet må ha en form for tilknytning til det opprinnelige kontraktarbeidet. Hvorvidt dette kravet er tilfredsstillende vil bero på en vurdering av om endringsarbeidet har saklig sammenheng med kontraktarbeidets objekt og formål.⁹¹ Det oppstilles dermed en grense for hva slags endringer som kan pålegges, men det er fremdeles ikke klart for leverandøren hva slags endringer han kan forvente. I denne forbindelse må ordlyden ”opprinnelig kontraktarbeid” ikke tolkes så strengt at det kun er mulig å gjøre endringer i det som var avtalt ved tidspunktet for avtaleinngåelse. Det er også mulig å endre avtalt endringsarbeid ved utsendelse av ny endringsordre. Formuleringen ”opprinnelig kontraktarbeid” bør derfor forstås som en henvisning til det arbeid som er avtalt ved utsendelse av endringsordren.⁹²

Det fremgår også av ordlyden at endringen ikke må være av en ”vesentlig annen art” enn det opprinnelige arbeidet. Formuleringen ”det opprinnelige arbeidet” må forstås på samme måte som ved den første begrensningen. Videre legger ordlyden ”art” først og fremst begrensninger på hvilken karakter endringen kan ha. I følge juridisk teori innebærer begrensningen normalt at leverandøren ikke kan pålegges å utføre et arbeid han ikke har yrkeskompetanse til å utføre.⁹³

Leverandørens yrkeskompetanse kan likevel ikke være avgjørende ettersom vurderingen skal ta utgangspunkt i den opprinnelige kontrakten. Dette innebærer at leverandøren ikke kan pålegges arbeid som ligger innenfor hans yrkeskompetanse dersom det vesentlig avviker fra det opprinnelige kontraktarbeidet. Det hender også at leverandøren påtar seg oppdrag hvor hele eller deler av arbeidet ligger utenfor hans yrkeskompetanse. I slike tilfeller benyttes det gjerne underleverandører for å utføre denne delen av arbeidet. Dette tilsier at endringene må være av en slik art at de har en viss nærhet til det arbeidet leverandøren frivillig har påtatt seg.⁹⁴

Selv om det ikke fremgår direkte av ordlyden til NS 8407 er det også en naturlig forutsetning at oppdragsgiver ikke kan pålegge endringer som fremstår som umulige for entreprenøren.

⁹⁰ Jf. NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd

⁹¹ Se Nordtvedt mfl., (2013) s. 448 jf. Barbo (1997) s. 67

⁹² Nordtvedt mfl., (2013) s. 445

⁹³ Nordtvedt mfl., (2013) s. 448

⁹⁴ Svor (2016) s. 14

Punkt 31.1 tredje ledd begrenser dermed hvilke typer endringer oppdragsgiver kan pålegge. Det avgjørende er om denne begrensningen fremgår tilstrekkelig klart.

Ordlyden ”stå i sammenheng med det kontraktens omfatter” og ”ikke være av en vesentlig annen art” legger opp til stor grad av skjønn. I tillegg tilsier ordlyden ”vesentlig” at det må være stor avstand mellom arten av det opprinnelig avtalte arbeidet, og arten av endringsarbeidet før begrensningen trår i kraft. Dette svekker forutberegneligheten for leverandøren ved at det blir vanskelig å forutse arten av endringsarbeidet. Dette tilsier at det ikke fremgår tilstrekkelig klart av NS 8407 hvilke endringer som kan pålegges.

På den annen side har det betydning at det anskaffelsesrettslige klarhetskravet retter seg mot normalt oppegående tilbydere innenfor det aktuelle fagområdet. I denne sammenheng kan det trekkes en parallell til det tilsvarende ulovfestede klarhetskravet som gjelder ved utformingen av tildelingskriterier.⁹⁵ Det følger av omfattende praksis fra EU-domstolen at tildelingskriteriene i anbudskonkurranser skal utformes slik at alle tilbyderne er i stand til å tolke tildelingskriteriene likt. Vurderingstemaet er i stor grad sammenfallende med klarhetskravet som gjelder for utformingen av endringsklausuler, og det er ment å ivareta flere av de samme hensynene. Uttalelser om hvordan dette klarhetskravet skal forstås kan derfor ha argumentasjonsverdi ved vurderingen av det foreliggende spørsmål.

I forbindelse med sitt forslag til avgjørelse i C-19/00 ”SIAC” uttalte Generaladvokaten at ved vurderingen av klarhetskravet bør det tas hensyn til hvordan klausulene blir forstått av de som har erfaring med dem.⁹⁶ Det har derfor betydning for tolkningen av klarhetskravet at NS-kontraktene er mye brukt i bygg og anleggsprosjekter i Norge, samt at de har store likheter med standarder brukt i andre nordiske og anglo-amerikanske land.⁹⁷ Videre finnes det omfattende faglitteratur og mye praksis knyttet til forståelsen av endringsbestemmelsene. Dette trekker i retning av at det foreligger en enighet innad i fagmiljøet knyttet til hvordan endringsbestemmelsene i NS-kontraktene skal forstås. Dette momentet kan likevel ikke være avgjørende. Det faktum at det foreligger så mye praksis på området er i seg selv en tydelig indikator på at endringsbestemmelsene er uklare. At det stadig oppstår tvister knyttet til dette viser også at endringsbestemmelsene ikke er utformet i tråd med det overordnede anskaffelsesrettslige prinsippet om forutberegnelighet for tilbyderne.⁹⁸

⁹⁵ Se sak C-19/00 ”SIAC”

⁹⁶ C-19/99 ”SIAC” avsnitt 51

⁹⁷ Barbo (1997) s. 15-17

⁹⁸ Jf. LOA § 4

Etter mitt syn fastsetter ikke endringsklausulen i NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd hvilke endringer som kan pålegges tilstrekkelig klart til at de tilfredsstillter kravene i anskaffelsesregelverket.

NS 8407 punkt 31.1. fjerde ledd er et eksempel på en bestemmelse som trolig tilfredsstillter klarhetskravet. Bestemmelsen regulerer mengdeavvik fra poster som skal beregnes etter enhetspriser, og angir dermed hva slags type endring det er snakk om.

Når det gjelder NTK 15 og SSA-T inneholder de kun et forbud mot endringer som samlet sett går utover det partene med ”rimelig grunn” kunne forvente ved avtaleinngåelse.⁹⁹ Denne formuleringen begrenser både hvilke endringer som kan pålegges, og omfanget av disse. Begrensningen vil derfor behandles nedenfor under punkt 3.3.2.

3.3.2 Omfanget av endringene

I følge anskaffelsesregelverket må endringsklausulene trekke opp ytre rammer for omfanget av de endringer som kan utføres i medhold av klausulen. Dette kan blant annet gjøres ved å trekke opp en verdigrense for de endringene som kan gjøres. Spørsmålet er om endringsklausulene i NTK 15, NS 8407 og SSA-T begrenser omfanget av endringsadgangen tilstrekkelig klart til at de tilfredsstillter kravene i anskaffelsesregelverket.

Utgangspunktet i NS 8407 er at endringene ikke kan overstige ”15 % netto tillegg til kontraktssummen” med mindre partene har avtalt noe annet. Dette fremgår av punkt 31.1 tredje ledd.¹⁰⁰ Bestemmelsens ordlyd retter seg kun mot ”tillegg” til kontraktssummen, men det er klart at bestemmelsens andre ledd hjemler både negative og positive endringer. Dette innebærer at ordlyden i tredje ledd må leses som at endringene ikke kan overstige 15 % netto tillegg eller *reduksjoner* av kontraktssummen. Negative endringer på mer enn 15 % vil imidlertid anses som delvis avbestilling etter punkt 44 andre ledd, og er dermed ikke lenger omfattet av punkt 31.1 tredje ledd.

Begrensningen på 15% angir en tydelig verdigrense som grense for endringskompetansen i det enkelte kontraktsforholdet. Ordlyden viser at begrensningene er knyttet til det opprinnelige avtalte vederlaget, og at det skal foretas en nettoberegning.¹⁰¹ Sistnevnte innebærer at det avgjørende vil være om endringsarbeidet, med fradrag for eventuelle reduksjoner, utgjør mer enn 15 % av det opprinnelig avtalte vederlaget.¹⁰² Valg av ordlyd medfører at byggherren ikke kan

⁹⁹ Se NTK 15 art. 12.1 tredje ledd og SSA-T punkt 3.1 første ledd

¹⁰⁰ Se NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd

¹⁰¹ Bruserud, Hagstrøm (2017) 284-285

¹⁰² Nordtvedt mfl., (2013) s. 449

foreta flere separate endringer etter hverandre som hver for seg utgjør 15 % av kontraktsverdien. Dette er viktig for å forhindre at partene misbruker endringsklausulene til å omgå endringsbegrensningene i anskaffelsesregelverket. Reguleringen er i med anskaffelsesregelverket ettersom det også fremgår av FOA § 28-1 første ledd at dersom det gjøres flere endringer etter hverandre skal prisøkningen baseres på den samlede prisøkningen for alle endringene. Verdibegrensningen gjør det også mulig for tilbyderne å forutse potensielle endringer med større nøyaktighet, ettersom dette kan forhåndsberegnes basert på det totale vederlaget.

Endringsklausulen i NS 8407 har derfor som utgangspunkt en tilstrekkelig klar begrensning av endringenes omfang. Det må likevel vurderes om adgangen til å avtale seg bort fra denne grensen påvirker dette utgangspunktet.

NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd åpner for at partene kan avtale en større endringsadgang enn 15%. Fra et anskaffelsesrettslig synspunkt følger det forutsetningsvis av de minimis-terkelene i FOA § 28-1 første ledd bokstav b nr. 2 jf. direktivets art. 72 nr. 3 at en slik avtale kan inngås. De minimis-regelen slår fast at endringer i bygg og anleggskontrakter som er lavere enn 15 % av den opprinnelige kontraktsverdien alltid vil være tillatt selv uten hjemmel i en endringsklausul. Sett fra et anskaffelsesrettslig synspunkt må det altså foreligge en større endringsadgang enn 15% for at omfangsbegrensningen i FOA § 19-1 andre ledd skal få selvstendig betydning for utformingen av klausulene i standardkontrakter.

Denne adgangen til å avtale større endringsadgang kan etter omstendighetene komme i konflikt med regelverket for offentlige anskaffelser, men så lenge det trekkes opp en klar verdigrense som oppdragsgiver må forholde seg til antas regelen å være i samsvar med anskaffelsesregelverket, såfremt endringen ikke medfører en endring av kontraktens overordnede karakter. Dette vil i såfall være en konkret vurdering som må foretas i det enkelte tilfellet. Eksempelvis har Statsbygg tatt et standardisert avvik fra den tilsvarende ordlyden i NS 8405. Der er endringskompetansen i stedet satt til 25 % av kontraktssummen.¹⁰³ Bestemmelsen antas derfor å være i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser, også på dette punktet.

I motsetning til i NS 8407 er det ikke gitt en verdibegrensning av omfanget av oppdragsgivers endringskompetanse i NTK 15. I NTK 15 er både arten og omfanget av endringene begrenset ved at selskapet ”ikke har rett til å foreskrive Endringer av Arbeidet som samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått” jf. punkt 12.1 tredje ledd. Formuleringen ”da kontrakten ble inngått” må tolkes i lys av at anskaffelsesregelverket begrenser informasjonsutveksling mellom partene etter tilbudsfristens utløp. Ordlyden legger

¹⁰³ Hagstrøm og Bruserud (2017) s. 285

dermed opp til en skjønsmessig vurdering på bakgrunn av hva som objektivt sett er partenes felles forståelse ved tilbudsfristens utløp.¹⁰⁴

Utgangspunktet for denne vurderingen er kontraktens generelle ramme. Det må foretas en omfattende vurdering basert på all tilgjengelig informasjon ved tilbudsfristens utløpt før man kan konkludere med hvorvidt en endring ligger utenfor det som anses som rimelig i det enkelte tilfellet. Kontraktens varighet, graden av prosjektering ved kontraktsinngåelse, og avhengighet av andre sideordnede kontraktsforhold vil være momenter av betydning for hvorvidt endringen anses som urimelig. At det må foretas en slik skjønsmessig vurdering svekker forutberegneligheten for leverandørene ved at det er vanskelig å forutse hvilke endringer som kan pålegges, og omfanget av disse ved kontraktsinngåelse. Dette trekker i retning av at endringsklausulene ikke er klart nok utformet for det gjelder begrensninger av endringenes art eller omfang.

Det følger også av ordlyden at oppdragsgiver ikke har ”rett” til å kreve disse endringene. Dette utelukker likevel ikke at oppdragsgiver forsøker å pålegge slike endringer. I slike tilfeller kan leverandøren velge om han ønsker å gjennomføre endringsarbeidet, noe han ofte gjør så fremt han får tilstrekkelig tilleggsvederlag, og eventuelt fristutsettelse.¹⁰⁵ Dersom leverandøren velger å påta seg slikt ekstraarbeid foreligger det en gjensidig bebyrdende avtale som partene, sett fra et kontraktsrettslig synspunkt, står fritt til å inngå. Sett fra at anskaffelsesrettslig ståsted faller situasjonen utenfor anvendelsesområde til FOA § 19-1 andre ledd, og endringsarbeidet må derfor vurderes etter anskaffelsesregelverkets øvrige endringsregler. Ettersom partene normalt har en større endringsadgang ved bruk av endringsklausuler, enn etter de øvrige endringsreglene vil slike avtaler trolig stride mot anskaffelsesregelverket.

Omfangsbegrensningen i NTK 15 sin endringsklausul er derfor ikke tilstrekkelig klart definert til å tilfredsstille kravene i anskaffelsesregelverket.

I SSA-T er omfangsbegrensningen angitt i punkt 3.1 første og andre ledd. For det første kan oppdragsgiver bare pålegge endringer som ligger innenfor det partene ”med rimelig grunn” kunne forvente ved avtaleinngåelse. I likhet med reguleringen i NTK 15 legger ordlyden opp til en vid adgang for oppdragsgiver til å regulere arten av endringene og omfanget av disse, tilsynelatende kun begrenset av en rimelighetsvurdering med henvisning til partenes felles forståelse ved tidspunktet for tilbudsfristens utløp.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Kaasen (2018) s. 386

¹⁰⁵ Se Kaasen (2018) s. 388

¹⁰⁶ Jf. SSA-T punkt 3.1 første ledd

Den rimelighetsvurderingen som skal foretas etter SSA-T punkt 3.1 første ledd vil trolig være enda mer uforutsigbar i kontraktsforhold hvor SSA-T anvendes enn etter NTK 15, selv om vurderingene skal foretas på bakgrunn av de samme momentene. Dette skyldes at SSA-T regulerer anskaffelser innen IT som er et fagområde i svært rask utvikling. Dette innebærer en økt sannsynlighet for teknologiske nyvinninger i løpet av kontraktens løpetid. Dette medfører at det er enda vanskeligere for partene, ved kontraktsinngåelse, å forutse hvordan oppdragsgivers behov vil endre seg underveis i kontraktens levetid. Resultatet er at rimelighetsvurderingen blir enda mer skjønnsmessig og uforutsigbar, noe som svekker hensynet til forutberegnelighet og likebehandling av tilbyderne. Som allerede redegjort, for vil en slik rimelighetsvurdering ikke tilfredsstillende klarhetskravet som oppstilles i FOA § 19-1 andre ledd. Endringsklausulen i SSA-T punkt 3.1 er derfor ikke tilstrekkelig klart formulert i forhold til anskaffelsesregelverket når det gjelder arten av de endringer som kan foretas.

Når det gjelder spørsmålet om omfangsbegrensningen er tilstrekkelig klart formulert inneholder SSA-T punkt 3.1 andre ledd en ytterligere kvantitativ begrensning inspirert av NS-kontraktene. Leverandøren er som hovedregel ikke pliktig til å følge opp et pålegg om endringer som overstiger 15 % netto av kontraktens verdi. Dersom denne kvantitative begrensningen etterleves vil praktiseringen av SSA-T være i samsvar med anskaffelsesregelverket på dette punktet.¹⁰⁷

En svakhet ved bestemmelsen i SSA-T er at den benytter formuleringen ”ikke forpliktet til”. Ordlyden tilsier at leverandøren står fritt til å velge om han ønsker å gjennomføre pålegg om endringer som overstiger 15 %. Dette innebærer også at oppdragsgiver står fritt til å forespørre endringer som overstiger denne verdigrensen. Ofte vil leverandøren gjennomføre disse endringene på grunnlag av lojalitetsbetraktninger, så fremt det ikke fremstår som en vesentlig ulempe for vedkommende.¹⁰⁸

SSA-T punkt 3.1 annet ledd gir dermed, i likhet med NTK 15, leverandøren mulighet til å inngå en privatrettslig avtale hvor han påtar seg endringsarbeid som oversiger endringsklausulens omfangsbegrensning. Som vist tidligere vil en slik avtale falle utenfor anvendelsesområdet til FOA § 19-1 andre ledd, og måtte vurderes etter de øvrige endringsreglene.

Det følger også av ordlyden til SSA-T punkt 3.1 andre ledd at den kvantitative begrensningen ikke får virkning dersom det er snakk om en omtvistet endringsordre. En omtvistet endringsordre er en endringsordre hvor partene er uenige om hvorvidt pålegget fra oppdragsgiver utgjør

¹⁰⁷ Se tidligere drøftelse knyttet til NS 8407

¹⁰⁸ Se Udsen (2014) s. 145

en endring.¹⁰⁹ Fra et kontraktsrettslig synspunkt har regelen gode grunner for seg. Dersom pålegget ikke utgjør en endring er det i stede en del av det avtalte kontraktarbeidet, og dermed noe leverandøren er pålagt å utføre. Dersom leverandøren urettmessig nekter å utføre dette arbeidet til den tid oppdragsgiver krever, kan det ha stor påvirkning på resten av leveransen. Fra et anskaffelsesrettslig synspunkt er dette uproblematisk forutsatt at pålegget ikke utgjør en endring. Motsetningsvis, dersom pålegget viser seg å utgjøre en endring, blir resultatet at leverandøren i påvente av denne avklaringen må utføre en ubegrenset mengde ekstraarbeid. Slik sett er regelen ikke tilstrekkelig klart formulert i forhold til anskaffelsesregelverket på dette punktet.

Så fremt leverandøren forholder seg til den verdigrensen som er satt i SSA-T punkt 3.1 andre ledd vil det ikke være problematisk å gjøre endringer i kontraktens omfang med hjemmel i endringsklausulen. Jeg vurderer det likevel slik at endringsklausulen i SSA-T ikke er tilstrekkelig klart formulert til å tilfredsstillere klarhetskravet i anskaffelsesregelverket når det gjelder begrensninger av endringens art. Det samme gjelder også begrensningen av endringens omfang som følge av at den kvantitative begrensningen er overlatt til leverandørens diskresjon.

3.3.3 Vilkårene for å pålegge endringer

Tidligere i oppgaven er det redegjort for hvordan ordlyden i FOA § 19-1 (2), ”det skal fremgå (...) på hvilke vilkår” en endring kan pålegges, omfatter både situasjonsbetingelser og regler om hvordan endringene virker i kontrakten.¹¹⁰ Spørsmålet er dermed om situasjonsbetingelsene for adgangen til å pålegge endringer, samt virkningene av dette fremgår tilstrekkelig klart av endringsklausulene i NS 8407, NTK 15 og SSA-T til å tilfredsstillere klarhetskravet i anskaffelsesregelverket.

I følge NS 8407 punkt 31.1 første ledd og SSA-T 3.1 første ledd kan oppdragsgiver pålegge leverandøren endringer. Tilsvarende følger det av NTK 15 art. 12.1 at selskapet har rett til å gi pålegg om de endringer som er ønskelige.

Standardenes ordlyd legger ingen begrensninger på når oppdragsgiver har adgang til å gjøre endringer med hjemmel i endringsklausulene. Selv om det ikke fremgår direkte av standardene, er det klart at oppdragsgiver kun kan pålegge leverandøren endringer i kontraktsperioden. Utover dette vil avgjørelsen om hvorvidt det skal gjøres endringer bero på byggherrens diskresjon. Dette er problematisk sett fra et anskaffelsesrettslig synspunkt, og det tilsier at kravet om at situasjonsbetingelsene må angis i endringsklausulen ikke er oppfylt.

¹⁰⁹ Jf. SSA-T punkt 3.8

¹¹⁰ Se oppgavens kapittel 2.2.3

I eldre KOFA-praksis er det gitt uttrykk for at endringer i medhold av en standardkontrakt ikke anses som en ny kontrakt som må lyses ut på nytt jf. KOFA-sak 2008/5 "Storfjord kommune".¹¹¹ Avgjørelsens vekt svekkes av at den er avsagt lenge før direktivet trådte i kraft, og den omhandlet en kontrakt under terskelverdiene. I tillegg ble den avsagt noen dager før EU-domstolen presiserte læren om vesentlige endringer i avgjørelsen "Pressetext".

I nyere tid har KOFA moderert uttalelsene i "Storfjord kommune".¹¹² I KOFA-sak 2014/139 "Statens vegvesen Region sør" baserte nemnda seg på uttalelser fra "Pressetext". Flertallet uttalte at "endringsklausulen i NS 8406 punkt 19.1, som gir oppdragsgiver adgang til å gjøre "endringer", nok etter omstendighetene vil kunne stå i et spenningsforhold til anskaffelsesregelverket." Eksistensen av endringsklausulen hadde liten betydning for den problemstillingen som nemnda behandlet, og KOFA gikk derfor ikke nærmere inn på disse uttalelsene. Flertallet anså ikke endringsbestemmelsen for å være i tråd med kravene i anskaffelsesregelverket.

Til forskjell fra flertallet kom mindretallet i "Statens vegvesen Region sør" til at endringen ikke var vesentlig fordi den fremgikk av kontraktens punkt 19.1. Mindretallet viste til uttalelsene i "Pressetext" og uttalte at det "må det godtas at kontrakten "provide[s]" for de aktuelle endringer i dette tilfellet". Videre ville mindretallet prinsipielt vike tilbake fra å uttale seg om hvorvidt standardvilkår i bygg og anleggsbransjen kan være potensielt konkurranseskadende. Mindretallet viste blant annet til at det var snakk om vanlige formuleringer i de øvrige NS-kontraktene, samt at det finnes lignende bestemmelser i andre nordiske standardvilkår. Mindretallet viser også til tidligere KOFA praksis som støtte for synspunktet sitt, deriblant sak 2008/5.¹¹³

Etter mitt syn har mindretallets argumentasjon mange gode poenger, men også et par svakheter. Det fokuseres i veldig stor grad på de entrepriserettslige synspunktene som begrunner endringsadgangen, og i liten grad på de anskaffelsesrettslige hensynene som taler for eventuelle begrensninger. Det vises blant annet til øvrig nordisk kontraktspraksis innen fagområdet. I likhet med NS-kontraktene er de øvrige nordiske standardene på området utformet på bakgrunn av entrepriserettslige synspunkter, ikke for å ivareta anskaffelsesrettslige hensyn. Mindretallets argumentasjon fremstår derfor som lite nyansert på dette punktet.

Videre tar mindretallet ikke hensyn til modifikasjoner man finner i KOFAs praksis etter "Storfjord kommune".¹¹⁴ I tillegg vil endring som kun avhenger av oppdragsgivers frie skjønn utgjøre en restriksjon på de fire friheter. Dette behandles heller ikke av mindretallet. Dette er en

¹¹¹ KOFA-sak 2008/5 avsnitt 58

¹¹² Se blant annet KOFA sak 2011/349 "Rogaland fylkeskommune v/ Statens vegvesen" avsnitt 31-32

¹¹³ KOFA-sak 2014/139 avsnitt 75-79

¹¹⁴ Se Svor (2016) s 22 Jf. KOFA sak 2011/349 avsnitt 31-32

stor svakhet ettersom hensynet til fri flyt av varer og tjenester er en sentral del av bakgrunnen for anskaffelsesregelverket.

Uttalelsene i KOFA sak 2014/139 knytter seg til NS 8406, og de er derfor først og fremst relevante for innholdet av bygg og anleggskontraktene. Selv om KOFA ikke viser til NTK eller SSA-kontraktene, bør uttalelsene etter mitt syn få betydning også for forståelsen av innholdet i disse standardene. En del reguleringer i NS-kontraktene er inspirert av tidligere versjoner av NF/NTK. Også SSA-T har hentet inspirasjon fra NF-familien. Praksis knyttet til de ulike standardene kan derfor gi et tolkningsbidrag til de øvrige standardene. Også det forhold at endringsklausulene er utformet på bakgrunn av de samme hensynene, og med tilnærmet lik formulering taler fro dette. På bakgrunn av dette vurderer jeg det slik at ingen av de nevnte endringsklausulene er tilstrekkelig klart formulert til å oppfylle klarhetskravet i anskaffelsesregelverket når det gjelder angivelse av situasjonsbetingelser.

NTK 15 art. 5.1 er et eksempel på en bestemmelse som regulerer kontraktsendringer, og som antagelig tilfredsstillende vilkårene i anskaffelsesregelverket på dette punktet. Bestemmelsen slår fast at leverandøren skal holde seg informert om, og rette seg etter gjeldende myndighetskrav, blant annet i form av lover og forskrifter som gjelder på en byggeplass. Dersom disse kravene endres forutsetter bestemmelsen at innholdet av kontrakten endres tilsvarende, slik at leverandørens arbeid til enhver tid er i tråd med gjeldende regelverk. Bestemmelsen forutsetter at konkrete hendelser, endring av lover eller forskrifter, finner sted for at endringen kan pålegges. Et lignende eksempel finnes også i NS 8407 punkt 14.4.

Det legges etter dette til grunn at hovedklausulene for endringsadgangen i de ulike standardene ikke tilfredsstillende klarhetskravet som anskaffelsesregelverket oppstiller for bruk angivelse av situasjonsbetingelser i endringsklausuler jf. FOA § 19-1 andre ledd jf. direktivets art. 72 nr. 1 bokstav a. Det er likevel grunn til å undersøke om standardenes angivelse av endringens virkninger i kontrakten er tilstrekkelig klart formulert.

De ulike standardene inneholder detaljerte regler om endringenes konsekvenser. Utgangspunktet i de nevnte standardene er at dersom oppdragsgiver pålegger leverandøren å gjøre endringer har partene krav på vederlagsjustering.¹¹⁵ Dette sikrer at den grunnleggende balansen i avtalen ikke forstyrres ved endringer. Reglene for hvordan vederlaget skal justeres varierer imidlertid i de ulike standardene.

I NS 8407 er utgangspunktet at entreprenøren har krav på vederlagsjustering som følge av endringer. Dette fremgår av kontraktens punkt 34.1.1. Etter punkt 34.2.1 kan vederlagsjusteringene

¹¹⁵ Se NS 8407 punkt 34.1.1, NTK punkt 13.2 og SSA-T punkt 3.5

skje ved at partene bli enige om vederlagsjusteringen. Dette skjer ved at entreprenøren gir byggherren et tilbud på justering av vederlaget.¹¹⁶ Denne formuleringen legger opp til frie forhandlinger mellom partene noe som blant annet medfører økt risiko for forskjellsbehandling. Det øker også sjansen for at oppdragsgiver gir økonomisk støtte til leverandøren. Dette kan virke konkurransevridende, og er som utgangspunkt forbudt etter EØS-avtalens art. 61 første ledd. Formuleringen i punkt 34.2.1 tilfredsstiller derfor ikke klarhetskravet i anskaffelsesregelverket.¹¹⁷

Dersom partene ikke inngår en slik avtale skal vederlaget justeres på grunnlag av anvendbare enhetspriser jf. punkt 34.2.2.

I SSA-T er konsekvensene av endringsordre regulert i punkt 3.5. Bestemmelsen er svært lik reguleringen i NS 8407 og gir leverandøren ”rett til å kreve” vederlagsjustering. Hovedregelen er at dette gjøres etter kontraktens enhetspriser eller timespriser, forutsatt at endringsarbeidet i det ”vesentlig er likeartet” det arbeidet prisene opprinnelig regulerer. Formuleringen ”vesentlig ... likeartet” viser at endringsarbeidet må være av samme karakter som det arbeidet kontrakten allerede omfatter.¹¹⁸

Disse reglene sikrer at vederlagsjusteringen skjer på objektive kriterier. Når det fremgår at endringer vil prises basert på kontraktens enhetspriser, eller timespriser vil prisene allerede være konkurranseutsatt, slik at det ikke er fare for at endringene kunne påvirke konkurranseresultatet. Det er også klart for leverandøren hvordan ulike typer endringsarbeider skal prises. En slik angivelse av virkninger anses som tilstrekkelig klart formulert, og er i samsvar med anskaffelsesregelverket.¹¹⁹

Dersom enhetsprisene i NS 8407 ikke er direkte anvendelige følger det av punkt 34.3.2 at det kan anvendes justerte enhetspriser forutsatt at disse er ”vesentlig ... likeartet” det arbeid enhetsprisene er beregnet på. Tilsvarende følger det av SSA-T punkt 3.5 tredje ledd at dersom kontraktens enhetspriser og/eller timespriser ikke kan anvendes skal leverandøren fremsette et tilbud basert på kontraktens ”generelle prisnivå”. Det neste spørsmålet er derfor om reglene i SSA-T punkt 3.5 tredje ledd, og NS 8407 punkt 34.3.2 også tilfredsstiller klarhetskravet i anskaffelsesregelverket.

¹¹⁶ Se NS 8407 punkt 34.2.1

¹¹⁷ Kaasen (2018) s. 405 og Liljenbøl og Balle (2016) s. 426

¹¹⁸ Hagstrøm og Bruserud (2017) s. 270

¹¹⁹ Se Svov (2016) s. 24 jf. Hartlev og Liljenbøl, (2013) s. 61

Etter SSA-T punkt 3.5 tredje ledd skal leverandøren i slike tilfeller gi et tilbud på tillegg eller fradrag for endringene som gjenspeiler kontraktens generelle prisnivå. Etter NS 8407 kan begge partene kreve at enhetsprisene justeres som følge av avviket mellom opprinnelig avtalt arbeid og endringsarbeidet. At bestemmelsene viser til *tilbud* og *justeringer* viser at i begge tilfeller vil den endelige prisen på endringsarbeidet avhenge av forhandlinger mellom partene. Dette øker sjansen for at de endelige prisene er mindre konkurransedyktige enn prisene for det opprinnelige arbeidet. Ved at partene gis større grad av skjønn blir det i tillegg vanskeligere for de øvrige tilbydere å etterprøve om prisingen har hatt en konkurransevridende effekt. Fra et anskaffelsesrettslig synspunkt bør det derfor ikke tillates å prise endringer på grunnlag av slike forhandlinger. Dersom man ønsker å prise endringene etter disse bestemmelsene bør det i såfall gis klare føringer for hvordan forhandlingene skal utføres.¹²⁰

Regelen i SSA-T punkt 3.5 tredje ledd, og NS 8407 punkt 34.3.2 er dermed ikke tilstrekkelig klart formulert til å tilfredsstille klarhetskravet i anskaffelsesregelverket.

NS 8407 inneholder en siste løsning for prising av vederlagsjustering dersom enhetsprisene ikke under noen omstendighet kan anvendes. I følge punkt 34.4 skal vederlagsjusteringen da skje etter reglene om regningsarbeider i kontraktens punkt 30. Regningsarbeid innebærer at entreprenøren får betalt for nødvendige kostander ved å utføre arbeidet, samt et påslag for å dekke indirekte kostander, risiko og fortjeneste.¹²¹ Normalt vil det være fastsatt timerater i kontrakten for ulike typer arbeid som anvendes på endringsarbeidet så langt det lar seg gjøre.¹²² På samme måte som ved anvendbare enhetspriser sikrer dette at vederlagsjusteringen skjer på objektive kriterier hvor prisene allerede er konkurranseutsatt. En slik angivelse av virkninger samsvarer derfor med anskaffelsesregelverket.

Fra et anskaffelsesrettslig ståsted oppstår problemet når det ikke er avtalt anvendbare timerater. Vederlagsjusteringen skjer da på grunnlag av at entreprenørene har rett på dekning av nødvendige kostander med påslag, forutsatt at arbeidet er rasjonelt og forsvarlig utført. Denne vurderingen byr ofte på problemer i praksis, blant annet fordi det ofte oppstår uenighet om hva som er ”nødvendige kostander” i det konkrete tilfellet.¹²³ Formuleringen ”nødvendig”, ”rasjonelt” og ”forsvarlig” er et skjønnsmessige kriterier som er lite egnet til å skape forutberegnelighet for tilbyderne. Dette medfører at det er vanskelig for partene å beregne hvordan endringer vil prises.

¹²⁰ Goller, (2012)

¹²¹ NS 8407 punkt 30 første ledd

¹²² Hagstrøm og Bruserud (2017) s. 311

¹²³ Hagstrøm og Bruserud (2017) s. 311-313

Konklusjonen er derfor at NS 8407 punkt 34.4 jf. punkt 30 ikke angir endringenes virkning tilstrekkelig klart til å tilfredsstillende anskaffelsesregelverket.

I NTK 15 er prising av endringer langt mer detaljregulert enn i NS 8407 og i SSA-T. I art. 13.2 legger standarden opp til en nær forbindelse med kontraktens alminnelige prisformat. Den gjennomgående teknikken er at prisene i vedlegg B skal benyttes så langt som mulig ved prising av endringsarbeider. Partene oppfordres derfor til å bryte endringsarbeidet ned i ulike komponenter før de begynner å lete i kontrakten etter relevante rater. Når dette er gjort angir art. 13.2 bokstav a, b, c og e at endringsarbeid blant annet knyttet til ledelse og administrasjon, prosjektering og mengdejusteringer i materialinnkjøp reguleres i henhold til fastsatte priser i vedlegg B. For disse punktene skjer reguleringen på objektive kriterier, og det er liten sjanse for at endringene påvirker konkurranseresultatet. Endringsklausulen i NTK15 er derfor tilstrekkelig klart formulert når det gjelder art. 13.2 bokstav a, b, c og e.

Det gjenstår å vurdere om også NTK 15 art. 13.2 bokstav d er utformet tilstrekkelig klart til å tilfredsstillende anskaffelsesregelverket krav til angivelse av virkninger. Bestemmelsen regulerer prising av fabrikkasjonsarbeider. Dette er den mest komplekse komponenten, og det er vanskelig å angi detaljerte priser på forhånd. Prising av dette arbeidet reguleres derfor i art. 13.2 bokstav d nr. 1-5.

Som utgangspunktet skal fabrikkasjonsarbeider prises etter anvendbare rater og enhetspriser i vedlegg B. Drøftelsen av endringsklausulene i NS 8407 og SSA-T viser at dette er tilstrekkelig klart formulert sett fra et anskaffelsesrettslig synspunkt. Dersom disse prisene ikke kan anvendes skal det anvendes ”justerte” eller ”nye” normer og rater som reflekterer kontraktens ”generelle prisnivå” jf. art. 13.2 bokstav d nr. 3, nr. 4 og nr. 5. I likhet med formuleringene i SSA-T punkt 3.5 og i NS 8407 punkt 34.3.2 legger ordlyden ”justerte” til rette for forhandlinger mellom partene hvilket er problematisk sett fra et anskaffelsesrettslig ståsted. Tilsvarende gjelder når partene utarbeider ”nye” priser og rater. Videre kan det oppstå forhandlinger for å fastslå kontraktens ”generelle prisnivå” ettersom dette er en vanskelig størrelse å identifisere. Endringsklausulen i NTK 15 er derfor ikke tilstrekkelig klart formulert når det gjelder prisingen av fabrikkasjonsarbeider i art. 13.2.

Dersom vederlaget og/eller fremdriftsplanen ikke justeres vil det kunne foreligge en ulovlig direkte anskaffelse selv om endringen har hjemmel i en lovlig endringsklausul. Dette illustreres i KOFA-sak 2014/139 hvor leverandøren fant en mer kostnadsbesparende måte å gjennomføre arbeidet enn den som var angitt i konkurransegrunnlaget. Innklagde tok ingen initiativ til å undersøke hvilke besparelser leverandøren oppnådde som følge av dette, og tok heller ingen initiativer til å redusere vederlaget. Resultatet var at den økonomiske balansen i kontraktsforholdet

ble endret noe som ble ansett som en vesentlig endring.¹²⁴ Dette illustrerer viktigheten av å følge opp regelverket i praksis. Det er ikke tilstrekkelig at kontraktens innhold er i samsvar med anskaffelsesregelverket dersom deler av kontrakten ikke etterfølges.

3.4 Klarhetskravet

Hvorvidt endringsklausulene i NS 8407, NTK 15 og SSA-T er tilstrekkelig klart formulert med hensyn til endringens art, omfang og vilkår er behandlet i oppgavens kapittel 3.2 og 3.3.

I kapittel 3.1 nevnes det at det i entrepriseretten snakkes om endringsadgangen som et entrepriserettslig prinsipp. Eksempelvis antas byggherren å ha en vid endringsadgang i prosjekteringskontrakter, uavhengig av om kontrakten viser til en standard.¹²⁵ Tilsvarende mener Udsen at kundenes endringskompetanse i utviklingsavtaler innen IT er så vanlig at det, avhengig av partenes atferd og kontraktens ordlyd, ofte kan innfortolkes en endringsadgang i kontraktsforholdet selv ved mangel på en uttrykkelig endringsbestemmelse.¹²⁶ Tilvirkningskontrakter er et kontraktsområde med et like stort behov for fleksibilitet som entrepriseretten og ved IT-anskaffelser. Dette tilsier at oppdragsgiver normalt vil ha en viss endringsadgang selv uten endringsklausuler, også i disse kontraktsforholdene.

Dette reiser spørsmålet om hvorvidt eksistensen av et slikt prinsippet i seg selv er nok til å bringe situasjonen inn under FOA § 28-1 første ledd bokstav a jf. art. 72 nr. 1 bokstav a.

Et rettslig prinsipp er en grunnsetning innen det aktuelle rettsområdet. Endringsadgangen er dermed noe aktørene innen kontraktsområdene kjenner til selv når den ikke uttrykkelig reguleres i kontrakten. Hensynet til forutberegnelighet er dermed noe ivaretatt selv uten en eksplisitt endringsklausul. I tillegg er endringsdagen en gjenganger i nesten alle norske, internasjonale og utenlandske standardkontrakter innen entrepriseretten.¹²⁷ Endringsadgangen er derfor kjent også for utenlandske aktører. Dette innebærer at hensynet til likebehandling også ivaretas, selv uten en uttrykkelig endringsklausul.

På den annen side vil en henvisning til et prinsipp ikke innebære at det trekkes opp klare rammer for hva endringsadgangen omfatter.¹²⁸ Oppdragsgiveren har dermed et tilnærmet ubegrenset

¹²⁴ KOFA-sak 2014/139

¹²⁵ Simonsen (2016) s. 423

¹²⁶ Udsen (2014) s. 145

¹²⁷ Barbo (1997) s. 32

¹²⁸ Barbo (1997) s. 33

spillerom til å pålegge endringer, noe som strider mot hensynet til forutberegnelighet. Det legger også til rette for at partene lettere kan omgå forbudet mot vesentlige endringer. Eksistensen av et slik kontraktsrettslig prinsipp er derfor ikke nok til å bringe situasjonen inn under FOA § 28-1 første ledd bokstav a jf. Art. 72 nr. 1 bokstav a.¹²⁹

3.5 Forbudet mot å endre kontraktens overordnede karakter

Vi så i kapittel 2.2.5 at omfattende endringer i kontrakten kan medføre at kontrakten retter seg mot et annet marked enn opprinnelig, og dermed endrer kontraktens overordnede karakter. Som tidligere vist er vurderingstema hvorvidt endringen medfører en hypotetisk påvirkning av konkurranseresultatet.

Etter NTK 15 art. 12.1 tredje ledd har selskapet ikke rett til å pålegge endringer som ”samlet sett går ut over det partene med rimelighet kunne regne med” ved kontraktsinngåelse. Tilsvarende følger det av SSA-T punkt 3.1 første ledd at endringene må ligge ”innenfor det partene med rimelig grunn kan forvente” ved avtaleinngåelse. Som vist i kapittel 3.3.2 vil vurderingen være en konkret skjønnsmessig vurdering basert på all tilgjengelig informasjon ved tidspunktet for tilbudsfristens utløp ettersom anskaffelsesregelverket legger begrensninger på informasjonsutvekslingen mellom partene etter dette tidspunktet. Vi så også at ordlyden åpner for at partene kan inngå privatrettslige avtaler om større endringer for å omgå denne rimelighetsbegrensningen. Rimelighetsbegrensningen er derfor ikke et hinder mot endringer som påvirker kontraktens overordnede karakter.

NTK 15 art. 12.1 andre ledd og SSA-T punkt 3.1 første ledd åpner for det første for endringer av arbeidets karakter og art. Som tidligere redegjort for viser anskaffelsesrettslig praksis at endringer av arbeidets karakter og art ofte fører til endringer av kontraktens overordnede karakter. Dette illustreres blant annet av KOFA-sak 2016/104 jf. kapittel 2.2.5. I dette tilfellet ble en endring av kontrakten fra leiekontrakt til en entreprisekontrakt ansett som en endring av kontraktens overordnede karakter. Det at standardkontraktene åpner for å gjøre store endringer av arbeidets karakter og art er derfor problematisk sett fra et anskaffelsesrettslig ståsted. Trolig vil disse vidtgående endringene også være i strid med forbudet mot å endre anskaffelsens overordnede karakter.

Standardene åpner også for å øke eller redusere arbeidets omfang. Det skal som nevnt mye til for at en endringer i arbeidets omfang påvirker kontraktens overordnede karakter. Som vist i KOFA-sak 2011/179 er det likevel ikke utenkelig at så store endringer kan finne sted, jf. kapittel 2.2.5. I NTK 15 fremstår denne adgangen som tilnærmet ubegrenset med unntak av en rimelighetsbegrensning i art. 12.1 tredje ledd. Ettersom rimelighetsbegrensningen ikke anses som et

¹²⁹ Simonsen (2016) s. 423

tilstrekkelig hinder mot endringer av kontraktens overordnede karakter kan det ikke utelukkes at bestemmelsen strider mot anskaffelsesregelverket på dette punktet.

I SSA-T punkt 3.1 er endringer i kontraktens omfang begrenset ved en rimelighetsbegrensning. I tillegg til er endringsadgangen ytterligere begrenset ved at leverandøren ikke er pliktig til å utføre pålegg om endringer som overstiger 15% av kontraktsverdien jf. punkt 3.1 andre ledd. Som vist i kapittel 3.3.2 tilsier ordlyden ”ikke forpliktet” at leverandøren likevel kan samtykke til å utføre slikt endringsarbeid. Dersom leverandøren velger å samtykke til slik arbeid står man overfor den samme situasjonen som etter NTK 15 art. 12.1 tredje ledd. Ettersom det avgjørende i forhold til FOA § 19-1 andre ledd er hvorvidt endringsklausulen ”åpner for” en endring av kontraktens overordnede karakter innebærer dette at SSA-T punkt 3.1 andre ledd ikke er i samsvar med anskaffelsesregelverket på dette punktet.

Videre åpner NTK 15 art. 12.1 annet ledd og SSA-T punkt 3.1 første ledd for at det gjøres endringer i arbeidets kvalitet og utførelsen av arbeidet. Førstnevnte kan ha betydning for hvilke tilbydere som er best i stand til å gjennomføre kontraktarbeidet blant annet dersom de ulike tilbyderne har vist ulik evne til å utføre arbeid som krever en viss nøyaktighet. Dersom kravene til nøyaktighet skjerpes er det ikke lenger gitt at den valgte leverandøren er den best egnede til å gjennomføre arbeidet. Slike endringer kan derfor være i strid med anskaffelsesregelverket. Det samme momentet får betydning ved pålegg om endringer i utførelsen av arbeidet. Potensielle tilbydere kan ha blitt forbigått, eller unnlatt å inngi tilbud fordi oppdragsgiver opprinnelig etterspurte en gitt fremgangsmåte eller et gitt personell. Dette er særlig tilfellet dersom endringene gjelder forhold som har blitt særlig fremhevet som en del av kontraktens grunnleggende elementer slik tilfellet var i sak C-91/08 ”Wall” jf. kapittel 2.2.5. Adgangen til å gjøre endringer i arbeidets kvalitet og utførelsen av arbeidet kan derfor ha en hypotetisk påvirkning av konkurranseresultatet. Bestemmelsen er derfor i strid med anskaffelsesregelverket på dette punktet.

Både NTK 15 art. 12.1 andre ledd og SSA-T punkt 3.1 første ledd legger også til rette for endringer i fremdriftsplanen. Dette kan innebære endringer som pålegger entreprenøren en akselerasjon eller retardasjon av arbeidet, samt at deler av arbeidet skal utføres til en annen tid enn opprinnelig fastsatt.¹³⁰ Det er vanskelig å se for seg at endringer som kun retter seg mot fremdriftsplanen kan være så omfattende at de påvirker kontraktens overordnede karakter ettersom leverandørens hovedforpliktelse forblir den samme. Det kan tenkes at anskaffelsesregelverket likevel oppstiller visse grenser på bakgrunn av hensynet til forutberegnelighet. Slike situasjoner antas i såfall å oppstå svært sjeldent, og da vil trolig rimelighetsbegrensningen i NTK 15 art. 12.1 tredje ledd og SSA-T punkt 3.1 første ledd gi leverandøren tilstrekkelig beskyttelse.

¹³⁰ Kaasen (2018) s. 384

Dette viser at NTK 15 art. 12.1 og SSA-T punkt 3.1 åpner for at kontraktens ”overordnede karakter” endres på flere punkter. Bestemmelsene er derfor i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

I likhet med NTK 15 og SSA-T angir NS 8407 punkt 31.1 andre ledd uttrykkelig hvilke endringer leverandøren kan pålegges. I tillegg oppstilles det en øvrig materiell begrensning i punkt 31.1. tredje ledd. I det følgende vil denne materielle begrensningen behandles først ettersom utfallet av denne vurderingen kan ha betydning for drøftelsen etter andre ledd.

Etter punkt 31.1 tredje ledd kan endringsarbeidet ikke være ”av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet”. Denne formuleringen har likhetstrekk med anskaffelsesregelverkets forbud mot å endre kontraktens overordnede karakter. Spørsmålet er om vurderingen av hvilke endringer som er av en ”vesentlig annen art” sammenfaller med terskelen for endringer av ”kontraktens overordnede karakter”.

En side ved vurderingen av om kontraktens overordnede karakter endres er om endringen medfører at kontrakten omhandler ”noe annet”. Som vist i KOFA-sak 2016/104 vil dette som regel være tilfellet dersom endringsarbeidet har en annen art enn opprinnelig avtalt jf. kapittel 2.2.5. Dette innebærer at dersom den materielle begrensningen i NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd tilrettelegger for at det utføres arbeid av en annen art enn det opprinnelig avtalte er sjansen stor for at arbeidet går over til å bli ”noe annet”. Ordlyden ”vesentlig” i punkt 31.1 tredje ledd oppstiller en høy terskel hvor det ikke er tilstrekkelig at endringsarbeidet kun er av en annen art, det må være et markant avvik. Dette tilsier at den materielle begrensningen i punkt 31.1 tredje ledd tillater endringsarbeid som, sett fra et anskaffelsesrettslig synspunkt, utgjør ”noe annet” selv om endringen ikke anses som ”vesentlig”. Terskelen for hva som er av ”vesentlig annen art” er dermed trolig høyere en terskelen for endringer av ”kontraktens overordnede karakter”. Den materielle begrensningen i NS 8407 punkt 31.1 tredje ledd tilfredsstillter derfor ikke anskaffelsesregelverkets krav.

Etter punkt 31.1 andre ledd kan det gjøres endringer i arbeidets art og karakter. Formuleringen samsvarer med NTK 15 art. 12.1 og SSA-T punkt 3.1 hvor det ble konkludert med at endringsadgangen trolig åpner for en del endringer som kan påvirke kontraktens overordnede karakter. Dette er nok også tilfellet for NS 8407 punkt 31.1 andre ledd til tross for at tredje ledd oppstiller en viss begrensning i endringsadgangen, jf. tidligere redegjørelse.

Deretter åpner punkt 31.1 andre ledd for å gjøre endringer i kontraktens omfang. Denne adgangen er som utgangspunkt begrenset oppad til ”15 % netto tillegg til kontraktssummen”. Verdibegrensningen gjelder tilsvarende for negative endringer. Tidligere redegjørelse viser at

det antagelig må tillates ganske store endringer i kontraktens omfang før endringen kan sies å påvirke kontraktens ”overordnede karakter”, når endringen har sin bakgrunn i en endringsklausul jf. kapittel 2.2.5. Bakgrunnen for dette er et endringsarbeidet i slike tilfellet er konkurranseutsatt ved kunngjøringen slik at de anskaffelsesrettslige hensynene er bedre ivaretatt. Dette innebærer at størrelsesbegrensninger i NS 8407 trolig er innenfor anskaffelsesregelverkets krav. Denne vurderingen kan likevel slå annerledes ut i de tilfellene hvor partene har avtalt enn større endringsadgang enn 15 %. Dette er fordi jo større endringsadgang som avtales, desto mer svekkes hensynet til forutberegnelighet for leverandørene. Partene kan derfor, etter omstendighetene, ha avtalt en så stor endringsadgang at endringsklausulen likevel tilrettelegger for endringer som påvirker kontraktens overordnede karakter.

Videre kan oppdragsgiver pålegge endringer av ytelsens kvalitet og utførelsen av arbeidet jf. punkt 31.1 andre ledd. Vurderingen av om slike endringer kan påvirke kontraktens overordnede karakter er sammenfallende med vurderingen etter NTK 15 og SSA-T. Det vises derfor til tidligere redegjørelse for disse punktene.

Drøftelsen viser at endringsadgangen etter NS 8407 punkt 31.1 i mange tilfelle åpner for endringer som påvirker kontraktens overordnede karakter.

4 Avsluttende bemerkninger

I denne oppgaven har jeg redegjort for vilkårene som oppstilles i FOA § 19-1 andre ledd for utformingen av endringklausuler. Deretter har jeg vurdert hvorvidt endringsklausulene i standardkontraktene NTK 15, NS 8407 og SSA-T tilfredsstiller disse kravene, tolket i lys av EØS-retten.

Fremstillingen viser at en endring som endrer kontraktens overordnede karakter alltid vil være ulovlig. Det skal imidlertid mye til før en endring påvirker kontraktens overordnede karakter dersom kontrakten inneholder en endringsklausul som ligger innenfor rammen av FOA § 19-1 andre ledd. Til tross for dette ser det ut til at endringsklausulene i NTK 15, NS 8407 og SSA-T tilrettelegger for slike endringer ved flere anledninger.

Fremstillingen viser også at endringsklausulene på flere punkter ikke er utformet i overensstemmelse med det anskaffelsesrettslige klarhetskravet. Dette innebærer ikke at endringer i medhold av disse klausulene automatisk anses som ulovlige direkteanskaffelser. Det må foretas en vurdering i hvert enkelt tilfelle av hvorvidt endringen likevel kan tillates. Dette er nødvendig etter som regelverket for offentlige anskaffelser åpner for endringer også i andre situasjoner. Eksempelvis vil en “ikke vesentlig” endring alltid være tillatt jf. FOA § 28-1 andre ledd bokstav f.

I denne forbindelse angir FOA § 28-2 jf. direktivets art. 72 nr. 4 flere forhold som alltid utgjør en vesentlig endring. Dersom ingen av disse omstendighetene foreligger, må det foretas en konkret helhetsvurdering. Her vil retningslinjer som er trukket opp i rettspraksis gi god veiledning for hvilke momenter som har betydning.

Et av momentene i helhetsvurderingen bør være at partene har forsøkt å utforme en endringsklausul. Dersom en endringsklausul først er forsøkt utformet og inntatt i konkurransegrunnlaget, vil det sende signaler til markedet om at endringer i kontraktsforholdet kan forventes. Selv om klausulen ikke tilfredsstiller vilkårene i FOA § 19-1 andre ledd jf. direktivets art. 72 nr. 1 vil hensynet til forutberegnelighet og likebehandling likevel være bedre ivaretatt enn dersom kontrakten overhodet ikke inneholdt en slik klausul. Hvor stor vekt dette momentet skal tillegges bør så vurderes i lys av hvor klar og presis klausulen er, samt hvor godt hensynene til gjensiktighet, forutberegnelighet og likebehandling er ivaretatt i det konkrete tilfellet.¹³¹

¹³¹ Se LOA § 4

Kildeliste

Internasjonale kilder

Konvensjoner og direktiver

EØS-avtalen	Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007
Direktiv 2014/24/EU	Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/E

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak C-337/98	Kommisjonen mot French Republic (Matra)	ECLI:EU:C:2000:543
Sak C-205/99	Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) and Others mot Administración General del Estado	ECLI:EU:C:2001:107
Sak C-19/99	SIAC Construction Ltd mod County Council of the County of Mayo.	ECLI:EU:C:2001:553
Sak C-496/99	Kommisjonen mot CAS Succhi di Frutta	ECLI:EU:C:2004:236
Sak C-340/02	Kommisjonen mot French Republic	ECLI:EU:C:2004:623
Sak C-454/06	Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur	ECLI:EU:C:2008:351
Sak C-91/08	Wall AG mot La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES)	ECLI:EU:C:2010:182
Sak C-7/11	Fabio Caronna	ECLI:EU:C:2012:396
Sak C-549/14	Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation	ECLI:EU:C:2016:634

Andre kilder

EFTA surveillance authority 30. april 2013
decision

CaseNo: 72773, Tilgjengelig
her: [:http://www.efta-surv.int/da/Document-DirectAction/outputDocument?docId=2975](http://www.efta-surv.int/da/Document-DirectAction/outputDocument?docId=2975)
(Sisert 20.03.2019)

Rådets dokument til udbuds-
arbejdsgrup-pen af 14. juni
2012

Proposal for a Directive of
the Eu-ropean Parliament
and of the Coun-cil on public
procurement - Cluster 8:
Sound procedures

Dok.nr.:
ST 11266 2012 INIT
Tilgjengelig her:
[http://data.consilium.eu-
ropa.eu/doc/document/ST-
11266-2012-INIT/en/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11266-2012-INIT/en/pdf)
(Sisert 14.03.2019)

Norske og utenlandske kilder

Lover og forskrifter

- | | |
|------|---|
| 2002 | Forskrift 15. november. 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndforskriften) |
| 2016 | Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) |
| 2016 | Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) |
| 2016 | Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) |

Udbudsloven LOV nr. 1564 af 15. Desember. 2015, Udbudsloven

Forarbeider og rundskriv

Ot.prp.nr. 79 (1991-1992)

Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

St.prp.nr. 100 (1991-1992)	Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)
Ot.prp.nr. 62 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
NOU 2014:4	Enklere regler – bedre anskaffelser — Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket
Prop.51 L (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
Konkurrence og forbrugerstyrelsen (2016)	Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne
Nærings- og fiskeridepartementet (2018)	Veileder til regelverket om offentlige anskaffelser

Standardkontrakter

Standard Norge. (2011) Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser (NS 8407)

Norsk Industri og Norsk Olje og Gass. (2015) Norsk Totalkontrakt 2015 (NTK 15)

Direktoratet for forvaltning og IKT. (2018) Utviklings- og tilpasningsavtalen 2018 (SSA-T)

Rettspraksis og praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger 1)

KOFA sak 2008/5

KOFA sak 2009/42

KOFA sak 2011/179

KOFA sak 2011/349

KOFA sak 2014/139

KOFA sak 2015/77

KOFA sak 2016/104

KOFA sak 2016/125

KOFA sak 2017/69

Litteratur

- Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode: særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2 utg, Oslo: Universitetsforlaget, 2015
- Arrowsmith, Sue. *The law of public and utilities procurement – regulation in the EU and UK*, 3rd ed, London: Sweet & Maxwell, 2014
- Barbo, Jan Einar. *Kontraktssomlegging i entrepriserforhold: om håndteringen av endringer og endrede forhold i kontraktspraksis*, Oslo: Universitetsforlaget, 1997
- Dragsten, Marianne H. *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013
- Fredriksen, Halvard H. og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*, 3 utg, Bergen: Fagbokforlaget, 2018
- Goller, Morten og Karoline S. Krey. ”Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser”, *Tidsskrift for forretningsjus*, årg. 18, nr. 01 (2012) s. 37-66
- Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud. *Entrepriserett*, Oslo: Universitetsforlaget, 2014
- Kaasen, Knut. *Tilvirkningskontrakter: med kommentarer til NTK15 og NF15*, Oslo: Universitetsforlaget, 2018

- Krørup, Thomas "Ansvar og risiko for overholdelse af offentligretlige krav i længerevarende kontraktforhold", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 01-02 (2013) s. 3-93
- Nordtvedt, Henning, Ruud, Dag Arne, Bargsaker, Olav mfl., *NS 8407: alminnelige kontraktsbestemmelser for total-entrepriser: kommentarutgave*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013
- Liljenbøl, Morten Wahl og Balle, Jens "Ændringer af udbudte kontrakter II", i: *Aktuel udbudsret II*, Karsten Hagel-Sørensen (red), København: Jurist- og Økonomforbundets, 2016 s. 387-432
- Simonsen, Lasse "Ændringer av kontrakter inngått av det offentlige", i *Ugyldighet i privatretten – Minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelpeng (red), Bergen: Fagbokforlaget, 2016
- Svor, Per Ole *Avtalefrihet ved anskaffelser – Om adgangen til å endre inngåtte kontrakter omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser*, Oslo: Universitetet i Oslo (2016) (senere publisert via Sjørettsfondet, Nordisk institutt for sjørett i 2017)
- Thue, Anders, Bauan, Anne, Lazardis, Sofia mfl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: med kommentarer*, 2 utg. Oslo: Gyldendal, 2018
- Treumer, Steen "Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive", i: *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Francois Lichère, Roberto Caranta og Steen Treumer (red.), 2014, s. 281-300
- Trygstad, Kristian J. *Tildeling av offentlige kontrakter: rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, 2 utg. Oslo: Gyldendal akademisk, 2017
- Udsen, Henrik *IT-kontraksret*, København: ExTuto, 2014

Andre kilder

Store norske leksikon. *Opsjon*. (2019) <https://snl.no/opsjon> [25. Februar.2019]

