

# Om den alminnelige vurderingen av vesentlige endringer

*En analyse av vesentlighetsvurderingen før og  
etter kontraktinngåelse*

Kandidatnummer: 124

Antall ord: 14 980



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2019

# Innholdsfortegnelse

<b>INNHOLDSFORTEGNELSE</b> .....	1
<b>1 INNLEDNING</b> .....	3
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Avgrensninger .....	4
1.3 Aktualitet .....	6
1.4 Metode og rettskilder .....	7
1.4.1 Overordnet formål og grunnleggende prinsipper .....	8
1.5 Fremstillingen videre .....	10
<b>2 VURDERINGENS UTGANGSPUNKT</b> .....	11
2.1 Innledning .....	11
2.2 Tidsmessig utgangspunkt .....	11
2.2.1 Før kontraktinngåelse .....	11
2.2.2 Etter kontraktinngåelse .....	13
2.3 Fremgangsmåte .....	16
2.3.1 Før kontraktinngåelse .....	16
2.3.2 Etter kontraktinngåelse .....	18
2.4 Konklusjon .....	19
<b>3 DET MATERIELLE INNHOLDET</b> .....	21
3.1 Konkret helhetsvurdering .....	21
3.2 Endringsgjenstand .....	22
3.2.1 Innledning .....	22
3.2.2 Før kontraktinngåelse .....	22
3.2.3 Etter kontraktinngåelse .....	25
3.2.4 Sammenligning .....	26
3.3 Endringens bakgrunn .....	27
3.3.1 Innledning .....	27
3.3.2 Før kontraktinngåelse .....	29
3.3.2.1 <i>Endringsklausuler</i> .....	30
3.3.3 Etter kontraktinngåelse .....	31
3.3.3.1 <i>Endringsklausuler</i> .....	33
3.3.4 Sammenligning .....	34

3.4	Endringstidspunktet .....	34
3.4.1	Innledning .....	34
3.4.2	Før kontraktinngåelse.....	35
3.4.3	Etter kontraktinngåelse .....	36
3.4.4	Sammenligning .....	38
3.5	Kompleksitet og varighet.....	38
3.5.1	Innledning .....	38
3.5.2	Før kontraktinngåelse.....	39
3.5.3	Etter kontraktinngåelse .....	40
3.5.4	Sammenligning .....	42
3.6	Formålsbetraktninger .....	42
3.6.1	Innledning .....	42
3.6.2	Effektiv ressursbruk.....	43
3.6.2.1	<i>Innledning</i> .....	43
3.6.2.2	<i>Før kontraktinngåelse</i> .....	43
3.6.2.3	<i>Etter kontraktinngåelse</i> .....	44
3.6.3	Små og mellomstore bedrifter.....	47
3.6.4	Miljø.....	49
3.6.5	Sammenligning .....	51
	<b>LITTERATURLISTE</b> .....	<b>53</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er vurderingen av adgangen til å gjøre endringer før og etter kontraktinngåelse i offentlige anskaffelser, jf. forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (FOA). Temaet er med andre ord selve vurderingen av hvorvidt endringen er vesentlig, ikke om endringen er vesentlig eller ikke.

Det kan være flere grunner til at det oppstår et behov for å endre anskaffelsesdokumentene i løpet av anskaffelsesprosessen, eller kontrakten i løpet av kontraktsperioden. Bakgrunnen kan være eksterne forhold, som teknologiske utviklinger, eller endret behov som har utviklet seg over tid, eksempelvis at oppdragsgiver trenger flere varer enn antatt før kontraktinngåelsen.<sup>1</sup>

Både endringer før og etter kontraktinngåelse beror på en vurdering av om endringen er *vesentlig*. Samtlige endringsbestemmelser i FOA oppstiller et *forbud mot vesentlige endringer*,<sup>2</sup> som bygger på den tidligere ulovfestede læren om vesentlige endringer i C-454/06 (*Presstext*).<sup>3</sup> Endringsbestemmelsene før kontraktinngåelse gir anvisning på en bred skjønnsmessig vurdering,<sup>4</sup> heretter omtalt som "*den alminnelige vesentlighetsvurderingen*". Endringsbestemmelsene etter kontraktinngåelse angir hvilke endringer som er tillatt etter kasuistiske vurderingstemaer i FOA § 28-1 bokstav a-e, heretter kalt de "*trygge havnene*", mens retningslinjene for hva som er en vesentlig endring er oppstilt i FOA § 28-2, heretter kalt "*vesentlighetsregelen*", jf. § 28-1 (1) bokstav f.<sup>5</sup> Vesentlighetsregelen er to-delt: Første punktum gir anvisning på en bred skjønnsmessig vurdering, mens annet punktum bokstav a-d angir fire forbudte kategorier etter kasuistiske vurderingstemaer, heretter kalt de "*forbudte kategoriene*".<sup>6</sup> Den brede skjønnsmessige vurderingen kommer til anvendelse etter kontraktinngåelse dersom endringen ikke omfattes av de kasuistiske vurderingstemaene i §§ 28-1 bokstav a-e og 28-2 annet punktum bokstav a-d,<sup>7</sup> og omtales i det følgende som "*den alminnelige vesentlighets-*

---

<sup>1</sup> NOU 2014: 4 s. 138.

<sup>2</sup> Thue mfl. (2018) s. 1018-1019.

<sup>3</sup> C-454/06 (*Presstext*), premiss 34-37.

<sup>4</sup> FOA §§ 13-3 bokstav a og b, 14-2 (1), 14-2 (4), jf. 23-7 (2) og (3) og 23-9 (2) og (3).

<sup>5</sup> Simonsen (2016) s. 431.

<sup>6</sup> Ibid. s. 436.

<sup>7</sup> Ibid. s. 436.

*vurderingen*”. Den alminnelige vesentlighetsvurderingen fungerer derfor som en ”sikkerhetsventil” for ”gråsonendringer” etter kontraktinngåelse.<sup>8</sup>

Ettersom endringsadgangen både før og etter kontraktinngåelse beror på den alminnelige vesentlighetsvurderingen, men knytter seg til ulike tidspunkter, er avhandlingens hovedproblemstilling om innholdet i den alminnelige vesentlighetsvurderingen er forskjellig før og etter kontraktinngåelse.

Oppdragsgiver kan foreta en eller flere endringer før kontraktinngåelsen, som ikke overstiger vesentlighetsterskelen og dermed tillates.<sup>9</sup> Dersom oppdragsgiver deretter ønsker å endre kontrakten, blir spørsmålet hvilke endringer som er gjenstand for vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse. Underproblemstilling nr. 1 er om uvesentlige endringer foretatt underveis i anskaffelsesprosessen skal tas med inn i den alminnelige vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse.

For å analysere det materielle innholdet i den alminnelige vesentlighetsvurderingen er underproblemstilling nr. 2 hvilke momenter som inngår i den alminnelige vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse, og hvordan disse eventuelt brukes.

## 1.2 Avgrensninger

Avhandlingen omhandler offentlig anskaffelsesrett. De fleste offentlige anskaffelser antas å følge FOA og direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser (anskaffelsesdirektivet), som regulerer den ”klassiske sektoren”. De øvrige anskaffelsesregelverkene bygger imidlertid i stor grad på disse reglene.<sup>10</sup> Det avgrenses derfor til FOA og anskaffelsesdirektivet.

I FOA avgrenses avhandlingen til del III, som regulerer anskaffelser over EØS-terskelverdiene.<sup>11</sup> Dette er fordi anskaffelsene er av større verdi og det er flere anskaffelser etter del III enn del II. Videre er del II hovedsakelig kun nasjonal rett,<sup>12</sup> slik at rettskildeomfanget er begrenset sammenlignet med del III som gjennomfører anskaffelsesdirektivet og således må tolkes i tråd med EU/EØS-retten.<sup>13</sup> Imidlertid må det bemerkes at reglene i del II i

---

<sup>8</sup> Ibid. s. 440.

<sup>9</sup> FOA § 14-2 (1).

<sup>10</sup> Forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften.

<sup>11</sup> Jf. FOA §§ 5-1 (3), jf. 5-3 (1).

<sup>12</sup> NOU 2014: 4 s. 59.

<sup>13</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 8.

stor grad bygger på de grunnleggende EU-rettslige anskaffelsesprinsippene og tolkes derfor ofte i samsvar med EU/EØS-retten.<sup>14</sup> En behandling av endringsbestemmelsene i både del II og III ville derfor ha medført en dobbeltbehandling.

Før kontraktinngåelse avhenger endringsadgangen av hvor langt man har kommet i anskaffelsesprosessen og valg av anskaffelsesprosedyre.<sup>15</sup> Felles for alle anskaffelsesprosedyrer er at det kan foretas endringer av konkurransegrunnlaget frem til tilbudsfristens utløp etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen i FOA § 14-2 (1).<sup>16</sup> Ettersom øvrige endringsbestemmelser mellom tilbudsfristens utløp og kontraktinngåelse avhenger av anskaffelsesprosedyren og dermed varierer,<sup>17</sup> avgrenses det til § 14-2 (1) før kontraktinngåelse av hensyn til avhandlingens omfang. Når det henvises til ”før kontraktinngåelse” i avhandlingen menes det derfor endringer før tilbudsfristens utløp etter § 14-2 (1). Anskaffelsesdirektivet regulerer ikke eksplisitt tilsvarende bestemmelse som § 14-2 (1), men som avhandlingen vil redegjøre for, er det likevel tilsvarende regler i anskaffelsesdirektivet, jf. delkapittel 2.2.1.

Endringsadgangen etter kontraktinngåelse reguleres av §§ 28-1, jf. 28-2. Tilsvarende bestemmelse i anskaffelsesdirektivet er art. 72, som kodifiserer ulovfestet rett.<sup>18</sup> Bestemmelsene gjelder uavhengig av prosedyreform og under hele kontraktsperioden. For rammeavtaler er det en tilsvarende endringsbestemmelse,<sup>19</sup> men ettersom den i stor grad bygger på de øvrige reglene i del III, avgrenses det mot endringsregler for rammeavtaler.

Videre avgrenses det mot de ”trygge havnene” og ”forbudte kategoriene”.<sup>20</sup> Dette fordi det ikke er en regulering av tilsvarende kasuistiske vurderingstemaer før kontraktinngåelse. For å sammenligne vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse er det da mest naturlig å ta utgangspunkt i den alminnelige vesentlighetsvurderingen. Det er også interessant å undersøke hvordan ”gråsonendringene” behandles etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen. Likevel må det dras linjer til de kasuistiske vurderingstemaene i §§ 28-1 (1) bokstav a-e og 28-2 annet punktum, som bidrag til forståelsen av den alminnelige vesentlighetsvurderingen.

---

<sup>14</sup> Dragsten (2013) s. 54.

<sup>15</sup> Thue mfl. (2018) s. 622 og FOA kap. 13.

<sup>16</sup> Thue mfl. (2018) s. 622.

<sup>17</sup> Jf. FOA §§ 13-3 bokstav a og b og 14-2 (4), jf. 23-7 (2) og (3) og 23-9 (2) og (3).

<sup>18</sup> C-454/06 (*Pressetext*), premiss 34-37.

<sup>19</sup> Jf. FOA § 26-1 (5).

<sup>20</sup> Jf. FOA §§ 28-1 (1) bokstav a-e og 28-1 annet punktum bokstav a-d.

Ettersom handlingsrommet for å gjøre endringer naturligvis er større i konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog enn anbudskonkurransene,<sup>21</sup> avgrenses det til åpen og begrenset anbudskonkurranse hvor forbudet mot vesentlige endringer ofte kommer mer på spissen.<sup>22</sup> Imidlertid vil analysene baseres på avgjørelser knyttet til alle de nevnte prosedyreformene da §§ 14-2 (1) og 28-1, jf. 28-2 gjelder uavhengig av prosedyreform.

Konsekvensen av vesentlige endringer før kontraktinngåelse er avlysningsplikt.<sup>23</sup> Vesentlige endringer etter kontraktinngåelse som i realiteten medfører inngåelse av ny kontrakt uten forutgående kunngjøring, er en ulovlig direkte anskaffelse.<sup>24</sup> Avhandlingen avgrenses mot konsekvensene av vesentlige endringer.<sup>25</sup>

### 1.3 Aktualitet

Endringsbehov forekommer ofte, og gjør tematikken aktuell. Det er imidlertid få rettskilder som fokuserer på forskjellene ved innholdet i den alminnelige vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse. Det er derfor behov for å belyse dette.

Endringsbestemmelsen før tilbudsfristen var regulert i den tidligere FOA § 17-2 (1),<sup>26</sup> og er videreført til § 14-2 (1). Det finnes derfor en del praksis, forarbeider og litteratur om den alminnelige vesentlighetsvurderingen. Endringsbestemmelsene i §§ 28-1, jf. 28-2 ble imidlertid først vedtatt i FOA som trådte i kraft 01.01.2017. Momentene som tidligere var en del av den skjønnsmessige vurderingen etter *Pressetext*,<sup>27</sup> er nå delvis regulert i §§ 28-1, jf. 28-2.<sup>28</sup> Det finnes derfor lite praksis hvor den alminnelige vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse vurderes isolert, og ”sikkerhetsventilen” er sparsomt behandlet i litteraturen.

Videre er det sjelden fokus på om man skal ta uvesentlige endringer tidligere i anskaffelsesprosessen med inn i vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse. Problemstillingen synes ikke belyst i praksis og er lite problematisert i litteraturen. Underproblemstillingen nr. 1 er derfor aktuell.

---

<sup>21</sup> FOA §§ 13-1 (2), 13-2, jf. 14-2 (4) og Thue mfl. (2018) s. 629-630.

<sup>22</sup> FOA § 13-1 (1).

<sup>23</sup> Jf. KOFA-2011-171 premiss 59-61 og KOFA-2012-206 premiss 56.

<sup>24</sup> Jf. KOFA-2017-33 premiss 17 og KOFA-2018-7 premiss 45.

<sup>25</sup> LOA §§ 12 (1), 13 (1) bokstav a og klagenemdforskriften § 1 siste punktum.

<sup>26</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser (opphevet).

<sup>27</sup> C-454/06 (*Pressetext*), premiss 34-37.

<sup>28</sup> Simonsen (2016) s. 440.

## 1.4 Metode og rettskilder

Avhandlingens problemstillinger skal analyseres etter alminnelig juridisk metode. Rettskildet bildet særpreges av at norske anskaffelsesregler gjennomfører EUs anskaffelsesregelverk. Det er derfor nødvendig med en kort redegjørelse av metodiske utfordringer og rettskildene analysene tar utgangspunkt i.

De norske anskaffelsesreglene følger av lov 16. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA) og FOA. Som nevnt implementeres anskaffelsesdirektivet i FOA del III, jf. Norges forpliktelser i Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS).<sup>29</sup> Bestemmelsene i del III skal derfor tolkes i samsvar med anskaffelsesdirektivet, jf. prinsippet om EØS-konform fortolkning.<sup>30</sup> Prinsippet anvendes imidlertid ikke videre enn det norske presumsjonsprinsippet.<sup>31</sup> Det er således en forpliktelse i norsk rett å komme til samme resultat som EU/EØS-retten. Det bemerkes at endringsbestemmelsene er unntak til kunngjøringsplikten som skal tolkes restriktivt.<sup>32</sup>

Som analysen viser vil flere språkversjoner av anskaffelsesdirektivet undersøkes ved tvil om den naturlige språklige forståelsen.<sup>33</sup> Når det gjelder forarbeider, er særlig Forenklingsutvalgets utredning med endringsforslag i tidligere LOA/FOA, NOU 2014: 4 ”Enklere regler – bedre anskaffelser” relevant. Det er stort sett ikke tradisjon for å vektlegge forarbeider i EU/EØS-retten.<sup>34</sup> Likevel er det vanlig å foreta en kontekstuell fortolkning av anskaffelsesdirektivet.<sup>35</sup> Avhandlingens analyse vil derfor tolke anskaffelsesdirektivet i lys av fortalen, som redegjør for reglens bakgrunn og formål.<sup>36</sup> Fortalen er imidlertid ikke rettslig bindende,<sup>37</sup> noe analysen senere problematiserer.

Ettersom FOA tolkes i lys av anskaffelsesdirektivet, utgjør EU-domstolens avgjørelser en tungtveiende rettskilde.<sup>38</sup> EU-domstolen anses som en prejudikatdomstol, og tolkes tilnærmet

---

<sup>29</sup> EØS-avtalen art. 7, jf. TEUF art. 288 (3).

<sup>30</sup> E-4/01 (*Karlsson*), premiss 28, E-1/07 (*Straffesak mot A*), premiss 39, jf. EØS-avtalen art. 3, Dragsten (2013) s. 55 og Fredriksen og Mathisen (2018) s. 383.

<sup>31</sup> Rt. 2000 s. 1811 (s. 1829).

<sup>32</sup> Jf. eksempelvis C-157/06 (*Kommisjonen mot Italia*), premiss 23, C-250/07 (*Kommisjonen mot Hellas*), premiss 34, KOFA-2008-81 premiss 37 og KOFA-2010-24 premiss 49.

<sup>33</sup> Fredriksen og Mathisen (2018) s. 296-297.

<sup>34</sup> *Ibid.* s. 306.

<sup>35</sup> *Ibid.* s. 299.

<sup>36</sup> *Ibid.* s. 305-306.

<sup>37</sup> Jf. eksempelvis C-345/13 (*Karen Millen Fashions*), premiss 31.

<sup>38</sup> EØS-avtalen art. 6.



likt som norsk høyesterettspraksis, men er ikke bindende.<sup>39</sup> På det nasjonale plan er rettspraksis fra nasjonale domstoler en tungtveiende rettskilde. Avhandlingens problemstillinger er imidlertid sparsomt behandlet i nasjonale domstoler, noe som gjør at analysene i liten grad bygger på rettspraksis. Særegent for norsk anskaffelsesrett er at påståtte regelbrudd behandles av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), som gir rådgivende uttalelser.<sup>40</sup> Selv om disse derfor i utgangspunktet har begrenset rettskildevekt, kan KOFA-avgjørelsene vektlegges i analysene der det ikke finnes øvrige tungtveiende rettskilder.

I tillegg vil analysene baseres på litteratur. Avhandlingens tema er behandlet i litteraturen, men den går sjelden nærmere inn i problemstillingene avhandlingen reiser.

### **1.4.1 Overordnet formål og grunnleggende prinsipper**

Anvendelsen av anskaffelsesregelverket og endringsbestemmelsene skal fremme overordnede formål og ivareta grunnleggende anskaffelsesprinsipper.

LOA skal bl.a. fremme ”effektiv ressursbruk av samfunnets ressurser”, jf. § 1. Dette er ikke identisk med EUs anskaffelsesregelverk, hvor det overordnede formålet tradisjonelt har vært å fremme det indre markedet, jf. EØS-avtalen art. 8 (1).<sup>41</sup> Dette er i tråd med EU-domstolens uttalelser i *Pressetext*.<sup>42</sup> Det er imidlertid uenigheter i teorien hvorvidt det overordnede formålet i realiteten har gått over til økonomisk effektivitet, noe som skal behandles nærmere i delkapittel 3.6.1. Analysen drøfter også betydningen av at formål nasjonalt og i EU/EØS-retten ikke sammenfaller, jf. delkapittel 3.6.2.

Det oppstilles flere grunnleggende anskaffelsesprinsipper i LOA § 4 og anskaffelsesdirektivet art. 18, som skal bidra til å oppnå de overordnede formålene.<sup>43</sup> Disse gjelder i alle anskaffelser på alle stadier, og kan brukes på ulike måter.<sup>44</sup> For det første kan prinsippene anvendes til å utlede plikter og rettigheter, eller på tilfeller som ikke er regulert i anskaffelsesregelverket.<sup>45</sup> Som nevnt var reglene om vesentlige endringer tidligere ulovfestet rett, og i *Pressetext* ble

---

<sup>39</sup> Fredriksen og Mathisen (2018) s. 315-316.

<sup>40</sup> LOA § 11 (1), jf. klagenemdforskriften § 1.

<sup>41</sup> NOU 2014: 4 s. 65, Dragsten (2013) s. 185 og Arrowsmith (2014) s.156 og 167.

<sup>42</sup> C-454/06 (*Pressetext*), premiss 31.

<sup>43</sup> Dragsten (2013) s. 176 og 179.

<sup>44</sup> Bakken og Nordby (2013) s. 64 og Dragsten (2013) s.174.

<sup>45</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

reglene utledet av gjennomsiktighets- og likebehandlingsprinsippene.<sup>46</sup> Ettersom reglene nå er kodifisert i art. 72 brukes ikke prinsippene slik i analysen.

For det andre er prinsippene tolkningsfaktorer.<sup>47</sup> Prinsippene kan utfylle uklare bestemmelser eller avgjøre valg av tolkningsalternativ.<sup>48</sup> Den alminnelige vesentlighetsvurderingens innhold må tolkes i lys av de bakenforliggende likebehandlings- og forutberegnelighetsprinsippene, men også øvrige prinsipper er av betydning ved særlige spørsmål.

Et grunnleggende prinsipp bak endringsreglene er *likebehandlingsprinsippet*.<sup>49</sup> Prinsippet krever at like situasjoner behandles likt.<sup>50</sup> For endringsbestemmelsenes vedkommende tilsier det at leverandører og potensielle leverandører skal ha samme forutsetninger for å delta i konkurransen.<sup>51</sup> Likebehandlingsprinsippet har en side til det EU/EØS-rettslige *diskrimineringsforbudet*,<sup>52</sup> om at leverandører ikke skal diskrimineres på bakgrunn av nasjonalitet/lokalitet.<sup>53</sup>

Videre bygger endringsreglene på *gjennomsiktighetsprinsippet*,<sup>54</sup> som kan utledes av likebehandlingsprinsippet.<sup>55</sup> Tidligere var gjennomsiktighet regulert i LOA § 5 (3),<sup>56</sup> men i den nye § 4 valgte lovgiver å presisere prinsippets innhold som *forutberegnelighet- og etterprøvbarehetsprinsippene* i tråd med EU/EØS-rettens innhold i gjennomsiktighetsprinsippet.<sup>57</sup> Prinsippene er forutsetninger for reell konkurranse og *forutberegnelighetsprinsippet* oppstiller skranke mot endringer i anskaffelsesprosessen, som medfører at leverandører og potensielle leverandører ikke får like konkurranseforutsetninger.

Det siste prinsippet som nevnes her er *forholdsmessighetsprinsippet*, som krever forholdsmessighet mellom mål og middel, og uttrykker EU/EØS-rettens *proporsjonalitetsprinsipp*.<sup>58</sup> Prinsippet kan tilsi en avveining mellom ulempene og fordelene med å kunngjøre en vesentlig endring, særlig i lys av formålet om effektiv ressursbruk, jf. § 1.

---

<sup>46</sup> C-454/06 (*Pressetext*), premiss 34.

<sup>47</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

<sup>48</sup> Bakken og Nordby (2013) s. 64.

<sup>49</sup> C-454/06 (*Pressetext*), premiss 34.

<sup>50</sup> Dragsten (2013) s. 176 og Goller mfl. (2017) s. 50.

<sup>51</sup> Goller og Kreyberg (2012) s. 39.

<sup>52</sup> NOU 2014: 4 s. 82 og Goller mfl. (2017) s. 50.

<sup>53</sup> EØS-avtalen art. 4 og Dragsten (2013) s. 182.

<sup>54</sup> C-454/06 (*Pressetext*), premiss 34.

<sup>55</sup> Goller og Kreyberg (2012) s. 39.

<sup>56</sup> Anskaffelsesloven (opphevet).

<sup>57</sup> NOU 2014: 4 s. 82.

<sup>58</sup> Dragsten (2013) s. 187.

## **1.5 Fremstillingen videre**

Hoveddelen består av to kapitler. Kapittel 2 besvarer underproblemstilling nr. 1, mens kapittel 3 besvarer underproblemstilling nr. 2.

Kapittel 2 behandler den alminnelige vesentlighetsvurderingens utgangspunkt, og deles inn i fire delkapitler. Kapittel 3 behandler det materielle innholdet i den alminnelige vesentlighetsvurderingen. Delkapittel 3.1 tar for seg det materielle utgangspunktet for vurderingen før og etter kontraktinngåelse. Deretter undersøker delkapittel 3.2 til 3.6 hvilke momenter som inngår i den alminnelige vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse, og hvordan disse eventuelt brukes. Funnene sammenlignes under hvert delkapittel. Underproblemstilling nr. 2 besvares således i hvert delkapittel.

## 2 Vurderingens utgangspunkt

### 2.1 Innledning

Underproblemstilling nr. 1 er vesentlighetsvurderingens utgangspunkt. Problemstillingen kan illustreres med kakespising, hvor den samlede tillatte (altså uvesentlige) endringen utgjør hele kaken. Du spiser litt av kaken underveis i anskaffelsesprosessen, men ikke så mye av kaken at det er en vesentlig endring. Etter kontraktinngåelsen blir spørsmålet om kaken bare er halv etter at halvparten ble oppspist før inngåelsen, eller om kaken blir hel og ny etter at kontrakten er inngått.

For å besvare underproblemstillingen må to spørsmål først analyseres nærmere.

Det første er hva det tidsmessige utgangspunktet for den alminnelige vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse er, jf. delkapittel 2.2. Dette er avgjørende for hvilke endringer man kan se i sammenheng ved vesentlighetsvurderingen.

Det andre er hvilken fremgangsmåte som ligger til grunn for den alminnelige vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse, jf. delkapittel 2.3. Spørsmålet er om man skal vurdere endringene enkeltvis eller samlet. Altså om man skal vurdere kun ett kakestykke eller alle de oppspiste kakestykkene samlet.

### 2.2 Tidsmessig utgangspunkt

#### 2.2.1 Før kontraktinngåelse

Spørsmålet er hvilket tidspunkt og hvilken versjon av konkurransegrunnlaget vesentlighetsvurderingen etter § 14-2 (1) baseres på.

Etter § 14-2 (1) kan oppdragsgiveren ”før tilbudsfristens utløp” foreta endringer av ”konkurransegrunnlaget” som ”ikke er vesentlige”.

Ordlyden tilsier at vesentlighetsvurderingen baseres på konkurransegrunnlaget slik det forelå før tilbudsfristens utløp. Ettersom konkurransegrunnlaget skal gjøres tilgjengelig fra tidspunktet for kunngjøringen, tilsier systembetragtninger at vurderingen baseres på konkurranse-

grunnlaget slik det er kunngjort, altså kunngjøringstidspunktet.<sup>59</sup> Dette støttes av forarbeidene.<sup>60</sup>

Adgangen til å endre konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp er ikke eksplisitt regulert i anskaffelsesdirektivet. Det fremgår imidlertid av art. 47 nr. 3 bokstav b at tilbudsfristen skal forlenges hvis det ”foretages væsentlige endringer i udbudsdokumentene”. Bestemmelsen forutsetter implisitt at det er adgang til å endre anskaffelsesdokumentene. Fortolkningen støttes av fortalen, hvor det fremgår at tilbudsfristen skal forlenges dersom det foretas vesentlige endringer i ”udbudsdokumentene”.<sup>61</sup>

Videre følger det av fortalen at endringene ikke bør være så omfattende at det ville gitt andre tilbydere enn de opprinnelige adgang, eller ville ha tiltrukket ytterligere deltagere i anskaffelsesprosessen. Dette er tilfellet dersom endringen medfører at kontraktens karakter er vesentlig forskjellig fra den som ”oprindelig blev fastlagt i udbudsdokumentene”.<sup>62</sup>

Etter dette kan art. 47 nr. 3 bokstav b tolkes dithen at vesentlighetsvurderingen baseres på anskaffelsesdokumentene slik de ”oprindelig blev fastlagt”. Ordlyden av ”oprindelig” tilsier at endrede versjoner av anskaffelsesdokumentene ikke omfattes. Da det fremgår hvordan tilbydere får tilgang til ”udbudsdokumentene” i kunngjøringen,<sup>63</sup> tilsier systembetragtninger at vurderingen baseres på anskaffelsesdokumentene slik de ble kunngjort.<sup>64</sup>

Vurderingen må derfor baseres på kunngjøringstidspunktet og versjonen av konkurransegrunnlaget som ble kunngjort.

Ettersom § 14-2 (1) knytter seg til ”konkurransegrunnlaget” og art. 47 nr. 3 bokstav b til ”udbudsdokumentene”, kan det tenkes at bestemmelsene er motsetninger.

Etter legaldefinisjonen i § 4-2 bokstav a er konkurransegrunnlaget ”alle dokumenter, unntatt kunngjøringen og det europeiske egenerklæringsskjemaet, som oppdragsgiver utformer eller henviser til for å beskrive eller fastlegge elementene i anskaffelsen eller konkurransen”.

---

<sup>59</sup> FOA §§ 14-1 (2), jf. § 14-3 og 21-2 (1).

<sup>60</sup> NOU 2014: 4 s. 177. Vedr. FOA (2006) § 8-2 (1), men utvalget viser til FOA (2006) § 17-2 (1) som er delvis videreført til FOA (2016) § 14-2 (1), jf. Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 11.

<sup>61</sup> Anskaffelsesdirektivet fortalen premiss 81.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 49, jf. bilag V, del C, pkt. 2.

<sup>64</sup> FOA § 4-2 bokstav b og anskaffelsesdirektivet art. 2 nr. 1 (13).

Anskaffelsesdirektivet inneholder imidlertid ingen separate bestemmelser om konkurransegrunnlaget,<sup>65</sup> og skiller ikke mellom konkurransegrunnlaget og øvrige anskaffelsesdokumenter i legaldefinisjonen av ”udbudsdokumentene”.<sup>66</sup> Selv om lovgiver likevel valgte å innta en separat legaldefinisjon av konkurransegrunnlaget, jf. § 4-2 bokstav a, er konkurransegrunnlaget også en del av legaldefinisjonen av anskaffelsesdokumentene i § 4-2 bokstav b. Bestemmelsene er derfor ment å inneholde det samme,<sup>67</sup> og er således ikke motsetninger.

At vurderingen baseres på konkurransegrunnlaget slik det var ved kunngjøringen, kan utledes av praksis og litteraturen.<sup>68</sup> Dette har også gode grunner for seg, ettersom den publiserte informasjonen danner grunnlaget for leverandørenes vurdering av konkurransedeltagelse og utarbeidelsen av tilbud. En endring av informasjonen kan derfor medføre at andre leverandører ville vist interesse og utarbeidet et annerledes tilbud.

Rettstilstanden er klar, vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse baseres på kunngjøringstidspunktet og det kunngjorte konkurransegrunnlaget.

### **2.2.2 Etter kontraktinngåelse**

Spørsmålet er hvilket tidspunkt og versjon av kontrakten vesentlighetsvurderingen av endringer i kontrakten etter § 28-2 første punktum baseres på.

Paragraf 28-2 første punktum forbyr en endring som medfører at ”innholdet i kontrakten” blir ”vesentlig forskjellig” fra den ”opprinnelige kontrakten”.

Ordlyden legger opp til en sammenligning av kontraktens innhold før og etter endringen med utgangspunkt i den ”opprinnelige kontrakten”. Den språklige forståelsen av uttrykket ”den opprinnelige kontrakten” er noe uklar.

Begrepet ”kontrakt” benyttes normalt etter signering. Da vilkåret er plassert i en forbudsbestemmelse tilknyttet endringer i inngått kontrakt, og i kap. 28 om endringer i kontrakten, kan systembetragtninger tilsi at vurderingen baseres på kontrakten slik den forelå på kontrakt-

---

<sup>65</sup> NOU 2014: 4 s. 173.

<sup>66</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 2 nr. 1 (13).

<sup>67</sup> Thue mfl. (2018) s. 275.

<sup>68</sup> Se eksempelvis C-368/10 (*Max Havelaar*), premiss 55, C-298/15 (*Borta*), premiss 62 og 71, LB-2016-39404 s. 11, KOFA-2011-242 premiss 45, Arrowsmith (2014) s. 847 og Thue mfl. (2018) s. 623.

inngåelsestidspunktet. Altså at ”opprinnelig” henviser til inngått kontrakt uavhengig av om kontrakten er endret før kontraktinngåelsen.

Imidlertid kan vilkåret også ses i lys av anskaffelsesprosessen som sådan, hvor oppdragsgiver som hovedregel kunngjør konkurransen med en alminnelig kunngjøring.<sup>69</sup> Ettersom konkurransegrunnlaget inneholder kontraktsvilkårene,<sup>70</sup> og skal gjøres tilgjengelig ved kunngjøringen, jf. delkapittel 2.2.1, kan vilkåret tolkes dithen at vurderingen baseres på kontraktsvilkårene slik de opprinnelig ble kunngjort. Altså at ”opprinnelig” henviser til den kunngjorte versjonen av kontraktsvilkårene, ikke kontrakten som er endret underveis.

Av tilsvarende bestemmelse i anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 4 første punktum fremgår det at en endring av kontrakt i kontraktperioden er vesentlig ”where it renders the contract [...] materially different in character from the one initially concluded”.

Ordlyden av ”initially concluded” tilsier at vurderingen baseres på kontrakten som opprinnelig ble inngått, hvilket støtter at kontraktinngåelsestidspunktet legges til grunn. Dette støttes av anskaffelsesdirektivets svenske versjon, hvor tilsvarende formulering er ”från det kontrakt [...] som ursprungligen ingicks”.

Likevel er tilsvarende uttrykk i tysk og dansk versjon formulert som den opprinnelige kontrakt, i likhet med § 28-2. I tillegg refereres det i fortalen premiss 107 i den engelske og danske versjonen til ”initial contract” og ”oprindelige kontrakt”. Sett i sammenheng kan uttrykket tolkes dithen at det henviser til de opprinnelig kunngjorte kontraktsvilkårene, slik at vurderingen baseres på kunngjøringstidspunktet.

I forarbeidene og veilederen påpekes det at vesentlighetsvurderingen må ta utgangspunkt i ”den opprinnelige kunngjøringsteksten”.<sup>71</sup> Dette begrunnes imidlertid ikke nærmere. Det er grunn til å stille spørsmål om det kan siktes til kunngjøringen av den inngåtte kontrakt,<sup>72</sup> ikke kunngjøringen av konkurransegrunnlaget som inneholder kontraktsvilkårene.

Som nevnt kodifiserer art. 72 nr. 4 tidligere rettstilstand etter *Pressetext*, hvor EU-domstolen uttaler at ”[e]n ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for

---

<sup>69</sup> FOA § 21-2 (1).

<sup>70</sup> FOA § 4-2 bokstav a.

<sup>71</sup> NOU 2014: 4 s. 139 og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 330.

<sup>72</sup> FOA § 21-6 (1).

indgåelse af en aftale” ville muliggjort deltagelse fra andre potensielle tilbudsgivere eller aksept av et annet tilbud enn det som opprinnelig ble akseptert.<sup>73</sup>

Ettersom potensielle leverandører vurderer deltakelse på kunngjøringstidspunktet av konkurransegrunnlaget, kan ikke den angitte vurderingen i *Pressetext* foretas med utgangspunkt i kontraktinngåelsestidspunktet. *Pressetext*-uttalelsen tilsier derfor at ”opprinnelige kontrakt” sikter til kontraktsvilkårene slik de ble kunngjort, altså kunngjøringstidspunktet. Dette støttes av C-423/07 (*Kommisjonen mot Spania*).<sup>74</sup>

KOFA-sak 2011/209 gjaldt anskaffelse av renovasjonstjenester. Spørsmål var om en opsjon som fremgikk av konkurransegrunnlaget og kontrakten, men ikke kunngjøringen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse i perioden etter kontraktens utløp. Klagenemnda uttalte at ”en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse”, og la til grunn at vesentlighetsvurderingen beror på ”om den inngåtte kontrakt må anses vesentlig forskjellig fra den kunngjorte kontrakt”.<sup>75</sup> Tilsvarende fremgår av flere andre KOFA-avgjørelser.<sup>76</sup>

En avgjørelse i motsatt retning er likevel KOFA-sak 2015/20. Saken gjaldt anbudskonkurranser om nærings- og husholdningsavfallshåndtering. Etter kontraktinngåelsen november 2011 ble husholdningsavfallsmengden betydelig redusert sammenlignet med tidligere. På bakgrunn av prisforbehold i tilbudet og de reduserte avfallsmengdene, oppstod det tvist. Husholdningsavfallskontrakten ble derfor endret gjennom en forliksavtale november 2014. Klager anførte at forbeholdet og forliksavtalen utgjorde en vesentlig endring av avtalen som ble kunngjort. Forbeholdet var imidlertid foreldet, slik at avtalen, herunder forbeholdet, som ble inngått november 2011 var lovlig.<sup>77</sup> I vurderingen av hvorvidt de senere endringene av kontrakten var vesentlige, uttalte klagenemnda at ”[s]pørsmålet om de senere endringene er vesentlige, må følgelig avgjøres ved å sammenligne endringene med [...] avtalen [som ble inngått november 2011]”.<sup>78</sup> KOFA tok således utgangspunkt i inngått kontrakt, og så bort fra endringene før kontraktinngåelsen. Dette kan tilsi at utgangspunktet er kontraktinngåelsestidspunktet.

---

<sup>73</sup> C-454/06 (*Pressetext*), premiss 35.

<sup>74</sup> C-423/07 (*Kommisjonen mot Spania*), premiss 55-61.

<sup>75</sup> KOFA-2011-209 premiss 61-62.

<sup>76</sup> Se eksempelvis KOFA-2010-7 premiss 64.

<sup>77</sup> KOFA-2015-20 premiss 23-24.

<sup>78</sup> *Ibid.* premiss 24, jf. premiss 27.



Det kan imidlertid stilles spørsmål om klagenemnda hadde tatt utgangspunkt i de kunngjorte anskaffelsesdokumentene, dersom forbeholdet i avtalen ikke var foreldet. I avgjørelsens premiss 21-22 vurderte klagenemnda om tilbudet med forbeholdet skulle vært avvist, og tok utgangspunkt i det kunngjorte avtaleutkastet. Ettersom vurderingen av avvsningsplikt i likhet med § 28-2 beror på en vesentlighetsvurdering,<sup>79</sup> tilsier dette at klagenemnda ville tatt utgangspunkt i kunngjøringstidspunktet dersom forbeholdet ikke var foreldet. At saken gjelder et spesielt tilfelle, svekker rettskildevekten.

Dette tilsier at KOFA-sak 2011/209 er uttrykk for gjeldende rett, hvilket støttes av litteraturen.<sup>80</sup> Poulsen bemerker at kunngjøringstidspunktet er det naturlige vurderingsgrunnlaget, da kunngjøringen var det primære grunnlaget for tilbyderes vurdering av konkurransedeltagelse.<sup>81</sup> Dette støttes av betraktningene om *Presstext* ovenfor og ivaretar likebehandlingsprinsippet.

Selv om ordlyden er uklar, er det ingen øvrige rettskilder enn KOFA-sak 2015/20 som legger til grunn kontraktinngåelsestidspunktet. Samlet sett tilsier dette at vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse baseres på kunngjøringstidspunktet og de kunngjorte kontraktsvilkårene. Altså skal vurderingen ta utgangspunkt i ”halv kake”, dersom halvparten av kakebitene spises opp før kontraktinngåelse.

## **2.3 Fremgangsmåte**

### **2.3.1 Før kontraktinngåelse**

At vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse baseres på kunngjøringstidspunktet og det kunngjorte konkurransegrunnlaget, betyr at § 14-2 (1) regulerer endringer foretatt fra kunngjøringstidspunktet frem til tilbudsfristens utløp. Det kan imidlertid foretas flere endringer av konkurransegrunnlaget i dette tidsrommet. Spørsmålet er om man må foreta en vesentlighetsvurdering av endringene enkeltvis eller samlet, altså om man skal vurdere kun ett kakestykke eller alle de oppspiste kakestykkene samlet.

---

<sup>79</sup> Jf. FOA § 24-8 (1) bokstav b og (2) bokstav a.

<sup>80</sup> Dragsten (2013) s. 738.

<sup>81</sup> Poulsen (2012) s. 175.

Ordlyden i § 14-2 (1) åpner for flere ”endringer” av konkurransegrunnlaget. Dette er i tråd med ordlyden i art. 47 nr. 3 bokstav b og fortalen premiss 81, som begge viser til ”endringer”. Dette tilsier at det skal foretas en samlet vurdering.

I LB-2016-39404 s. 11 uttalte lagmannsretten at;

”det ikke foreligger endringer som hver for seg eller samlet er av en slik karakter at det er sannsynlig at deltakelsen i konkurransen ville vært større dersom endringene hadde fulgt av det opprinnelige konkurransegrunnlaget”.

Uttalelsene er i samsvar med KOFA-praksis,<sup>82</sup> og kan tolkes dithen at dersom endringen ikke er vesentlig enkeltvis, må den vurderes samlet med øvrige for å se om endringene til sammen overstiger vesentlighetsterskelen. Med andre ord er det ikke valgfritt om det foretas en enkeltvis eller samlet vurdering, men en fremgangsmåte for vesentlighetsvurderingen. Dette er naturlig ettersom flere uvesentlige endringer samlet sett kan utgjøre store forskjeller sammenlignet med det kunngjorte konkurransegrunnlaget, noe som kan påvirke deltagelsen.

Et annet argument er at ulike leverandører kan fokusere på ulike kriterier i konkurransegrunnlaget, slik at en enkeltvis endring kan være vesentlig overfor en leverandør, men uvesentlig overfor en annen leverandør. En samlet vurdering vil redusere ulike forutsetninger for å imøtegå endringene.

Likevel er det lagt til grunn i C-19/00 (*SIAC*) premiss 42 at konkurransegrunnlaget må forstås slik at alminnelig opplyst og utrustet tilbyder ville forstått det.<sup>83</sup> Hvis ikke ville det foreligge like mange forståelser av konkurransegrunnlaget og dets innhold, som det finnes tilbydere. Dette er ikke praktisk, noe som tilsier at det kan være tilstrekkelig med en enkeltvis vurdering.

Omgåelsesrisikoen ville imidlertid vært stor dersom det ikke var mulig med en samlet vesentlighetsvurdering. Hvis man aldri så endringene i sammenheng, ville oppdragsgiver få alt for vid adgang til å endre konkurransegrunnlaget, ved hele tiden å foreta små endringer. Hvis du eksempelvis har forbud mot å flytte deg 100 m fra et punkt, kan man ellers argumentere for at du ikke har flyttet deg 100 m, ettersom hver eneste forflytning kun utgjorde 1 m isolert sett.

---

<sup>82</sup> Jf. KOFA-2011-242 premiss 43 og KOFA-2012-206 premiss 50.

<sup>83</sup> Se også C-496/99 P (*Succhi*), premiss 111, C-368/10 (*Max Havelaar*), premiss 109 og KOFA-2011-306 premiss 31.

Selv om du nå er 500 m vekk. Dette ville vært et brudd på likebehandlingsprinsippet, og tilsier en samlet vurdering.

Konklusjonen er at fremgangsmåten ved vesentlighetsvurderingen etter § 14-2 (1) er en vurdering av endringene enkeltvis, for så en samlet vurdering dersom endringene ikke er vesentlige isolert. Altså vurdere kakestykkene enkeltvis først, før man evt. vurderer alle de oppspiste kakestykkene samlet.

### **2.3.2 Etter kontraktinngåelse**

Vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse baseres på kunngjøringstidspunktet og de kunngjorte kontraktsvilkårene. Altså omfatter § 28-2 endringer foretatt mellom kunngjøringstidspunktet og endringstidspunktet i inngått kontrakt. Spørsmålet er om man må foreta en vesentlighetsvurdering av endringene enkeltvis eller samlet, altså om man skal vurdere ett kakestykke eller alle de oppspiste kakestykkene samlet.

Ordlyden i § 28-2 første punktum viser til "[e]n endring". Sammenlignet med § 14-2 (1) hvor det vises til "endringer", er det brukt ulike formuleringer om antallet. Man kan anta at lovgiver har ment at det skal være en forskjell, noe som tilsier at endringene skal vurderes enkeltvis.

Den alminnelige vesentlighetsvurderingen i § 28-2 første punktum kan tolkes i lys av § 28-1. Paragraf 28-1 (1) bokstav b, c og d inneholder vilkår som oppstiller kvantitative endringsbegrensninger. Reglene oppstiller imidlertid ulike beregningsmetoder. I bokstav b fremgår det at ved flere endringer, skal prisøkningen beregnes på grunnlag av "den samlede prisøkningen som følge av alle endringene". Dette innebærer at dersom oppdragsgiver øker kontraktsverdien for en varekontrakt stykkevis med eksempelvis 5 % og deretter 12 %, er samlet prisøkning på 17 %. Dette er over tillatte 10 %.<sup>84</sup> Beregningsmetoden forhindrer omgåelse gjennom flere uvesentlige endringer. I motsetning til bokstav b, følger det av bokstav c nr. 3 og d nr. 2 at 50%-begrensningen ved flere endringer etter hverandre gjelder for "hver enkelt endring". Altså ikke samlet beregningsmetode.

Det er ikke klart hvorfor beregningsmetodene er ulike i de nevnte reglene. Det kan tenkes at forskjellen skyldes at bokstav b oppstiller et lite handlingsrom, jf. tersklene på 10-15 %,

---

<sup>84</sup> Arrowsmith (2014) s. 598.

sammenlignet med bokstav c og d hvor handlingsrommet er romslig, jf. terskelen på 50 %. Videre er det ingen materielle vilkår i bokstav b, i motsetning til bokstav c og d. Likevel viser bokstav c nr. 3 og d nr. 2 til at endringene ikke må foretas for å ”omgå forskriften”. Dette betyr at en endring som medfører en samlet prisøkning på over 50 %, men som deles opp, kan omfattes av ”omgåelsesforbudet”, jf. eksempelet i delkapittel 2.3.1. Vilkåret fungerer som en ”sikkerhetsventil”, og selv om endringene ikke skal ses samlet i utgangspunktet, er det likevel nødvendig å se dem samlet for å avgjøre om endringene oppdeles for å omgå forskriften.<sup>85</sup> Beregningsmetodene er derfor ikke så forskjellige i praksis. Da de samme betraktningene gjør seg gjeldende etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen, tilsier dette en samlet vurdering.

KOFA-praksis er klar på at det ved flere endringer må vurderes om endringene er vesentlige enkeltvis og dersom det ikke er tilfellet, må endringene vurderes samlet.<sup>86</sup> Dette er i tråd med litteraturen, hvor Thue påpeker at ”mange mindre endringer [kan] til sammen utgjøre en vesentlig endring”.<sup>87</sup>

Samlet sett er praksis og litteraturen klar på at fremgangsmåten er en enkeltvis vurdering av endringen, for deretter en samlet vurdering dersom endringene er uvesentlige enkeltvis. Altså at man skal vurdere kakestykkene enkeltvis først, for så å vurdere alle de spiste kakestykkene samlet.

## 2.4 Konklusjon

Da vesentlighetsvurderingen både før og etter kontraktinngåelse baseres på kunngjøringstidspunktet, samt det kunngjorte konkurransegrunnlaget og kontraktvilkårene, kan endringer foretatt fra og med kunngjøringstidspunktet vurderes samlet etter kontraktinngåelse. Dette betyr at kaken er halv dersom man spiser halvparten av kakestykkene før inngåelsen.

Ettersom den alminnelige vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse fanger opp ”gråsonendringene”, jf. delkapittel 1.1, kan en materielt uvesentlig endring foretatt før kontraktinngåelse ses i sammenheng med en fremtidig prisendring i kontraktperioden, selv om endringsgjenstanden, jf. delkapittel 3.2, er forskjellig.

---

<sup>85</sup> Simonsen (2016) s. 430.

<sup>86</sup> Se eksempelvis KOFA-2015-73 premiss 25 og 37 og KOFA-2017-127 premiss 68.

<sup>87</sup> Thue mfl. (2018) s. 1021.

Vesentlighetsvurderingen av den halve kaken aktualiseres imidlertid kun dersom man først kommer til at kakestykkene er uvesentlige enkeltvis. Først da må det vurderes om alle oppspiste kakestykker er vesentlige samlet, jf. delkapittel 2.3.

Konklusjonen på underproblemstilling nr. 1 er at uvesentlige endringer foretatt underveis i anskaffelsesprosessen skal tas med inn i den alminnelige vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse, dersom endringene isolert sett er uvesentlig. Dette betyr i prinsippet at flere uvesentlige endringer før inngåelse kan ”spise opp kaken” etter kontraktinngåelse.

Til tross for klare utgangspunkter, synes ikke underproblemstillingen satt på spissen i praksis eller litteraturen. Et eksempel hvor det er sett hen til endringer før kontraktinngåelse i vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse er KOFA-sak 2015/73, om byggeprosjektkontrakter. Som følge av forsinkelser ble kontrakten endret. Klagenemnda stilte spørsmål om ”endringene, hver for seg eller samlet, er av en slik karakter at de utgjør en ulovlig direkte anskaffelse”, og uttalte at ”[e]t sentralt moment i den reviderte kontrakten er at tilskuddet fra Husbanken ble økt fra 20 % til 40 % før kontrakten ble inngått”.<sup>88</sup> Selv om at klagenemnda ikke isolert anså dette som en vesentlig endring, vektlegges endringen i den samlede vurderingen. Imidlertid ble ikke flere endringer før kontraktinngåelse aktualisert, slik at nemnda ikke tok stilling til om uvesentlige endringer før kontraktinngåelse kan ”spise opp kaken” etter kontraktinngåelse. Det er behov for en avklaring.

---

<sup>88</sup> KOFA-2015-73 premiss 25 og 33.

# 3 Det materielle innholdet

## 3.1 Konkret helhetsvurdering

Underproblemstilling nr. 2 er hvilke momenter som inngår i den alminnelige vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse, og hvordan disse eventuelt brukes.

Ordlyden i §§ 14-2 (1) og 28-2 første punktum tilsier en bred skjønnsmessig vurdering av forholdene før og etter endringen, jf. også anskaffelsesdirektivets fortale premiss 81 og art. 72 nr. 4 første punktum, jf. delkapittel 2.2.1-2.2.2.

Paragraf 28-1, jf. § 28-2 bygger på retningslinjene som ble utpenslet i *Presstext*,<sup>89</sup> og må derfor tolkes i lys av disse. Etter *Presstext* er det overordnede vurderingstemaet hvorvidt endringene ”er afgørende forskjellige fra bestemmelsene i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grunnleggende elementer”.<sup>90</sup> Selv om *Presstext* gjaldt endringer etter kontraktinngåelse, er det fastslått i C-250/07 (*Kommisjonen mot Hellas*) premiss 52, KOFA-praksis og litteraturen at tilsvarende norm gjelder for endringer før kontraktinngåelsen.<sup>91</sup>

Videre er det klart at vesentlighetsvurderingen både før og etter kontraktinngåelsen beror på en *konkret helhetsvurdering*. Dette kan utledes av *Presstext* hvor det uttales at endringer ”kan” anses som vesentlige,<sup>92</sup> er fastslått i KOFA-praksis om endringer av konkurransegrunnlaget<sup>93</sup> og endringer i kontrakt,<sup>94</sup> forarbeidene<sup>95</sup> og litteraturen.<sup>95</sup>

En konkret helhetsvurdering åpner for at alle relevante sider av saken tas i betraktning, ikke bare endringen(e) isolert. Imidlertid gir verken ordlyden i §§ 14-2 (1) eller 28-2 første punktum nærmere anvisning på det materielle innholdet i vurderingen. Hvilke momenter som kan vektlegges må utledes av de aktuelle rettskildene. Ettersom vurderingene etter §§ 14-2 (1)

---

<sup>89</sup> C-454/06 (*Presstext*), premiss 34-37.

<sup>90</sup> Ibid. premiss 34.

<sup>91</sup> Jf. KOFA-2009-46 premiss 64, KOFA-2010-179 premiss 62, KOFA-2011-209 premiss 60, KOFA-2011-242 premiss 44, KOFA-2012-149 premiss 61, KOFA- 2017-127 premiss 42 og Arrowsmith (2014) s. 846.

<sup>92</sup> C-454/06 (*Presstext*), premiss 35-37.

<sup>93</sup> Jf. KOFA-2008-2 premiss 118, KOFA-2011-242 premiss 44, KOFA-2012-206 premiss 52, KOFA-2012-244 premiss 29 og KOFA-2014-63 premiss 33.

<sup>94</sup> Jf. KOFA-2010-7 premiss 62, KOFA-2010-212 premiss 38 og KOFA-2017-1 premiss 28.

<sup>95</sup> NOU 2014: 4 s. 139, 177 og 179, Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 152 og 330, Dragsten (2013) s. 471 og 738, Bakken og Nordby (2013) s. 127, Goller og Kreyberg (2012) s. 45 og Thue mfl. (2018) s. 623 og 1038.

og 28-2 første punktum bygger på *Presstext* og en konkret helhetsvurdering, kan det tenkes sammenfall i vesentlighetsvurderingenes innhold. Vurderingene knytter seg imidlertid til ulike stadier, noe som kan tilsi at innholdet er forskjellig. Momentene som skal undersøkes nærmere kan tenkes å gjøre ”kaken”, altså den samlede tillatte endringen, mindre eller større, og således påvirke handlingsrommet.

## **3.2 Endringsgjenstand**

### **3.2.1 Innledning**

Endringene før tilbudsfristens utløp må etter § 14-2 (1) knytte seg til ”konkurrans grunnlaget”, mens endringene etter kontraktinngåelse må etter § 28-2 knytte seg til ”den opprinnelige kontrakten”. Ordlyden setter imidlertid ingen ytterligere begrensninger på hva endringene kan gjelde. Spørsmålet er hva det kan gjøres endring i, og hvordan dette eventuelt brukes som et moment i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse.

### **3.2.2 Før kontraktinngåelse**

Først drøftes hva det kan gjøres endring i før tilbudsfristens utløp.

Ordlyden i § 14-2 (1) tilsier at oppdragsgivers tillatte endringer må gjelde ”konkurrans grunnlaget”. Hva som omfattes av ”konkurrans grunnlag” fremgår av legaldefinisjonen i § 4-2 bokstav a, jf. delkapittel 2.2.1. Endringene kan imidlertid knytte seg til innholdet i ”anskaffelsesdokumentene”, jf. delkapittel 2.2.1. Utgangspunktet er derfor at endringene kan gjelde alle deler av anskaffelsesdokumentene.

I C-368/10 (*Max Havelaar*) virker imidlertid EU-domstolen mer restriktiv. Saken gjaldt anskaffelse av automater for varm drikke, med levering av kaffe og te. Konkurrans grunnlaget krevde at produktene var av fair trade-merkene Max Havelaar eller EKO. På spørsmål om merkevarekravene svarte oppdragsgiver at produktene må være av sammenlignbare eller identiske merker, eller at ingrediensene måtte basere seg på samme kriterier som merkene.<sup>96</sup> EU-domstolen kom til at dette var en vesentlig endring og viste til at oppdragsgiver;

---

<sup>96</sup> C-368/10 (*Max Havelaar*), premiss 29-31.

”end ikke ved rettelser, [kan] ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, *herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne*, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne, og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure”.<sup>97</sup> (min utheving)

Slik forbyr EU-domstolen endringer i de tekniske kravspesifikasjonene og tildelingskriteriene. Dette ble videreført i C-278/14 (*SC Entreprise*) premiss 27 og 29.

Uttalelsen i *Max Havelaar* nyanseres i C-298/15 (*Borta*). Her uttaler EU-domstolen at oppdragsgiver under anskaffelsesprosessen i prinsippet ikke kan endre rekkevidden av anskaffelsens grunnleggende betingelser, herunder tekniske kravspesifikasjoner og tildelingskriterier,<sup>98</sup> men påpeker at ikke enhver endring av ”udbudsbetingelserne efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen principielt og under alle omstændigheder” er forbudt.<sup>99</sup> Videre oppstiller EU-domstolen tre vilkår:

1. Endringene må ikke ”være så væsentlige, at de ville have kunnet tiltrække mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke ville have været i stand til at fremsætte et tilbud”.<sup>100</sup>
2. Endringene må ”*offentliggøres på passende vis*, således at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab dertil under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt”.<sup>101</sup> (min utheving)
3. Endringene må ”foretages inden tilbudsgivernes afgivelse af tilbud [og] fristen for afgivelsen af disse tilbud forlænges”.<sup>102</sup>

Uttalelsene åpner opp for unntak fra utgangspunktet i *Max Havelaar*, såfremt vilkårene oppfylles. Dette samsvarer med anskaffelsesdirektivets fortale premiss 81 og 88, KOFA-praksis<sup>103</sup> og NOU 2014: 4 s. 177.

---

<sup>97</sup> Ibid. premiss 55.

<sup>98</sup> C-298/15 (*Borta*), premiss 70.

<sup>99</sup> Ibid. premiss 71.

<sup>100</sup> Ibid. premiss 74. Smh. C-454/06 (*Pressetext*), premiss 35.

<sup>101</sup> Ibid. premiss 75, jf. FOA § 14-2 (1) annet punktum.

<sup>102</sup> Ibid. premiss 76, jf. FOA §§ 14-2 (1) første punktum og (3), jf. § 20-1 (3).



Delkonklusjonen er at endringer før tilbudsfristens utløp kan gjelde alt av innhold i anskaffelsesdokumentene, forutsatt at vilkårene i *Borta*-avgjørelsen oppfylles.

Spørsmålet er så hvordan endringsgjenstanden brukes som moment i vesentlighetsvurderingen før tilbudsfristens utløp.

I norsk rett var det tidligere en diskusjon om det forelå ytterligere begrensninger på endringsgjenstanden. Diskusjonen knyttet seg særlig til minstekrav.<sup>104</sup> Et minstekrav kan defineres som et absolutt krav til ytelsen i kravspesifikasjonen, som er en del av konkurransegrunnlaget.<sup>105</sup>

Thue har tatt til ordet for at hovedregelen er at endring av minstekrav er vesentlig.<sup>106</sup> KOFA-praksis nyanserer dette ved at endring av minstekrav brukes som et tungtveiende argument for vesentlighet,<sup>107</sup> men at det likevel foretas en vurdering av endringens påvirkning på potensiell deltagelse.<sup>108</sup> Dette kan utledes av KOFA-sak 2008/2, om en rammeavtale om kjøp/leasing av multifunksjonsmaskiner. I vesentlighetsvurderingen vektla klagenemnda at endringen gjaldt et ”må-krav” som hadde ”relativt stor betydning for hvilke maskiner som kunne tilbys [...] før og etter endringene”.<sup>109</sup> Uttalelsen kan tolkes som å tillate endringer av minstekrav, såfremt endringene ikke påvirker potensiell deltagelse, og følges opp i NOU 2014: 4 s. 177.

Det kan imidlertid innvendes at det er vanskelig å vite om eventuell deltagelse er påvirket. Unntak fra hovedregelen krever en hypotetisk vurdering. I samtlige av KOFA-avgjørelsene ovenfor konkluderte klagenemnda med at endringene var vesentlige, noe som tilsier at terskelen er høy, altså at kaken er mindre.

Delkonklusjonen er at minstekrav brukes som et moment for vesentlighet, og må vurderes mot endringens påvirkning på potensiell deltagelse.

---

<sup>103</sup> Jf. KOFA-2007-36 premiss 16, KOFA-2011-242 premiss 44, KOFA-2012-206 premiss 52, KOFA-2012-244 premiss 29 og KOFA-2014-63 premiss 33-35.

<sup>104</sup> NOU 2014: 4 s. 177 og Thue mfl. (2018) s. 626-627.

<sup>105</sup> Dragsten (2013) s. 358 og Thue mfl. (2018) s. 626. Se eksempelvis FOA § 14-1 (3) bokstav d nr. 3, jf. kap. 16.

<sup>106</sup> Thue mfl. (2018) s. 1019.

<sup>107</sup> Jf. KOFA-2011-242 premiss 44 og 46-48, KOFA-2012-206 premiss 52-54 og KOFA-2012-244 premiss 30 og 33.

<sup>108</sup> Se eksempelvis KOFA-2008-2 premiss 119.

<sup>109</sup> Ibid. premiss 119.

### 3.2.3 Etter kontraktinngåelse

Spørsmålet er hva det kan gjøres endring i etter kontraktinngåelse.

Ordlyden i § 28-2 første punktum tilsier at endringene må gjelde ”den opprinnelige kontrakten”. Ettersom kontraktsvilkårene er en del av konkurransegrunnlagets innhold,<sup>110</sup> blir konkurransegrunnlaget en del av kontrakten etter kontraktinngåelsen.<sup>111</sup> Dette tilsier at endringen kan gjelde alle dokumenter i kontrakten.

Som nevnt kommer den alminnelige vesentlighetsvurderingen i § 28-2 første punktum kun til anvendelse dersom endringen ikke omfattes av de ”trygge havner” eller ”forbudte kategorier”, jf. delkapittel 1.1. Ut fra systembetragtninger begrenses derfor endringsgjenstanden i den alminnelige vesentlighetsvurderingen av de eksplisitte typetilfellene, og kan kalles en ”reisekategori” som fanger opp ”gråsonendringene”. Dette tilsier at det er lite rom for å begrense endringsgjenstanden ytterligere. En type begrensning i § 28-1 er absolutte kvalitative begrensninger. Disse er formulert som forbud mot at ”anskaffelsens overordnede karakter” endres,<sup>112</sup> eller at endringene foretas ”for å omgå forskriften”.<sup>113</sup> Begrensningene knytter seg imidlertid til de regulerte ”trygge havnene”, jf. delkapittel 2.3.2.

Spørsmålet er om det kan oppstilles andre kvalitative begrensninger dersom endringen ikke omfattes av de ”trygge havnene” eller ”forbudte kategoriene”, og vurderes etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen.

I KOFA-sak 2016/196 var spørsmålet om en anskaffelse av vedlikeholdsarbeid på tog fra leverandør var en ulovlig direkte anskaffelse. Toganskaffelseskontrakten hadde en opsjon om vedlikeholdsarbeid som utløp før bestillingen av vedlikeholdsarbeidet.<sup>114</sup> I vesentlighetsvurderingen av vedlikeholdsarbeidet, viste nemnda til at ”utgangspunktet [er] at enhver endring i en kontrakt som vesentlig overstiger direktivets terskelverdi skal anses som en betydelig utvidelse av kontraktens omfang og dermed som en ulovlig direkte anskaffelse”.<sup>115</sup> Endring utgjorde 0,7 % av opprinnelig kontraktsverdi.

---

<sup>110</sup> Jf. FOA § 14-1 (3) bokstav b, jf. § 19-1.

<sup>111</sup> NOU 2014: 4 s. 178.

<sup>112</sup> FOA § 28-1 (1) bokstav a og b.

<sup>113</sup> FOA § 28-1 (1) bokstav c nr. 3, bokstav d nr. 2 og bokstav e nr. 3.

<sup>114</sup> KOFA-2016-196 premiss 26.

<sup>115</sup> KOFA-2016-196 premiss 35.

Klagenemnda konkluderte likevel med at endringen var en ulovlig direkte anskaffelse, fordi endringsordren oversteg EØS-terskelverdien, samt at "[s]lik vår sak ligger an, er det ikke nødvendig for klagenemnda å ta stilling til om dette gjelder uten unntak [fra utgangspunktet]. Et eventuelt slikt unntak kan nemlig uansett ikke gjelde endringer som innebærer kjøp av noe kvalitativt annet".<sup>116</sup> Det avgjørende ble da at endringen "reelt sett" var en ny anskaffelse, ikke at endringen hadde en "kommersiell og funksjonell sammenheng" med kontrakten.<sup>117</sup> KOFA-avgjørelsen er streng, men illustrerer at det på generelt grunnlag kan oppstilles et forbud mot kvalitative endringer som "reelt sett" er en ny anskaffelse. Dette er i tråd med likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippene.

Delkonklusjonen er at endringsgjenstanden etter kontraktinngåelse begrenses av typetilfellene i §§ 28-1 og 28-2, men praksis viser at det kan oppstilles ytterligere begrensninger knyttet til kvalitative endringer. Endringsgjenstanden brukes således som et moment i vesentlighetsvurderingen, hvor det avgjørende er hvorvidt endringen "reelt sett" representerer ny kontrakt.

### 3.2.4 Sammenligning

Den alminnelige vesentlighetsvurderingen begrenses etter ordlyden av ulike endringsgjenstander. Dette er naturlig, ettersom kontrakten ikke er inngått før tilbudsfristen. Konkurranses grunnlaget blir imidlertid en del av kontrakten ved kontraktinngåelsen, slik at det kan gjøres endringer i konkurransegrunnlaget både før og etter kontraktinngåelsen. Derfor sammenfaller endringsgjenstandene i realiteten. Dette tilsier at begrensningen tilknyttet endring av minstekrav også gjelder etter kontraktinngåelse.<sup>118</sup> Ettersom kontrakten inneholder mer enn bare konkurransegrunnlaget, er endringsgjenstanden etter kontraktinngåelse i utgangspunktet videre.

Likevel er det lovtekniske forskjeller i utformingen av endringshjemlene før og etter kontraktinngåelse. Endringshjemlene før kontraktinngåelse regulerer ikke "trygge havner" eller "forbudte typetilfeller", noe som tilsier en videre endringsgjenstand. Ettersom vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse bygger på retningslinjene fra *Presstext*, jf. delkapittel 3.1, kan det spørres hvorfor lovgiver har regulert kasuistiske vurderingstema etter, men ikke før kontraktinngåelse.

---

<sup>116</sup> Ibid. premiss 35.

<sup>117</sup> Ibid. premiss 36.

<sup>118</sup> Thue mfl. (2018) s. 1019.

Vilkår nr. 1 for endring av konkurransegrunnlaget, jf. delkapittel 3.2.2, er forenelig med et av hovedargumentene for vesentlige endringer etter *Presstext*, nemlig at endringen ”ville have gjort det mulig for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at delta”.<sup>119</sup> Enhver endring før og etter kontraktinngåelse kan påvirke mulig deltagelse, slik at hensynet til potensiell deltagelse alltid aktualiseres. Ettersom reglene bygger på det samme hovedargumentet og kodifiseringen i art. 72 baseres på *Presstext*, tilsier dette at tilsvarende begrensninger av endringsgjenstanden burde gjelde før kontraktinngåelse.

På den andre siden kan ikke endringsreglene før kontraktinngåelse begrunnes i det andre hovedargumentet fra *Presstext*, nemlig at endringen ”ville have gjort det mulig at acceptere et annet bud end det, som oprindeligt blev antaget”.<sup>120</sup> Dette fordi tilbudene ikke er levert før etter tilbudsfristen, slik at det er umulig å foreta vurderingen før tilbudet aksepteres. Ettersom de øvrige retningslinjene i *Presstext* er et utslag av begge de nevnte hovedargumentene, og *Presstext* knyttet seg til endringer etter kontraktinngåelse, taler dette for at tilsvarende regulering før kontraktinngåelse ikke er nødvendig.

Videre gjennomfører § 28-2 annet punktum bokstav a begge hovedargument i *Presstext*. Da den alminnelige vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse kun kommer til anvendelse dersom tilfellet ikke faller inn under bl.a. bokstav a, tilsier dette at endringsgjenstanden etter kontraktinngåelse er ytterligere begrenset sammenlignet med før.

## **3.3 Endringens bakgrunn**

### **3.3.1 Innledning**

Det er naturlig å vurdere endringen i lys av endringens bakgrunn. Dette er i tråd med praksis og teori.<sup>121</sup> Eksempler på forhold som fordrer et endringsbehov er uforutsette omstendigheter og misligholdssituasjoner.

Uforutsette omstendigheter defineres i anskaffelsesdirektivets fortale premiss 109 som;

---

<sup>119</sup> C-454/06 (*Presstext*), premiss 35, jf. KOFA-2011-242 premiss 44.

<sup>120</sup> C-454/06 (*Presstext*), premiss 35, jf. KOFA-2016-183 premiss 17 og 21 og NOU 2014: 4 s. 178-179.

<sup>121</sup> Se eksempelvis KOFA-2010-179 premiss 67, Dragsten (2013) s. 744, Arrowsmith (2014) s. 590 og Thue mfl. (2018) s. 1038.

”omstendigheter, der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensyntagen til de tilgængelige midler, det specifikke projekts art og kendetegn, god praksis på det pågældende område og nødvendigheden af at sikre et relevant forhold mellem de ressourcer, der anvendes til at forberede tildelingen, og dens forudsigelige værdi”.<sup>122</sup>

Denne forståelse legges til grunn videre, og uforutsette omstendigheter er eksempelvis lov-pålagte endringer,<sup>123</sup> eller endringer grunnet terrortrusler. Dette kan oppstå både før og etter kontraktinngåelse.<sup>124</sup>

Mislighold kan defineres som brudd på kontraktsforpliktelser.<sup>125</sup> Et typisk eksempel er mislighold av leverandøren, slik at oppdragsgiver kan kreve misligholdsbeføyelser. Ofte er mislighold noe partene ikke kunne forutse, slik at tilsvarende betraktninger som ved uforutsette omstendigheter gjør seg gjeldende. Da mislighold kun aktualiseres etter kontraktinngåelse, og fremstillingen tar for seg forskjeller før og etter kontraktinngåelse, avgrenses det mot mislighold.

Endringsadgangen ved uforutsette omstendigheter etter kontraktinngåelse er regulert i de ”trygge havnene”.<sup>126</sup> I tillegg til vilkåret om uforutsette omstendigheter oppstilles det kumulative vilkår. Derfor kan endringsbehov grunnet uforutsette omstendigheter kun vurderes etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen dersom endringen ikke oppfyller vilkårene i § 28-1 (1) bokstav d, jf. delkapittel 1.1. I praksis og litteraturen brukes uforutsette omstendigheter også som et moment i vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse.<sup>127</sup> Det er derfor klart at uforutsette omstendigheter er et moment etter kontraktinngåelse.

Uforutsette omstendigheter er imidlertid ikke benyttet som et moment i praksis før kontraktinngåelse. I det følgende skal det derfor undersøkes om dette også er et moment i den alminnelige vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse, samt hvordan momentet brukes eventuelt før og etter kontraktinngåelse.

---

<sup>122</sup> Vedr. forståelsen av anskaffelsesdirektivet art. 72 nr. 1 bokstav c i.

<sup>123</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 330.

<sup>124</sup> Arrowsmith (2014) s. 590.

<sup>125</sup> Torvund og Lie (2016).

<sup>126</sup> Jf. FOA § 28-1 (1) bokstav d.

<sup>127</sup> C-454/06 (*Pressetext*), premiss 57, KOFA-2010-212 premiss 40, KOFA-2010-179 premiss 67, KOFA-2015-73 premiss 31, KOFA-2017-127 premiss 65-67, Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 330, Poulsen (2012) s. 173-174, Hartlev (2013) s. 57, Dragsten (2013) s. 746 og Thue mfl. (2018) s. 1038.

### 3.3.2 Før kontraktinngåelse

Spørsmålet er om uforutsette omstendigheter er et moment i den alminnelige vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse.

Endringsbehov grunnet uforutsette omstendigheter kan aktualiseres når som helst i anskaffelsesprosessen. I motsetning til etter kontraktinngåelse, er ikke endringsadgangen grunnet uforutsette omstendigheter regulert før kontraktinngåelse. Slike tilfeller må vurderes etter den alminnelige vesentlighetsvurderingen.

I litteraturen er det tatt til ordet for at endringer grunnet uforutsette omstendigheter før og etter kontraktinngåelse enklere vil tillates dersom kontrakten er langvarig og kompleks, fordi dette vanskeliggjør planlegging og en ny kunngjøring innebærer høye ekstrakostnader.<sup>128</sup> Det forutsettes implisitt at uforutsette omstendigheter er et moment før kontraktinngåelse, samt at momentet må vurderes i sammenheng med kontraktens art og effektivitetshensynet, jf. delkapittel 3.5 og 3.6.2.

Det kan innvendes at endringstidsrommet etter § 14-2 (1) normalt er mer begrenset sammenlignet med etter kontraktinngåelse. Endringsadgangen etter § 14-2 (1) knytter seg til tidsrommet etter kunngjøringen frem til tilbudsfristen, og tilbudsfristen er som hovedregel på minimum 25-30 dager avhengig av anskaffelsesprosedyre.<sup>129</sup> Oppdragsgiver kan oppstille lengre frister, samt forlenge tilbudsfristen,<sup>130</sup> men tilbudsfristen er sjelden lengere enn kontraktsperioden. I lys av fortalens definisjonen av uforutsette omstendigheter, jf. delkapittel 3.3.1, og praksis vedrørende etter kontraktinngåelse, jf. bl.a. C-549/14 (*Finn Frogne*), oppstilles et aktivitetskrav for oppdragsgiver, jf. delkapittel 3.3.3. Når omstendigheten aktualiseres før tilbudsfristen, kan det tenkes at det kan forventes mer av oppdragsgiver. Det skal derfor mer til for å påberope seg uforutsette omstendigheter som et moment før kontraktinngåelse.

Det synes ikke være praksis om bruk av uforutsette omstendigheter før tilbudsfristen, og spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene. Dette kan skyldes at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen, endre konkurransegrunnlaget etter endringsbehovet og kunngjøre på nytt, eller at det forventes at oppdragsgiver regulerer omstendigheten i en endringsklausul.

---

<sup>128</sup> Arrowsmith (2014) s. 590 og 846.

<sup>129</sup> FOA kap. 20.

<sup>130</sup> FOA §§ 14-2 (3), jf. 20-1 (3) bokstav a.

Likevel tilsier forutberegnelighetsprinsippet at uforutsette omstendigheter er et moment dersom oppdragsgiver har oppfylt aktivitetsplikten. Ettersom få rettskilder behandler spørsmålet er det behov for en avklaring.

### **3.3.2.1 Endringsklausuler**

Et særlig spørsmål er om endringsklausuler kan brukes som et moment i vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse etter § 14-2 (1).

En endringsklausul defineres her som en bestemmelse som gir oppdragsgiver kompetanse til å foreta ensidige endringer i kontraktsvilkårenes gjensidige forpliktelser.<sup>131</sup>

Etter kontraktinngåelse er endringer etter endringsklausul som oppfyller kravene i FOA § 19-1 (2) tillatt i § 28-1 (1) bokstav a. Det finnes imidlertid ingen tilsvarende bestemmelse før kontraktinngåelse. Paragraf 14-2 (1) beror derimot på en konkret helhetsvurdering, uten begrensninger av relevante momenter. Dette kan åpne for bruk av endringsklausuler et selvstendig moment i vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse.

Paragraf § 19-1 (2) krever at endringsklausulene skal fremgå av ”anskaffelsesdokumentene”, være tilstrekkelig klare og ikke medføre at anskaffelsens overordnede karakter endres. Ordlyden begrenser ikke hvilke stadier endringsklausulen kan regulere, og ettersom konkurransegrunnlaget er en del av anskaffelsesdokumentene, jf. delkapittel 2.2.1, tilsier dette at det er adgang til å oppstille endringsklausuler i konkurransegrunnlaget for å utvide handlingsrommet før kontraktinngåelse, altså gjøre kaken større.

Kravene til endringsklausuler i anskaffelsesdirektivet er imidlertid regulert i art. 72 nr. 1 bokstav a, som er plassert i anskaffelsesdirektivet kapittelet IV om kontraktgjennomføring. Det kan spørres om det er et bevisst valg fra lovgiver at § 19-1 (1) er flyttet ut av kapittelet om endringer i inngått kontrakt, til kapittelet om kontraktsvilkår. Forenklingsutvalget begrunner ikke endringen. I litteraturen beskrives dette som en ”redaksjonell operasjon”.<sup>132</sup> Forskjellen kan også begrunnes med at lovgiver har forsøkt å forenkle art. 72 ved implementeringen, noe som støttes av at art. 72 er delt i to i §§ 28-1 og 28-2, uten at det medførte materielle endringer. Dette tilsier at endringsklausuler er forbeholdt etter kontraktinngåelse.

---

<sup>131</sup> Dragsten (2013) s. 744.

<sup>132</sup> Thue mfl. (2018) s. 788.

Dette støttes av KOFA-sak 2010/236, om en endringsklausul vedrørende endringer i tilbudet var lovlig. Klagenemnda uttalte at "[f]orbeholdet [innebærer] i realiteten en rett til å endre konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp", og at dette kan medføre endring av kravene etter hvem oppdragsgiver ønsker som medkontrahent. Konklusjonen var at forbeholdet ikke var gyldig.<sup>133</sup> Dette taler mot bruk av endringsklausuler.

I motsatt retning trekker KOFA-sak 2016/104. I tillegg til at endringen skyldtes uforutsette omstendigheter, anførte innklagde at endringen var hjemlet i leieavtalen. Klagenemnda påpekte at endringen ikke omfattes av klausulen,<sup>134</sup> men var taus om adgangen til å oppstille endringsklausuler før kontraktinngåelse. Tausheten kan tolkes dithen at det er tillatt å forhåndsregulere endringer før kontraktinngåelse gjennom endringsklausuler.

Avgjørelsene gjelder imidlertid stadiet mellom tilbudsfristens utløp og kontraktens signering. Dette gir dem begrenset overføringsverdi til bruk av endringsklausuler før tilbudsfristen. Før tilbudsfristen synes ikke endringsklausuler som moment å være behandlet i praksis. Årsaken til dette kan være at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen for så å kunngjøre de endrede anskaffelsesdokumentene på ny, slik at behovet for endringsklausuler før tilbudsfristens utløp er begrenset.

Uansett kan ikke oppdragsgiver se tilbudsinnholdet før tilbudsfristens utløp, og det skal derfor mer til for konkurranseforvridning til fordel for ønsket leverandør. Således er det lavere risiko for misbruk av endringsklausuler før tilbudsfristens utløp, noe som tilsier at endringsklausuler kan tillates. Både leverandører og potensielle leverandører får informasjon om endringsmuligheter gjennom endringsklausulen når den kunngjøres. Likebehandlings- og forutberegnelighetsprinsippene er dermed ivaretatt.

Konklusjonen er at endringsklausuler kan brukes som moment før kontraktinngåelse.

### **3.3.3 Etter kontraktinngåelse**

Spørsmålet er hvordan uforutsette omstendigheter brukes som et moment i den alminnelige vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse.

---

<sup>133</sup> KOFA-2010-206 premiss 32.

<sup>134</sup> KOFA-2016-104 premiss 43.



Før *Presstext* var tendensen i EU-praksis å stille strenge krav til hva oppdragsgiver burde forutse, jf. bl.a. C-496/99 P (*Succhi*) premiss 126.<sup>135</sup> I *Presstext* ble uforutsette omstendigheter brukt som et moment i vesentlighetsvurderingen. Spørsmålet var om prisendringen som følge av endring av østerriksk valuta til euro utgjorde en ny avtale. EU-domstolen fant at valutakonverteringen var en uforutsett omstendighet, og derfor uvesentlig.<sup>136</sup> *Presstext* uttrykker dermed en oppmykning.

Uforutsette omstendigheter medfører imidlertid ikke automatisk at endringene er uvesentlige. Dette kan utledes av *Finn Frogne*, om anskaffelse av nødkommunikasjonssystem. I kontraktgjennomføringen oppstod det uforutsette vanskeligheter, som ingen ville ta ansvaret for. For å løse tvisten inngikk partene en forliksavtale, som medførte en betydelig nedjustering av kontraktsverdien fra 527 til 85 millioner. I vurderingen av om forliket var vesentlig påpekte EU-domstolen at oppdragsgiver måtte ta høyde for risikoen ved kontraktgjennomføringen, ikke bare ved å ”anvende de bedst tilpassede udbudsprocedurer”, men også ”definere kontraktens genstand med omhu”, eksempelvis gjennom endringsklausuler.<sup>137</sup> Domstolen så derfor bort fra at forliket skyldtes uforutsette omstendigheter.<sup>138</sup> Implisitt kreves det at oppdragsgiver forutser alt, og regulere dette i en endringsklausul.

Avgjørelsen er imidlertid kritisert i teorien, noe det etter min mening er grunnlag for. EU-domstolen var svært etterpåklok, og så bort fra endringens bakgrunn, noe EU-domstolen tidligere vektla i bl.a. *Presstext*. Det foretas således ingen avveining mellom likebehandlingsprinsippet og behovet for en rasjonell løsning på en komplisert anskaffelse, jf. delkapittel 3.6.2.

Imidlertid kan det vises til KOFA-sak 2017/127, om en totalentreprisekontrakt for etablering av et mottaks- og forbehandlingsanlegg. Innklagede anførte at endringene gjaldt ”eksterne forhold”. I denne forbindelse viste klagenemnda til *Finn Frogne*, og påpekte at ”[u]tgangspunktet er likevel at oppdragsgiver lovlig kan gjøre visse endringer”.<sup>139</sup> Selv om oppdragsgiver kunne regulert endringsbehovet i en klausul, kom nemnda til at endringene var

---

<sup>135</sup> Se eksempelvis C-318/94 (*Kommisjonen mot Tyskland*), premiss 18 og C-394/02 (*Kommisjonen mot Hellas*), premiss 43.

<sup>136</sup> C-454/06 (*Presstext*), premiss 57 og 70.

<sup>137</sup> C-549/14 (*Finn Frogne*), premiss 36.

<sup>138</sup> *Ibid.* premiss 40.

<sup>139</sup> KOFA-2017-127 premiss 66-67.

uvesentlige fordi prisøkningen ikke endret tilbudsrekkefølgen, og endringene ikke medførte endring av kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren.<sup>140</sup>

Klagenemnda åpner således for et visst handlingsrom for endringer grunnet uforutsette omstendigheter, til tross for at oppdragsgiver i utgangspunktet burde forhåndsregulert dette. Inntrykket er at KOFA ikke har lagt seg på en like streng linje, men forholder seg til EU-domstolens retningslinjer.<sup>141</sup>

Avgjørelsene viser at uforutsette omstendigheter kan brukes for å utvide handlingsrommet, altså kaken, men ikke som et ”frikort”. Likevel viser den nevnte praksis at det er et tungtveiende argument mot vesentlighet.<sup>142</sup> Det kan forventes at oppdragsgiver aktivt tar stilling til mulige uforutsette omstendigheter, og dette reiser ofte problemer i praksis. Hvor aktiv oppdragsgiver kreves å være, avhenger av den konkrete sak.<sup>143</sup>

### 3.3.3.1 Endringsklausuler

Drøftelsen i delkapittel 3.3.3 illustrerer at endringsklausuler kan være et moment i vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse. I likhet med uforutsette omstendigheter, kommer momentet på spissen i den alminnelige vesentlighetsvurderingen dersom endringen ikke omfattes av en ”trygg havn”, jf. § 28-1 (1) bokstav a. Altså at endringsklausulen ikke oppfyller vilkårene i § 19-1 (1), jf. delkapittel 3.3.2.1. Dette er naturlig ettersom endringsklausulen uansett gir leverandørene signal om at det kan oppstå et endringsbehov.<sup>144</sup> Spørsmålet er hvordan momentet brukes.

Det er klart at vekten av endringsklausulen avhenger av klausulens klarhet,<sup>145</sup> jf. forutberegnelighetsprinsippet. Likevel synes EU-domstolen å se bort fra endringsklausuler dersom endringen medfører at regelverket omgås. Dette var tilfellet i C-91/08 (*Wall*). Saken gjaldt en konsesjonskontrakt om drift av offentlige toaletter. Kontrakten tillot skifte av underleverandør med oppdragsgivers samtykke. Kort tid etter kontraktsignering ønsket leverandøren å utskifte underleverandøren, og oppdragsgiveren samtykket. EU-domstolen fant at bytte av underleverandøren var vesentlig, bl.a. fordi tildelingen var basert på at leverandøren skulle benytte den

---

<sup>140</sup> Ibid., smh. FOA § 28-2 bokstav b.

<sup>141</sup> Se eksempelvis KOFA-2010-212 premiss 40, KOFA-2010-179 premiss 67 og KOFA-2017-127 premiss 66-67.

<sup>142</sup> Hartlev (2013) s. 57.

<sup>143</sup> Jf. KOFA-2017-59 premiss 20.

<sup>144</sup> Thue mfl. (2018) s. 1024 og Hartlev (2013) s. 61.

<sup>145</sup> Thue mfl. (2018) s. 1024.

opprinnelige underleverandøren.<sup>146</sup> Det kan derfor utledes at endringsklausuler ikke kan brukes ubegrenset dersom endringen er en omgåelse av regelverket.

Konklusjonen er at bruken av endringsklausuler som et moment i den alminnelige vesentlighetsvurderingen begrenses av omgåelseshensynet. Dette er utenfor hva oppdragsgiver med rimelighet kan forutse, og således ikke forutberegnelig for leverandørene.

### **3.3.4 Sammenligning**

Den største forskjellen mellom bruk av endringens bakgrunn som moment før og etter kontraktinngåelse er at det er uavklart om uforutsette omstendigheter kan brukes før kontraktinngåelse, mens momentet ofte benyttes etter kontraktinngåelse. Forskjellen kan skyldes at oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp kan avlyse konkurransen, endre på anskaffelsesdokumentene og kunngjøre på ny. Derfor kommer ikke problemstillingen like ofte på spissen, slik at det er lite praksis. Stadiene før og etter kontraktinngåelse er dermed ikke *helt* sammenlignbart.

Bruk av endringsklausuler aktualiseres særlig ved uforutsette omstendigheter. Selv om det er uklart om uforutsette omstendigheter kan brukes som moment før kontraktinngåelse, tilsier forutberegnelighetsprinsippet at endringsklausuler i konkurransegrunnlaget skal godtas før tilbudsfrist. Likevel er behovet for endringsklausuler mindre før enn etter kontraktinngåelse, ettersom kontrakten kan avlyses og avlysning på et tidlig stadiet ikke medfører like mye tids- og kostnadsspill som etter kontraktinngåelse.

## **3.4 Endringstidspunktet**

### **3.4.1 Innledning**

Den alminnelige vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse knytter seg til ulike stadier og tidsrom, jf. delkapittel 2.2.

Det er klart at endringstidspunktet er et moment i den alminnelige vesentlighetsvurderingen, både før og etter kontraktinngåelse. Dette er lagt til grunn i EU- og KOFA-praksis,<sup>147</sup> som

---

<sup>146</sup> C-91/08 (*Wall*), premiss 39-40.

analysene vil illustrere, samt forarbeidene og litteratur.<sup>148</sup> Spørsmålet er hvordan endrings-  
tidspunktet brukes som moment på de ulike stadiene.

### 3.4.2 Før kontraktinngåelse

Konkurranses grunnlaget kan endres mellom kunngjøringstidspunktet og tilbudsfristens utløp, jf. delkapittel 2.2.1. Det konkrete tidsrommet for endringene avhenger bl.a. av anskaffelsesproseduren og hvor lang tilbudsfrist oppdragsgiver angir, jf. delkapittel 3.3.2. Spørsmålet er om ulike endringstidspunktet brukes forskjellig i vesentlighetsvurderingen.

Det kan utledes av praksis at endringer rett før tilbudsfristens utløp taler for at endringen er vesentlig, jf. bla. *Max Havelaar*. I EU-domstolens begrunnelse for at endringer i de tekniske kravspesifikasjonene og tildelingskriteriene ikke ble tillatt, jf. delkapittel 3.2.2, vektlegges det at supplerende opplysninger måtte gis senest seks dager før tilbudsfristen.<sup>149</sup> Dette anså domstolen som en ”kort frist”,<sup>150</sup> hvilket tilsa at endringen var vesentlig, og at endringer foretatt rett før tilbudsfristen overhodet ikke tillates.

KOFA-sak 2012/244 gjaldt anskaffelse av ”[k]nutekolling m/opsjon på felling og beskjæring av risikotrær”. Klager anførte at endringen av lærlingordningskravet var vesentlig, siden klageren da fikk en ”uakseptabel kort” frist på 8 dager på å utarbeide tilbudet.<sup>151</sup> I vesentlighetsvurderingen uttaler nemnda at:

”Uansett om åtte dager var tilstrekkelig for å utarbeide et tilbud på oppdraget, utgjorde den forholdsmessig korte tidsfristen likevel en konkurransefordel for tilbyderne som hadde en måneds tilbudsfrist. Klagenemnda legger til grunn at potensielle leverandører [...] på dette grunnlag kan ha avstått fra å delta.”<sup>152</sup>

Uttalelsen støtter fortolkningen av *Max Havelaar*, men uttrykker en modifisering. Selv om endringen foretas rett før tilbudsfristens utløp, er det avgjørende hvorvidt potensielle leveran-

---

<sup>147</sup> Se eksempelvis C-368/10 (*Max Havelaar*), premiss 55, C-337/98 (*Matra*), premiss 51, KOFA-2008-2 premiss 84, KOFA-2012-206 premiss 33, KOFA-2014-63 premiss 36 og KOFA-2010-68 premiss 26-27.

<sup>148</sup> NOU 2014: 4 s. 179, Hartlev (2013) s. 57, Poulsen (2012) s. 174-175 og 178 og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 330.

<sup>149</sup> Jf. FOA §§ 14-2 (2), jf. 20-1 (3) bokstav b.

<sup>150</sup> C-368/10 (*Max Havelaar*), premiss 55.

<sup>151</sup> KOFA-2012-244 premiss 7 og 17.

<sup>152</sup> Ibid. premiss 32.

dører får tid til å utarbeide tilbudet etter endringene sammenlignet med deltagende leverandører.

For det andre viser praksisen at endringer gjort lenge før tilbudsfristens utløp i utgangspunktet taler mot vesentlighet. I KOFA-sak 2014/63 vektla klagenemnda at "[e]ndringen ble i tillegg gjort i god tid før tilbudsfristens utløp",<sup>153</sup> og konkluderte med uvesentlighet. Dette tilsier at handlingsrommet er større for endringer like etter kunngjøringen, jf. også *Borta* vilkår nr. 3, jf. delkapittel 3.2.2.

Likevel er det ikke en selvfølge at endringer foretatt i god tid før tilbudsfristen tillates. I KOFA-sak 2008/2 anførte innklagde at leverandøren hadde tilstrekkelig tid til å tilpasse tilbudet etter endringene, som skjedde "42 dager før tilbudsfristen[s]" utløp.<sup>154</sup> Nemnda kom derimot til at endringen var vesentlig fordi den fjernet et "må-krav" av stor betydning for leverandørene. Klagenemnda vurderte derfor ikke anførselen om endringstidspunktet, ettersom endringenes gjenstand hadde stor betydning for potensiell deltagelse. Dette tilsier at selv om endringen gjøres i god tid før tilbudsfristen, er endringens betydning for potensiell deltagelse avgjørende, jf. delkapittel 3.2.2.

Samlet sett kan det utledes at handlingsrommet, altså kaken, er større når endringen foretas like etter kunngjøringen eller i god tid før tilbudsfristens utløp, enn når endringen foretas kort tid før tilbudsfristen. Momentet må imidlertid ses i lys av fristutsettelsens lengde og de deltagende leverandørenes konkurransefordel i forhold til de potensielle leverandørene.

### 3.4.3 Etter kontraktinngåelse

Endringer i kontrakt kan foretas kort tid etter inngåelse, halvveis i kontraktsperioden eller like før kontraktens utløp. Spørsmålet er om de ulike endringstidspunktene brukes forskjellig i praksis.

I C-337/98 (*Matra*) var spørsmålet om endring av kravet til bybaneteknologi til en nyere teknologi, som medførte en prisøkning på 90 millioner, var vesentlig. EF-domstolen tok bl.a. i betraktning at den teknologiske utviklingen skjedde i løpet av en tre-årsperiode,<sup>155</sup> og at end-

---

<sup>153</sup> KOFA-2014-63 premiss 36.

<sup>154</sup> KOFA-2008-2 premiss 84.

<sup>155</sup> C-337/98 (*Matra*), premiss 51.

ringen da var uvesentlig. Dette tilsier at jo lengere tid det går fra kontraktinngåelsen til endringen, jo større er handlingsrommet.

*Wall* viser at EU-domstolen vektlegger endringstidspunktet i motsatt retning. EU-domstolen fant at bytte av underleverandør var en vesentlig endring, selv om kontrakten åpnet for dette og oppdragsgiver samtykket, jf. delkapittel 3.3.3.1. EU-domstolen viste til at opprinnelig underleverandøren var avgjørende for tildelingen, og at utskiftningen skjedde kort tid etter kontraktinngåelsen.<sup>156</sup> EU-domstolen gir uttrykk for at endringer foretatt like etter kontraktinngåelse ikke tillattes ved omgåelsesrisiko.

I KOFA-sak 2010/68 ble endringen derimot foretatt like før kontraktens utløp. Saken gjaldt endring fra driftspatroljeavtale til funksjonsavtale. I vesentlighetsvurderingen påpekte klagenemnda at endringen ”bare gjaldt det siste halvannet år i en løpende avtale” og ble gjort for å ”prøve ut en annen oppgjørsmodeell enn den som i avtalens første periode ikke ble funnet optimal”.<sup>157</sup> Nemnda vektla at endringen ble foretatt rett før 3-års kontrakten utløp, og ser endringstidspunktet i lys av effektivitetshensyn, jf. delkapittel 3.6.2.

At handlingsrommet, altså kaken, er større like før kontrakten utløper er naturlig siden det er vanskelig for oppdragsgiver å forutse endringsbehov i langvarige kontrakter. I tillegg gjenstår det mindre av kontrakten. Hvis det eksempelvis bare gjenstår 20 % av kontraktgjennomføringen, er det mindre graverende at disse 20 % endres, enn om 90 % av kontrakten endres. Det skal åpenbart mer til for at endringen på 20 % hadde påvirket potensiell deltagelse og tildelingen. Endringer rett før kontraktens utløp har dermed mest sannsynlig minimal effekt på konkurransen, noe som taler mot vesentlighet.<sup>158</sup>

Samlet sett illustrerer analysen at endringstidspunktet kan tale mot vesentlighet når endringen foretas nærme kontraktens utløp. På den andre siden kan endringstidspunktet argumentere for vesentlighet når endringen foretas tidlig, og indikerer at oppdragsgiver forsøker å omgå regelverket. Likevel er subjektive forhold vanskelig å bevise, men kan vektlegges ved tilstrekkelig bevis.<sup>159</sup> Det er vanskelig å oppstille et bestemt skjæringstidspunkt ettersom vesentlighetsvurderingen beror på en konkret helhetsvurdering. Skjæringstidspunktet bør vurderes i lys av hvor lite/mye som gjenstår av kontraktgjennomføringen på endringstidspunktet, hvilke deler

---

<sup>156</sup> C-91/08 (*Wall*), premiss 39-40.

<sup>157</sup> Jf. KOFA-2010-68 premiss 27.

<sup>158</sup> Hartlev (2013) s. 57 og Poulsen (2012) s. 174-175.

<sup>159</sup> Poulsen (2012) s. 178.

av kontrakten endringen gjelder og om endringen effektiviserer kontrakten eller imøtekommer uforutsette omstendigheter.

### **3.4.4 Sammenligning**

Analysene av hvordan endringsmomentet brukes avdekker en sentral forskjell.

Før tilbudsfristens utløp er fokuset at potensielle leverandører skal ha de samme forutsetningene for å inngi tilbud, og endringstidspunktet brukes som en retningslinje for hvor gode forutsetninger leverandørene har for å imøtekomme endringene i tilbudsutforming. Jo nærmere endringen gjøres tilbudsfristens utløp, jo mindre skal til før endringen er vesentlig.

Etter kontraktinngåelse er regelen den motsatte. Omgåelseshensynet tilsier at jo nærmere endringen gjøres kontraktinngåelsen, jo mindre skal til før endringen er vesentlig, og motsatt. Omgåelse er imidlertid vanskelig å bevise og analysen illustrerer at skjæringstidspunktet må vurderes konkret. Derfor kan andre hensyn, eksempelvis effektivitetshensynet, tilsi at regelen modifieres.

## **3.5 Komplexitet og varighet**

### **3.5.1 Innledning**

Kontrakter har ulik kompleksitet og varighet, alt fra en liten og enkel varekontrakt til en stor og kompleks IT-kontrakt over flere år.<sup>160</sup> Disse variablene kan vanskeliggjøre presis formulering av anskaffelsesdokumentene og kontraktene. Selv om variablene i utgangspunktet er forskjellige, ses de ofte i sammenheng. Derfor behandles de samlet.

Før tilbudsfristens utløp er anskaffelsens kompleksitet vektlagt som et moment i vesentlighetsvurderingen i KOFA-praksis.<sup>161</sup> Verken EU-domstolen eller KOFA har eksplisitt vist til kontraktens varighet som et moment i vesentlighetsvurderingen etter § 14-2 (1). Etter kontraktinngåelse er kontraktens kompleksitet og varighet brukt som momenter av EU-

---

<sup>160</sup> Poulsen (2012) s. 176.

<sup>161</sup> Jf. KOFA-2012-206 premiss 32 og 53.

domstolen, bl.a. i *Matra*, jf. delkapittel 3.4.3. Dette er fulgt opp i KOFA-avgjørelser,<sup>162</sup> og bekrefte i litteraturen.<sup>163</sup>

Spørsmålet er om kontraktens varighet også er et moment før kontraktinngåelse, og hvordan momentene eventuelt brukes i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse.

### **3.5.2 Før kontraktinngåelse**

Først behandles om kontraktens varighet er et moment i vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse.

Normalt vil kontraktens varighet fremgå av konkurransegrunnlaget, da varigheten er et viktig kontraktsvilkår, jf. delkapittel 3.2.3. Dette er naturlig fordi kontraktens varighet kan ha stor betydning for hvorvidt leverandører ønsker å delta i konkurransen. Langvarige kontrakter vil kanskje kreve en ressursbruk som potensielle leverandører ikke har kapasitet til, mens kortvarige kontrakter vil kanskje ikke forsvare ressursbruken.

Det at kontrakten er langvarig vanskeliggjør utformingen av et presist konkurransegrunnlag. Slike uklarheter kan medføre endringsbehov allerede før tilbudsfristens utløp, noe som tilsier at langvarige kontrakter kan være et moment mot vesentlighet. Ved kortvarige kontrakter kan dette derimot tale for at oppdragsgiver burde ha utformet et klarere konkurransegrunnlag, noe som taler for vesentlighet.

Hvorvidt kontraktens varighet kan påberopes som et moment før tilbudsfristens utløp er ikke behandlet i praksis. Det kan tenkes at årsaken til dette er at spørsmålet ikke er satt på spissen fordi oppdragsgiver kan ”redde seg inn” på andre måter, eksempelvis gjennom avlysning. Av analysen i delkapittel 3.5.3 kan det utledes at KOFA begrunner bruken av kontraktens varighet som moment etter kontraktinngåelse med at det er vanskelig for oppdragsgiver å forutse behov flere år frem i tid. Dette gjør seg ikke like gjeldende før kontraktinngåelsen, da oppdragsgiver fortsatt er i anskaffelsesprosessen og kan påvirke kontrakten før den signeres. Rettstilstanden er derfor uavklart.

Det skal så tas stilling til hvordan anskaffelsens kompleksitet brukes som et moment.

---

<sup>162</sup> Se eksempelvis KOFA-2004-16 premiss 132, KOFA-2005-40 premiss 31, KOFA-2010-212 premiss 40 og KOFA-2017-127 premiss 64-67.

<sup>163</sup> Poulsen (2012) s. 176, Goller og Kreyberg (2012) s. 56, Hartlev (2013) s. 57, Dragsten (2013) s. 737, Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 330, Goller mfl. (2017) s. 273 og Thue mfl. (2018) s. 1038.



Kontraktens kompleksitet ble brukt som moment i KOFA-sak 2012/206 premiss 32, som gjaldt leie og drift av multifunksjonsmaskiner. I vesentlighetsvurderingen av endringer av pris- og kvalitetsskjemaet, anførte innklagede at grunnet den ”teknologiske utviklingen på fagområdet” var det behov for presiseringer underveis og at endringene lå innenfor oppdragsgivers rett til dette.<sup>164</sup> Klagenemnda påpekte at innklagde anså endringene nødvendige fordi kravene var uvanlige i markedet, men kom likevel til at endringene var vesentlige fordi de gjaldt minstekrav av betydning for kontraktens innhold.<sup>165</sup> Dette tilsier at det skal mye til for at endringen tillates på grunn av kontraktens kompleksitet, særlig når endringen gjelder minstekrav.

Gjennomgangen viser at vanskelighetene ved å utforme et presist konkurransegrunnlag tilsier å vektlegge kontraktens varighet i vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse, men at dette er uavklart. KOFA-praksis illustrerer at kontraktens kompleksitet må vurderes mot endringens gjenstand. Likevel er det en høy terskel for å tillate endringen grunnet kontraktens kompleksitet, ettersom det avgjørende er endringens påvirkning på potensiell deltagelse.

### **3.5.3 Etter kontraktinngåelse**

Spørsmålet er hvordan kontraktens kompleksitet og varighet brukes som momenter i vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse.

I *Matra*-avgjørelsen, jf. delkapittel 3.4.3, konkluderte domstolen med at det ikke var grunnlag for å påvise at partene innledet nye forhandlinger, ettersom ”materiellets utvikling” var marginal og det ikke kunne utelukkes at partene ved langvarige forhandlinger hensyntar;

”de nye teknologiske utviklinger, der er indtrådt under forhandlingsforløbet, uden at dette forhold hver gang skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten, der begrunder, at nye retsregler finder anvendelse.”<sup>166</sup>

Domstolen kom derfor til at endringen var uvesentlig. Det følger av dette at det ved komplekse kontrakter er adgang til å vektlegge teknologisk utvikling over flere år. Uttalelsene er fulgt opp i KOFA-praksis.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> KOFA-2012-206 premiss 32.

<sup>165</sup> Ibid. premiss 53-54.

<sup>166</sup> C-337/98 (*Matra*), premiss 51.

<sup>167</sup> Se eksempelvis KOFA-2004-16 premiss 132 og KOFA-2005-40 premiss 31.

KOFA vektla kontraktens varighet i KOFA-sak 2010/212. Saken gjaldt anskaffelse av laboratoriestyr og –tjenester. Spørsmålet var om en låneavtale om laboratoriestyr mellom oppdragsgiver og leverandør var en ulovlig direkte anskaffelse. Låneavtalen innebar en utvidelse av utstyr og tjenestetilbudet. Utvidelsen av utstyret medførte en samlet utgiftsøkning på 4,2 millioner kroner til fordel for leverandøren.

I vesentlighetsvurderingen påpekte klagenemnda at endring av kontraktens omfang som påvirker prisen ikke i seg selv er avgjørende, og at ”anskaffelsens art innebærer imidlertid et langvarig avtaleforhold, der det naturlig vil oppstå et behov for endringer og justeringer i løpet av kontraktperioden”. Videre vektlegges at utstyret har en levetid på minimum 10 år, og ”[d]et kan være vanskelig å forutsi prøvemengden ti år frem i tid”.<sup>168</sup> Avgjørelsen tilsier at handlingsrommet, altså kaken, for endringer i langvarige kontrakter hvor kontraktens gjenstand endres i tråd med den teknologiske utviklingen er stort. Dette er naturlig da det er vanskelig å forutse endringsbehov og formulere uttømmende endringsklausuler i langvarige kontrakter.<sup>169</sup>

Uttalelsene i *Matra* nyanseres i *Finn Frogne*, jf. delkapittel 3.3.3. Som nevnt gjaldt saken anskaffelse av en komplisert og langvarig kontrakt. EU-domstolen så imidlertid bort fra kontraktens kompleksitet, ettersom domstolen mente at oppdragsgiver burde ha tatt høyde for endringsrisikoen, samt innta endringsadgang i en endringsklausul.<sup>170</sup> Avgjørelsen illustrerer at komplekse og langvarige kontrakter ikke automatisk medfører at endringen tillates. Uttalelsene er fulgt opp i KOFA-praksis.<sup>171</sup> Selv om uttalelsene i *Finn Frogne* var strenge, må det bemerkes at klagenemnda i KOFA-sak 2017/127 påpekte at utgangspunktet likevel er at det kan gjøres endringer, jf. delkapittel 3.3.3.

Samlet sett viser gjennomgangen at kontraktens kompleksitet og varighet er momenter som kan tale for endringer, men at bruken må vurderes mot hvorvidt den teknologiske utviklingen virker inn på kontraktens innhold og oppdragsgivers mulighet til å forutse endringsbehovet. Dette er i tråd med LOA § 1 da det er lite hensiktsmessig at oppdragsgiver bruker tid på å identifisere alle mulige omstendigheter.

---

<sup>168</sup> KOFA-2010-212 premiss 39-40.

<sup>169</sup> Thue mfl. (2018) s. 1038.

<sup>170</sup> C-549/14 (*Finn Frogne*), premiss 36.

<sup>171</sup> Jf. KOFA-2017-127 premiss 43 og KOFA-2018-7 premiss 58-59.

### 3.5.4 Sammenligning

Analysene viser at kontraktens kompleksitet og varighet gjør det vanskeligere å forutse endringsbehov både før og etter kontraktinngåelse, noe som påvirker utformingen av konkurransegrunnlaget og kontrakten. På generelt grunnlag kan det konkluderes med at momentene kan brukes for å utvide handlingsrommet, altså kaken, på begge stadier.

Imidlertid er det uavklart hvorvidt kontraktens varighet er et moment før kontraktinngåelse, mens det blir vektlagt etter kontraktsinngåelse, gjerne i forbindelse med uforutsette omstendigheter.

Kontraktens kompleksitet er et moment både før og etter kontraktinngåelse. Etter kontraktinngåelse begrenses bruken av at EU-domstolen oppstiller visse krav til at oppdragsgiver regulerer endringsbehovene gjennom endringsklausuler, jf. delkapittel 3.3.3. Det kan derfor antas at bruken er mer begrenset etter enn før.

## 3.6 Formålsbetraktninger

### 3.6.1 Innledning

Som nevnt i delkapittel 1.4.1 sammenfaller ikke nasjonale og EU-rettslige overordnede anskaffelsesformål. I tillegg er det uenighet i litteraturen hvorvidt det har skjedd en glidning i EU-rettens anskaffelsesformål. Arrowsmith mener at formålet er å utvikle det indre markedet.<sup>172</sup> Dette er i motsetning til Gralles, som mener formålet er ”value for money”.<sup>173</sup> Gralles fremholder at formålet om det indre markedet etterhvert vil erstattes med andre samfunnshensyn, slik at anskaffelsespolitikken må endres i fremtiden.<sup>174</sup>

Uavhengig av formål er de grunnleggende anskaffelsesprinsippene i EU/EØS-retten og nasjonal rett sammenfallende, jf. delkapittel 1.4.1. KOFA har i enkelttilfeller vektlagt rimelighetsbetraktninger.<sup>175</sup> Spørsmålet er om hensynet til effektiv ressursbruk, SMB og miljø kan være momenter i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse.

---

<sup>172</sup> Arrowsmith (2014) s. 167.

<sup>173</sup> Graells (2015) s. 105 og 115.

<sup>174</sup> Graells (2015) s. 114.

<sup>175</sup> Jf. KOFA-2010-212 premiss 41 og KOFA-2011-259 og 2012-235 premiss 54.

## 3.6.2 Effektiv ressursbruk

### 3.6.2.1 Innledning

At effektiv ressursbruk er nasjonalt overordnet formål,<sup>176</sup> betyr at oppdragsgiver plikter å anvende regelverket på en måte som ivaretar formålet. I utgangspunktet skal det da ses hen til effektiv ressursbruk i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelsen.

Ofte kan det være vanskelig for oppdragsgiver å ivareta formålet og sikre grunnprinsippene samtidig, jf. delkapittel 1.4.1. Likebehandlings- og forutberegnelighetsprinsippene kan tilsi at endringer som medfører at potensielle leverandører og leverandører behandles forskjellig er vesentlige og må kunngjøres på nytt. Derimot kan effektiv ressursbruk tilsi at kostnads- og tidsspillet ved å kunngjøre kontrakten på nytt er uforholdsmessig stort, slik at endringen er uvesentlig, jf. forholdsmessighetsprinsippet. Det kan derfor være et spenningsforhold mellom formålet og grunnprinsippene.

### 3.6.2.2 Før kontraktinngåelse

Spørsmålet er om effektiv ressursbruk kan brukes som et moment i vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse.

Det er ingen EU-avgjørelser hvor effektiv ressursbruk fremheves som et moment i vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse.<sup>177</sup> I norsk praksis er effektiv ressursbruk brukt som et argument i LB-2016-39404 s. 11, og anført i KOFA-sak 2008/2, jf. delkapittel 3.2.2. KOFA-sak 2008/2 gjaldt endring av minstekrav i konkurransegrunnlaget. Innklagde anførte at endringene ikke var vesentlige, og bemerket at:

”Hva man vil oppnå gjennom en avlysning og ny konkurranse, må også vektlegges i vurderingen. I foreliggende sak ville klager ikke oppnådd noen ting, ettersom det i en ny konkurranse ville bli lagt til grunn nøyaktig de samme kravene som i den endrede kravspesifikasjonen. Ressursbruken [...] tilsier at konkurransen fullføres.”<sup>178</sup>

Oppdragsgiver anførte altså at effektiv ressursbruk tilsa at endringen var uvesentlig. Klagenemnda viste til at flere minstekrav var fjernet, og at endringene var avgjørende for hvilke maskiner som kunne tilbys. Klagenemnda var derfor uenig i anførselen, ettersom en endring

---

<sup>176</sup> LOA § 1.

<sup>177</sup> NOU 2014: 4 s. 66.

<sup>178</sup> KOFA-sak 2008/2 premiss 85.

av en betydelig del av anskaffelsen mest sannsynlig vil påvirke potensielle deltagere. Derfor var endringene vesentlige. Avgjørelsen illustrerer at det skal mye til for at hensynet til effektiv ressursbruk fører frem, spesielt ved endring av minstekrav.

Det er imidlertid ingen andre saker fra KOFA hvor effektiv ressursbruk anføres eller brukes som et moment. Det kan skyldes at det er begrenset hvor mye tid og ressurser som har gått med til anskaffelsen før tilbudsfristens utløp, sammenlignet med stadiet etter kontraktinngåelse.

Likevel fremheves det i NOU 2014: 4 s. 178 at ressursbruk kan vektlegges som et moment dersom leverandøren etter endringen ikke kan/vil levere påbegynt tilbud. Dette er naturlig fordi tids- og ressursbruken vil avhenge av anskaffelsens kompleksitet og anskaffelsesprosedyre, slik at kostnadene kan være høye allerede på kunngjøringstidspunktet. Eksempelvis er det tids- og kostnadskrevende å utforme et tilbud på Forsvarets F-35 jagerfly. Et annet poeng er at man ikke oppnår effektiv ressursbruk dersom forskjellsbehandling av leverandørene medfører at den med lavest pris diskrimineres.

Årsaken til at effektiv ressursbruk ikke vektlegges i EU-praksis kan være at det ikke tradisjonelt er et overordnet formål. Dersom Gralles synspunkter legges til grunn kan det imidlertid tenkes å være rom for å vektlegge effektiv ressursbruk i større grad enn tidligere, jf. delkapittel 3.6.1, noe som kan medføre at effektiv ressursbruk blir brukt som et moment av EU-domstolen i fremtiden. Det er behov for avklaring.

### **3.6.2.3 Etter kontraktinngåelse**

Heller ikke etter kontraktinngåelse er det EU-avgjørelser som eksplisitt hensyntar effektiv ressursbruk i vesentlighetsvurderingen. Likevel er effektiv ressursbruk ansett som et moment av KOFA i særlig to avgjørelser. Spørsmålet er hvordan effektiv ressursbruk brukt som et moment i praksis.

Den første avgjørelsen er KOFA-sak 2010/212, jf. delkapittel 3.5.3. I vesentlighetsvurderingen påpekte klagenemnda at utgiftene tilknyttet utvidelsen representerte økte inntekter for leverandøren av et betydelig beløp, som talte for vesentlighet. Likevel viste nemnda til KOFA-praksis hvor det fremgikk at ”endringer av kontraktsomfanget, som påvirker prisen, i seg

selv ikke kan være avgjørende”.<sup>179</sup> Videre påpekte nemnda at konkurranseutsettelse av kontrakten ikke ville ha ”sikret ’en mest mulig effektiv ressursbruk’ av offentlige midler”, jf. loven § 1”.<sup>180</sup> Klagenemnda vektla særlig at løsningen fremstod som ”hensiktsmessig og i tråd med lovens formål”, og fant endringen uvesentlig.<sup>181</sup>

Den andre avgjørelsen er KOFA-sak 2011/259 og 2012/235 om nødnettutbygging. Saken gjaldt om overdragelsen til underleverandøren var en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda foretok en vurdering med utgangspunkt i *Presstext*, hvor endring av kontraktspart som hovedregel er vesentlig,<sup>182</sup> og påpekte at det måtte foretas en sammensatt vurdering. Spørsmålet var om de ”konkrete forholdene i denne saken kan begrunne et unntak” fra hovedregelen i *Presstext*.<sup>183</sup>

I vesentlighetsvurderingen fremmet klagenemnda konsekvensene av at endringene anses som betydelige. Det er denne argumentasjonen som knytter seg til effektiv ressursbruk. Nemnda påpekte at endringene skyldtes leverandørens mislighold av kontrakten med både oppdragsgiver og underleverandøren, og at underleverandøren derfor ønsket å heve. Dersom underleverandøren hadde hevet kontrakten med leverandøren hadde det vært nærmest umulig for leverandøren å levere til tiden. Dette ville påført nødnettutbyggingen ytterligere forsinkelser og utgifter.<sup>184</sup> Selv om det ikke vises eksplisitt til § 1, er det bakenforliggende hensynet bak argumentasjonen effektivitetshensynet.

I helhetsvurderingen la nemnda avgjørende vekt på at mislighold ville medført ytterligere forsinkelser og utgifter på ca. 3-6 milliarder, samt økt sikkerhetsrisiko for befolkningen og den overtagende leverandørens vesentlige rolle som underleverandør ved kontraktinngåelsen.<sup>185</sup> I likhet med KOFA-sak 2010/212 tillegges effektivitetshensynet avgjørende vekt, slik at den klare hovedregelen om overdragelse til ny kontraktspart fravikes og endringen anses uvesentlig.

Samlet sett gir avgjørelsene inntrykk av at handlingsrommet, altså kaken, for endringer kan strekkes langt. Effektiv ressursbruk brukes i lys av forholdsmessighetsprinsippet, hvor kost-

---

<sup>179</sup> KOFA-2010-212 premiss 39, jf. KOFA-2010-179 premiss 66.

<sup>180</sup> Ibid. premiss 41.

<sup>181</sup> Ibid. premiss 42.

<sup>182</sup> KOFA-2011-259 og 2012-235 premiss 45-47, jf. C-454/06 (*Presstext*), premiss 40.

<sup>183</sup> KOFA-2011-259 og 2012-235 premiss 49.

<sup>184</sup> Ibid. premiss 51.

<sup>185</sup> Ibid. premiss 54.

nads- og tidsspillet ved ny kunngjøring avveies mot likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet. KOFA synes således å anvende effektiv ressursbruk som en rimelighetsbetraktning. Dette er i tråd med litteraturen.<sup>186</sup>

Avgjørelsen i *Nødnett* er imidlertid kritisert. I dag er overdragelse av kontrakt til ny leverandør regulert i § 28-1 bokstav e, som kun tillater overdragelse ved omstrukturering. Ettersom dette ikke var tilfellet i *Nødnett*-saken, er det stilt spørsmål til hvorvidt klagenemnda i dag hadde ansett de spesielle omstendighetene som sterke nok til å fravike regelverkets utgangspunkt.<sup>187</sup> Tilsvarende kritikk kan rettes mot KOFA-sak 2010/212, da betydelig utvidelse av kontraktsomfang og endring av kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren, er forbudt i § 28-2 bokstav b og c.

Etter min mening er det en viss risiko ved å fravike klare utgangspunkter fordi en ny kunngjøring medfører kostnads- og tidsforspillelser. Dette fordi de store aktørene ofte inngår kostnadsfulle og tidskrevende kontrakter. At effektiv ressursbruk kan begrunne at endringen er uvesentlig så lenge anskaffelsen er over en viss størrelse, kan medføre risiko for at momentet misbrukes som et "fri-kort" for å omgå regelverket. Dette kan igjen medføre at store aktører bevisst unnlater å dele opp anskaffelsen i delkontrakter, noe som vil redusere små og mellomstore bedrifters (SMB) adgang til større markeder. Dette er i strid med anskaffelsesdirektivet, hvor SMB er fremhevet,<sup>188</sup> og likebehandlingsprinsippet, noe som skal drøftes nærmere i delkapittel 3.6.3.

På den andre siden la klagenemnda i *Nødnett* ikke kun avgjørende vekt på effektiv ressursbruk, men også sakens spesielle omstendigheter tilknyttet sikkerhetsrisiko. Terskelen for å bruke effektiv ressursbruk som et "fri-kort" er derfor høy, og det skal mye til for at endringer ved mindre anskaffelser overstiger denne. Dette tilsier at det skal mye til for at effektiv ressursbruk medfører uvesentlighet.

I motsetning til KOFA synes EU-domstolen mer motvillig til å vektlegge effektiv ressursbruk.<sup>189</sup> *Finn Frogne* gjaldt som nevnt om en betydelig reduksjon av kontraktsverdien gjennom en forliksavtale var vesentlig, jf. delkapittel 3.3.3. EU-domstolen fastslo at;

---

<sup>186</sup> Thue mfl. (2018) s. 1039.

<sup>187</sup> Thomassen (2018) s. 68-69

<sup>188</sup> Se eksempelvis anskaffelsesdirektivet for talepremiss 2, 59, 78 og 124.

<sup>189</sup> Jf. C-318/94 (*Kommisjonen mot Tyskland*), premiss 18.

”hverken det forhold, at en væsentlig ændring af en offentlig kontrakts elementer [...] skyldes [oppdragsgivers og leverandørs] vilje til at finde en forligsmæssig løsning på objektive vanskeligheder, som er opstået i forbindelse med gennemførelsen af nævnte kontrakt, eller visse projekters objektivt usikre karakter, kan begrunde, at der træffes afgørelse om en sådan ændring uden overholdelse af ligebehandlingsprincippet, som skal komme enhver [...] potentielt interesseret i en offentlig kontrakt, til gode”.<sup>190</sup>

Domstolen legger i etterpåklokskapen stor vekt på likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippene, og tar ikke stilling til om effektiv ressursbruk kunne tilsi at en ny kunngjøring av en komplisert nødnettkommunikasjonsanskaffelse kunne ha talt mot vesentlighet.

*Finn Frogne* tilsier at EU-domstolen legger opp til en mer rigid anvendelse av regelverket. Imidlertid er avgjørelsen kritisert, jf. delkapittel 3.3.3, og det kan tenkes at EU-domstolen ikke bruker hensynet like aktivt som KOFA fordi de overordnede formålene ikke er identiske, jf. delkapittel 1.4.1 og 3.6.1. Det kan antas at KOFAs bruk av effektiv ressursbruk er uforenelig med EU/EØS-retten, noe det ikke er rom for å drøfte nærmere.

### **3.6.3 Små og mellomstore bedrifter**

I EUs ”Europa 2020”-strategi er offentlige anskaffelser fremhevet som et virkemiddel for å oppnå et indre marked,<sup>191</sup> og setter særlig fokus på SMBs markedstilgang. Dette reflekteres i anskaffelsesdirektivet, hvor ivaretagelse av SMB er et formål.<sup>192</sup> På grunn av det økende fokuset på SMB, ble det vedtatt flere bestemmelser som hensyntar SMB i FOA,<sup>193</sup> og hensynet er fremhevet i Meld. St. 22 (2018-2019).<sup>194</sup> Imidlertid er verken fortalen eller de politiske dokumentene rettslig bindende, og SMB er ikke eksplisitt fremhevet i anskaffelsesdirektivet eller LOA/FOA. Spørsmålet er om hensynet til SMB kan brukes som et moment i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse.

---

<sup>190</sup> C-549/14 (*Finn Frogne*), premiss 32.

<sup>191</sup> Europakommisjonen (2010) s. 10.

<sup>192</sup> Anskaffelsesdirektivet fortale premiss 2.

<sup>193</sup> Se eksempelvis FOA § 19-4, jf. NOU 2014: 4 s. 40 og 141, jf. Arrowsmith (2014) s. 203-204.

<sup>194</sup> Meld. St. 22 (2018-2019) s. 29, punkt 3.3.1.



Videre legges Statistisk sentralbyrås (SSB) definisjon av SMB til grunn, hvor skillet mellom mellomstore og store bedrifter er på 100 ansatte, og mellom små og mellomstore bedrifter er på 50 ansatte.<sup>195</sup>

Anskaffelsesdirektivet art. 18 nr. 2 og LOA § 5 regulerer flere samfunnshensyn, men nevner ikke SMB. Tittelen i § 5 inneholder imidlertid ”andre samfunnshensyn”. Ordlyden indikerer at reguleringen ikke er uttømmende, noe som også presiseres av Thue.<sup>196</sup> Dette er naturlig fordi det er vanskelig å nedfelle alle relevante samfunnshensyn. Sett i lys av at SMB er et formål i anskaffelsesdirektivet, tilsier dette at hensynet til SMB kan vektlegges i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse.

Likevel er ikke hensynet til SMB fremhevet i vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse i praksis, og det finnes lite praksis hvor hensynet er brukt etter kontraktinngåelse. Hensynet til SMB aktualiseres i *Finn Frogne*, jf. delkapittel 3.3.3. I vesentlighetsvurderingen viste EU-domstolen til tilfeller som var en vesentlig endring.<sup>197</sup> Hvorvidt endringen medførte at andre tilbudsgivere kunne deltatt, uttalte EU-domstolen at ”en reduktion af nævnte kontrakts omfang [vil] således ligeledes kunne gøre den interessant for mindre erhvervsdrivende”.<sup>198</sup>

EU-domstolen brukte altså SMB som moment i vesentlighetsvurderingen av verdireduksjonen. Selv om det er lite praksis tilsier uttalelsen at hensynet kan vektlegges som et moment i vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse.

På generelt grunnlag kan det antas at jo færre leverandører som deltar i konkurransen, jo mindre gode tilbud inngis. Derfor er det klart at kunngjøring av mindre konkurranser som SMB kan delta i er viktig for nasjonal verdiskapning, da det medfører økt konkurranse, jf. § 1.

Som nevnt er likebehandlings- og forutberegnelighetsprinsippene grunnprinsippene bak endringsreglene. I dette ligger det at potensielle leverandører og leverandører skal få like muligheter til å delta i konkurransen. SMB har ikke like stor kapasitet og kompetanse som større bedrifter. Den reduserte kapasiteten kan gjøre at SMB på stadiet mellom kunngjøring frem til tilbudsfristen basert på de kunngjorte anskaffelsesdokumentene, ikke kan/vil delta i omfattende og kompliserte konkurranser, eksempelvis bygg- og anleggsanskaffelser.<sup>199</sup> En hindring er

---

<sup>195</sup> SSB (2019).

<sup>196</sup> Thue mfl. (2018) s. 88.

<sup>197</sup> C-549/14 (*Finn Frogne*), premiss 28.

<sup>198</sup> Ibid. premiss 29.

<sup>199</sup> Departementene (2019) s. 39.

eksempelvis strenge kvalifikasjonskrav til finansiell kapasitet.<sup>200</sup> Hvis oppdragsgiver etter kunngjøringen lempet på kriteriene, kan det tenkes at dette kunne ha avstedkommet flere tilbud fra SMB. En slik endring medfører forskjellsbehandling, slik at regelverket i praksis er til hinder for å fremme SMB, selv om det også indikerer at SMB skal fremmes.<sup>201</sup> Dette er i strid med likebehandlingsprinsippet, og tilsier at oppdragsgiver skal tilrettelegge for at SMB får like forutsetninger for å delta.

Videre kan det tenkes at SMB som deltar i konkurransen ønsker å inngi tilbud, men ikke har kapasitet til å tilpasse tilbudet etter endringene før tilbudsfristens utløp. Dette tilsier at oppdragsgiver burde hensynta SMB i fastsettelse av tilbudsfristutsettelsen,<sup>202</sup> og at det kan brukes som et moment.

Etter kontraktinngåelse er vurderingstemaet i tillegg hvorvidt endringen kunne gjort det mulig å akseptere et annet tilbud enn det opprinnelige, jf. delkapittel 3.2.4. Dersom endringen medfører reduksjon av kontraktsomfanget, slik som i *Finn Frogne*, kan det tenkes at nedjusteringen kunne medført aksept av et annet tilbud.

Samlet sett tilsier likebehandlings- og konkurranseprinsippene at hensynet SMB kan hensyntas i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse, men rettstilstanden er uavklart.

### 3.6.4 Miljø

I både EUs og norsk anskaffelsesrett er det økt fokus på miljø. Dette ser man i ”Europa 2020”-strategien, som fremheves som anskaffelsesdirektivets bakteppe.<sup>203</sup> Miljøhensyn er derfor regulert i både anskaffelsesdirektivet og LOA/FOA,<sup>204</sup> men er ikke fremhevet i endringsbestemmelsene i verken anskaffelsesdirektivet eller FOA. Spørsmålet er om miljøhensyn kan brukes som et moment i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse.

I § 5 (1) første punktum fremgår det at oppdragsgiver skal innrette sin ”anskaffelsespraksis” for å bidra til å ”reducere skadelig miljøpåvirkning”, og ”fremme klimavennlige løsninger”. Etter bestemmelsens annet ledd kan oppdragsgiver stille krav og kriterier til ”ulike trinn i an-

---

<sup>200</sup> Jf. FOA § 16-3 (1) bokstav a.

<sup>201</sup> Arrowsmith (2014) s. 204.

<sup>202</sup> FOA § 14-2 (3), jf. § 20-1 (3), jf. anskaffelsesdirektivet fortale premiss 80.

<sup>203</sup> Europakommisjonen (2010) s. 14 og anskaffelsesdirektivet fortale premiss 2.

<sup>204</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 18 nr. 2, art. 70 annet punktum, jf. fortalen premiss 37, 40 og 41, LOA § 5 og FOA §§ 7-9 og 19-1 (1).

skaffelsesprosessen”, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som ”fremmer hensynet til miljø”.

Ordlyden oppstiller krav om ivaretagelse av miljøhensyn under hele anskaffelsesprosessen. Fortolkningen samsvarer med art. 18 nr. 2, og tilsier at oppdragsgiver skal vektlegge miljøhensyn ved bruken av §§ 14-2 (1) og 28-2 første punktum. Miljøhensyn kan derfor innfortolkes implisitt av formålsbestemmelsen.

Fortolkningen er i tråd med anskaffelsesdirektivets fortale premiss 88, hvor det forutsettes at adgangen til endringer i anskaffelsesdokumentene vedrørende kravspesifikasjoner om miljø, avhenger av om leverandøren kan forsikre at produktet oppfyller miljøkvalifikasjonskravene. Dette viser at miljøhensynet implisitt kan brukes som et moment i vesentlighetsvurderingen før kontraktinngåelse.

Imidlertid kan det tenkes at miljøhensynet fordrer en mer ressurskrevende anskaffelse, og således er i strid med formålet om effektiv ressursbruk. Dette fordi miljøvennlige løsninger ofte er mer innovative, og derfor kostnadsfulle. Formålet om effektiv ressursbruk og miljøhensynet kan derfor være motstridende, og det må foretas en forholdsmessighetsvurdering.<sup>205</sup> Likevel er ikke miljøvennlige løsninger alltid mer kostnadsfulle. Det avgjørende for hvor stort handlingsrommet, altså kaken, er avhenger således av kostnadsperspektivet. Miljøhensyn kan tale både for og imot vesentlighet.

EU-domstolen har behandlet miljøhensyn i flere saker, deriblant *Max Havelaar*.<sup>206</sup> Likevel har ikke miljøhensyn som moment i vesentlighetsvurderingen blitt eksplisitt anført.

I KOFA-sak 2011/179 er miljøhensyn anført vedørende endringer etter kontraktinngåelse. Saken gjaldt om endringskontrakter angående bygg- og anleggsarbeider var vesentlige. Klager anførte at endringene var en ulovlig direkte anskaffelse som kan ha medført ”at det i mindre grad er tatt hensyn til miljø enn dersom avtalene hadde vært kunngjort”.<sup>207</sup> Klagenemnda påpekte at anførselen om miljø ikke var selvstendig. Ut over dette nevnes ikke miljøhensyn, noe som kan forklares med at oppdragsgiver erkjente at endringene var vesentlige. Klagemedta foretok derfor ingen ytterligere vurdering. Selv om miljøhensynet ikke ble tatt

---

<sup>205</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 83.

<sup>206</sup> Se eksempelvis C-448/01 (*Wienstrom*) og C-368/10 (*Max Havelaar*).

<sup>207</sup> KOFA-2011-179, premiss 13.

stilling til eksplisitt, kan uttalelsen tolkes dithen at miljøhensyn kan være et moment i vesentlighetsvurderingen.

KOFA-sak 2015/27, gjaldt avtale om innsamlings- og transporttjenester. I kravspesifikasjonene var det krav om Euro-standard 4, men tildelte leverandør benyttet kjøretøy med Euro-standard 3. Spørsmålet var om oppdragsgivers manglende håndheving av kontrakten og dermed aksept, var vesentlig. Klagenemnda fant at kontraktgjennomføringen representerte et kontraktsbrudd, og uttalte at; ”[n]år det gjelder konkurransegrunnlagets krav om at tilbudte biler skulle oppfylle Euro-standard 4, fremstår dette som et sentralt miljøkrav.”<sup>208</sup> Slik kom klagenemnda til at bruken av kjøretøy med Euro-standard 3 var en vesentlig endring. Til tross for at miljøhensynet ikke benyttes eksplisitt i vesentlighetsvurderingen, legger klagenemnda avgjørende vekt på at kravet var et sentralt miljøkrav. Praksis åpner derfor opp for å vektlegge miljøhensyn som et moment i vesentlighetsvurderingen.

Konklusjonen er at miljøhensyn kan være et moment i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse, men det trengs en avklaring.

### **3.6.5 Sammenligning**

Analysene av formålene viser at det er få, men noen forskjeller før og etter kontraktinngåelse.

Effektiv ressursbruk er påberopt eller brukt som et moment i vesentlighetsvurderingen før og etter kontraktinngåelse, men som den nevnte KOFA-praksis illustrerer, er formålet strukket langt for å få til et rimelig resultat etter kontraktinngåelse. Selv om dette kritiseres, kan årsaken til at formålet brukes slik etter, men ikke før kontraktinngåelse, være at tids- og ressursbruken naturligvis er mer begrenset tidlig i anskaffelsesprosessen.

Bruk av effektiv ressursbruk som moment kan være negativt for SMB som er avhengig av kunngjøring av mindre anskaffelser for å få markedstilgang. Analysen viser at det er få forskjeller i bruken av hensynet til SMB før og etter kontraktinngåelse, og at tilsvarende betraktninger aktualiseres. Forskjellen er at EU-domstolen eksplisitt har vist til hensynet til SMB i vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse, mens det ikke finnes praksis om bruken før kontraktinngåelse. Da endringer etter kontraktinngåelse i tillegg skal vurderes ut fra om end-

---

<sup>208</sup> KOFA-2015-27, premiss 38.

ringen kunne medført aksept av annet tilbud, tilsier dette at handlingsrommet, altså kaken, er mindre.

Videre viser analysen at bruk av miljøhensyn er uavklart, men miljøhensynet er anført som et moment i vesentlighetsvurderingen etter kontraktinngåelse i KOFA-praksis. Det er imidlertid lite som tilsier at bruken av miljøhensynet vil være forskjellig før og etter kontraktinngåelse.

Samlet ses en tendens til bruk av andre samfunnshensyn som moment i vesentlighetsvurderingen i særlig KOFA-praksis, men at EU-domstolen er mer tilbakeholden. Årsaken kan være at EU-rettens overordnede formålet tradisjonelt er å fremme det indre markedet, slik at det ikke har vært rom for å vektlegge andre samfunnshensyn.

”Europe 2020”-strategiperioden går imidlertid mot slutten, og EU har i stor grad lykket med det indre markedet. Det kan derfor tenkes at anskaffelsesregelverket allerede er på vei over til et nytt overordnet formål, slik at det blir større rom for å vektlegge andre samfunnshensyn, jf. delkapittel 1.4.1 og 3.6.1. Jeg er derfor delvis enig med Graells betraktninger rundt at det indre markedet ikke er det reelle overordnede formålet lengre. Likevel kan hensynet til effektiv ressursbruk delvis være i strid med miljøhensynet. Mer miljøvennlige anskaffelser krever innovasjon, og de mest innovasjonsrike produktene og løsningene fremmes ofte av SMB. Jeg mener derfor at med det økende miljøfokus, blir kanskje en bærekraftig jord det overordnede anskaffelsesformålet i fremtiden. Det kan tenkes at dette gjør at kakens volum utvides, altså at handlingsrommet blir større.

# Litteraturliste

## Norske rettskilder

### Lover

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

Lov 16. juni 1999 nr. 69 Om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) (opphevet).

### Forskrifter

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 Om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften – FOA).

Forskrift 12. august 2016 nr. 975 Om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften).

Forskrift 12. august 2016 nr. 976 Om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften).

Forskrift 07. april 2006 nr. 402 Om offentlige anskaffelser (opphevet).

Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 Om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

### Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

Meld. St. 22 (2018-2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser.

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

Nærings- og fiskeridepartementet (2015) Nærings- og fiskeridepartementet, *Høringsnotat 2 – Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser*, 17. juni 2015. Lastet ned fra:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf>

(lest 08. desember 2019).

NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser – Forenk-

ling av det norske anskaffelsesregelverket.

Rettsavgjørelser

*Avgjørelser fra Høyesterett*

Rt. 2000 s. 1811 P.

*Avgjørelser fra underinstanser*

LB-2016-39404

Nemdspraksis

KOFA-2018-7	KOFA-2011-242
KOFA-2017-127	KOFA-2011-209
KOFA-2017-59	KOFA-2011-179
KOFA-2017-33	KOFA-2011-171
KOFA-2017-1	KOFA-2010-236
KOFA-2016-196	KOFA-2010-212
KOFA-2016-183	KOFA-2010-206
KOFA-2016-104	KOFA-2010-179
KOFA-2015-73	KOFA-2010-68
KOFA-2015-27	KOFA-2010-24
KOFA-2015-20	KOFA-2010-7
KOFA-2014-63	KOFA-2009-46
KOFA-2012-244	KOFA-2008-81
KOFA-2012-206	KOFA-2008-2
KOFA-2012-149	KOFA-2007-36
KOFA-2011-259 og KOFA-2012-235	KOFA-2005-40
KOFA-2011-306	KOFA-2004-16

## Internasjonale rettskilder

### Direktiver og traktater

Anskaffelsesdirektivet	Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.
TEUF	Traktaten Om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, Lisboa, 2007.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske samarbeidsområde, 2. mai 1992.

### Praksis fra EU-domstolen

Sak C-298/15	<i>Borta UAB v Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ</i>	ECLI:EU:C:2017:266.
Sak C-549/14	<i>Finn Frogne A/S v Rigspolitiet ved Center for Beredskapskommunikasjon</i>	ECLI:EU:C:2016:634.
Sak C-278/14	<i>SC Entreprise Focused Solutions SRL v Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia</i>	ECLI:EU:C:2015:228.
Sak C-345/13	<i>Karen Millen Fashions Ltd v Dunnes Stores and Dunnes Stores (Limerick)Ltd</i>	ECLI:EU:C:2014:2013.
Sak C-368/10	<i>Commission v Kingdom of the Netherlands</i>	ECLI:EU:C:2012:284.
Sak C-423/07	<i>Commission v. Kingdom of Spain</i>	ECLI:EU:C:2010:211.
Sak C-91/08	<i>Wall AG v Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.</i>	ECLI:EU:C:2010:182.
Sak C-250/07	<i>Commission v Hellenic Republic</i>	ECLI:EU:C:2009:338.



Sak C-157/06	<i>Commission v Italian Republic</i>	ECLI:EU:C:2008:530.
Sak C-454/06	<i>Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund)</i>	ECLI:EU:C:2008:351.
Sak C-394/02	<i>Commission v Hellenic Republic</i>	ECLI:EU:C:2005:336.
Sak C-496/99	<i>Commission v CAS Succhi di Frutta SpA</i>	ECLI:EU:C:2004:236.
Sak C-448/01	<i>EVN AG and Wienstrom GmbH v Republik Österreich</i>	ECLI:EU:C:2003:651.
Sak C-19/00	<i>SIAC Construction Ltd v County Civil of the County of Mayo</i>	ECLI:EU:C:2001:553.
Sak C-337/98	<i>Commission v French Republic</i>	ECLI:EU:C:2000:543.
Sak C-318/94	<i>Commission v Federal Republic of Germany</i>	ECLI:EU:C:1996:149.

#### Praksis fra EFTA-domstolen

Sak E-1/07	<i>Criminal proceedings v A.</i>
Sak E-4/01	<i>Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State.</i>

#### **Litteratur**

##### Bøker og artikler

Arrowsmith (2014)	Arrowsmith, Sue, <i>The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, Volume 1</i> , 3. utg., Sweet & Maxwell 2014.
Bakken og Nordby (2013)	Bakken, Espen og Thomas Nordby, <i>Offentli- ge anskaffelser</i> , Fagbokforlaget 2013.
Dragsten (2013)	Dragsten, Marianne H., <i>Offentlige anskaffel-</i>

- ser – regelverk, praksis og løsninger, Universitetsforlaget 2013.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utg., Fagbokforlaget 2018.
- Goller mfl. (2017) Goller, Morten mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2017.
- Goller og Kreyberg (2012) Goller, Morten og Karoline S. Kreyberg, ”Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket for offentlige anskaffelser”. *Tidsskrift for forretningsjus* 01/2012 (volum 18), s. 37-66.
- Graells (2015) Graells, Albert Sánchez, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2. utg., Hart Publishing Ltd 2015.
- Hartlev (2013) Hartlev, Kristian og Morten Wahl Liljenbøl. ”Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender”, *Public Procurement Law Review* 2013/2, s. 51-73.
- Poulsen (2012) Poulsen, Sune Troels. ”The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law”, *Public Procurement Law Review* 2012/5, s. 167-187.
- Simonsen (2016) Simonsen, Lasse, ”Endringer av kontrakter inngått av det offentlige: Art. 72 i direktiv

- 2014/24/EU”, i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), Fagbokforlaget, 2016, s. 415-442.
- Thomassen (2018) Thomassen, Kirti Mahajan, ”Når kan man bytte leverandør i anbudskontrakter?”, i *Moderne Transport*, 30. november 2018, s. 68-69. Lastet ned fra:  
<https://www.bull.no/wp-content/uploads/2018/11/Kronikk-Moderne-Transport-Kirti-2018.pdf> (sist lest 7. desember 2019).
- Thue mfl. (2018) Thue, Anders, Anne Buan mfl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: med kommentarer*, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2018.
- Annet
- Departementene (2019) Departementene, *Småbedriftslivet: Strategi for små og mellomstore bedrifter*, 25. august 2019. Lastet ned fra:  
<https://www.regjeringen.no/globalassets/departemente/nfd/dokumenter/vedlegg/smabedriftslivet-uu.pdf> (sist lest 08. desember 2019).
- Europakommisjonen (2010) Europakommisjonen, *EUROPE 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, Brussel, 03. mars 2010. Lastet ned fra:  
<https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLETE%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20-%20Europe%202020%20->

[%20EN%20version.pdf](#) (sist lest 08. desember 2019).

Nærings- og fiskeridepartementet (2017)

Nærings- og fiskeridepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*, november 2017. Lastet ned fra:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf> (sist lest 08. desember 2019).

SSB (2019)

Statistisk sentralbyrå, *Virksomheter*, 30. januar 2019. Lastet ned fra:

<https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/bedrifter> (sist lest 08. desember 2019).

### Leksikon

Torvund og Lie (2016)

Torvund, Olav og Markus Hoel Lie, ”Mislighold”, *Store Norske leksikon*, 26. april 2016. Lastet ned: <https://snl.no/mislighold> (sist lest 08. desember 2019).