



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av prøvegjennomføringssystem for nasjonale språkprøver, statsborgerskapsprøver og samfunnskunnskapsprøver for innvandrere i Norge. Klagers anførsel om vesentlig endring som følge av forsinket levering av systemet, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 11. mai 2026 i sak 2025/1866

Klager: Enovate AS

Innklaget: Direktoratet for høyere utdanning og kompetanse

Klagenemndas medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Christina Paludan Melson og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Direktoratet for høyere utdanning og kompetanse (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. desember 2022 en anskaffelse av prøvegjennomføringssystem for nasjonale språkprøver, statsborgerskapsprøver og samfunnskunnskapsprøver for innvandrere i Norge. Konkurransen ble gjennomført som en konkurransepreget dialog etter anskaffelsesforskriften § 13-2. Anskaffelsens verdi var estimert til mellom 90 og 192 millioner kroner ekskl. mva. Kontraktens varighet var angitt til 6 år, med opsjon på forlengelse i ytterligere 6 år. Søknadsfrist var 1. februar 2023.
- (1) Før søknadsfristens utløp mottok innklagede 8 forespørsler om å delta i konkurransen, herunder fra Enovate AS (heretter *klager*) og Open Assessment Technologies S.A. Av disse ble 5 leverandører valgt ut til å delta i konkurransen.
- (2) Det endelige konkurransegrunnlaget ble gjort tilgjengelig for leverandørene 8. september 2023. Frist for mottak av endelige tilbud var 16. oktober 2023, med planlagt tildeling i uke 47 og kontraktsignering i uke 49. Frist for mottak av tilbud ble senere utsatt til 31. oktober 2023.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 fulgte det at

«The objective of the procurement is to acquire a well-functioning digital solution for the administration, development, execution, and analysis of tests and examinations. The solution needs to be implemented and ready for use within the first quarter of 2025.»
- (4) Det var i punkt 2.3 «*Execution and time schedule*» gitt en «*tentative timeline for the steps in the procurement*», med en presisering av at «*Specific dates are indicative only*». I tabellen var tildeling av kontrakt angitt til uke 45 i 2023 og kontraktsignering i uke 48. I forbindelse med utsettelse av endelig tilbudsfrist, ble også planlagt tildeling utsatt til uke 47, og estimert kontraktsignering til uke 49.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) Det fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 5.5 («*Award criteria*») at kontrakten skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Quality*» (vektet 75-85 prosent) og «*Price*» (vektet 15-25 prosent). Tildelingskriteriene med tilhørende «*Sub criteria*» og «*Assessment group*» var illustrert ved følgende tabell:

Award criteria	Sub criteria	Assessment group	Group	
Quality (75-85%)	Solution	Functionality	S1	
		User-friendliness	S2	
		Technical, information security and personal data protection	S3	
	Understanding the assignment	Project and progress plan (development and risk assessment)	U1	
		Training	U2	
	Ability to deliver	Development, configuration and adaption of the solution	Service and Security management (invigilation, support)	Ab1
		Delivery of operations, maintenance, support and further development of the solution	Contractor-Customer relations (innovation, development, collaboration)	Ab2
			Service delivery	Ab3
Price (15-25%)	Development, configuration and adaption of the solutions	A. Fixed price for development B. Hourly rates	P1	
	Delivery of operations, maintenance, support and further development of the solution	A. Price per year, current volume B. Price per year, increased volume C. Price per year, decreased volume D. Hourly rates	P2	

- (6) Det var presisert følgende vedrørende underkriteriet «*Understanding of the assignment*»:

“The sub-criterion Understanding the assignment is divided into two assessment groups:

- *Project and progress plan (U1)*
- *Training (U2)*

The assessment group Project and progress plan (U1) is given more emphasis than Training (U2). For this sub-criterion, the difference between the two assessment groups is great: Project and progress plan (U1) is given considerably more emphasis than Training (U2).

*Assessment group **Project and progress plan (U1)***

Requirements 0080, 0090, 0105 and 0110 will be given the highest emphasis in the evaluation of Assessment group U1.

Requirement 0085 will be given the lowest emphasis in the evaluation of Assessment group U1.

Assessment group Training (U2)

The only requirement to be evaluated in this assessment group is requirement 0100”

- (7) Kravene i kravspesifikasjonen var delt inn i tre kategorier: A1 «*Minimum requirement*», A2 «*Minimum requirement and evaluation requirement*» og B «*Evaluation requirement*».
- (8) Leverandørene var bedt om å bekrefte «*Yes*» eller «*No*» på om de var i stand til å levere på disse kravene. For flere krav, blant annet krav 0080, skulle leverandørene også fylle ut kolonnen «*E/P/D*». Om denne kolonnen var det angitt følgende i spesifikasjonen:

«This column indicates the need for development to meet the requirement within delivery date. The bidder must respond “E”, “P” or “D” unless otherwise stated. Only one response shall be given for each requirement.

NB! *If the requirement cannot be met within the delivery date, the Contractor must answer No in the Y/N column. There are a few exceptions. These are clearly stated in the relevant requirements.*

E = Existing = *The requirement is already met by the Bidder or the Solution*

P = Partial = *The requirement is partially met by the Bidder or the Solution, but configuration or some development is still needed.*

D = Development = *To meet the requirement, new development is needed.*

For requirements where development is not relevant, the column says “N/A” (not applicable).

Note: The need for development will not be emphasized in the evaluation of the requirement, but will be seen in connection with SSA-T Appendix 4: “Project- and progress plan”.

- (9) Av krav 0025 (A1) under gruppe P1 fulgte det at

«The contractor shall provide a fixed price (based on an overall cost estimate) for development, configuration and adaptation of the solution until fully operational in March 2025, ref. requirement ID 0080.»

- (10) Det fremgikk av både konkurransegrunnlaget punkt 5.5 (gjengitt i avsnitt 5 over) og kontraktens bilag 7 «*Total price and pricing provisions*» at leverandørene skulle angi to ulike prislelementer: «*Fixed price*» og «*Hourly rates*». I bilag 7 var det også spesifisert at «*The fixed price shall be based on an overall cost estimate*», og at det var åpnet for en «*uncertainty tolerance*» på 20 prosent av fastprisen. Dersom fastprisen ble oversteget med mer enn 20 prosent, fulgte det av kontrakten at leverandøren skulle levere løpende timer til en rabattert pris for det gjenstående arbeidet.

- (11) Det fulgte av krav 0080 (A2) under gruppe U1 at

«The Contractor must provide an initial project and progress plan for meeting all the requirements by the specified delivery date. The initial project and progress plan must be outlined within the framework of the Customers overall project and progress plan as described in SSA Appendix 4.»

- (12) For å dokumentere dette kravet skulle leverandørene beskrive «*the initial project- and progress plan*» i SSA-T (Statens standardavtale om levering av programvare som utvikles eller tilpasses for kunden) bilag 4 «*Project and progress plan*». Dette bilaget inneholdt nærmere instruksjoner om hva leverandørens tilbudte prosjekt- og fremdriftsplan skulle inneholde:

«In accordance with the requirement ID 0080 in the Customers requirements (attachment 3), the Contractor must provide an initial project and progress plan for meeting all the requirements by the specified delivery date.

The initial project and progress plan must be outlined within the framework of the overall project and progress plan in the figure below.»

- (13) Denne figuren inneholdt en milepælsplan hvor det var angitt kontraktsignering primo desember 2023 og oppstart av «*Approval Phase*» medio november 2024. «*Official launch of solution. Staged deployment to ensure successful transition*» var angitt i perioden januar til juni 2025, med «*Delivery date*» i månedsskiftet mars/april 2025.

- (14) Det var videre i bilag 4 presisert at

«In the project and progress plan the Contractor shall draft their planned road map from their existing solution as it is when submitting the tender to the Contractor's solution is fully developed as the Contractor has committed to, by the delivery date.

The Contractor's Project and progress plan must include both development of new functionality to meet the requirements as well as acceptance and approval of the solutions already existing functionality.

The Contractor is also requested to assess the realism in the overall project and progress plan in relation to the development needs of their own solution, as well as the risks they perceive.»

- (15) Av bilag 4 fremgikk også at kontraktspartene i planleggings- og spesifikasjonsfasen blant annet skulle fokusere på «*specifying and finalizing a project and a progress plan based on the Supplier's initial project and progress plan*».

- (16) Av kontraktens punkt 2.1.1 «*Project and progress plan*», fulgte det at

«During the planning phase, the Contractor shall, in cooperation with the Customer, prepare a detailed project and progress plan within the framework defined by the overall plan in Appendix 4. The detailed project and progress plan shall define activities under the milestones defined by the general plan and describe the scope of the Customer's contribution to the project, including resource and time estimate. Those parts of the plan that concern the Customer's participation shall be approved by the Customer. This shall not affect the responsibility of the Contractor for the delivery of

the deliverables. If partial deliveries as described in clause 2.1.4 are used, this shall be stipulated in the plan.

The Contractor shall be responsible for keeping the plan updated in the case of changes. An updated version of the plan shall be available to both the Customer and the Contractor at any given time.»

(17) Av kontraktens punkt 2.5.3 «*Final approval – delivery date*», fulgte det at

«The first working day after the deliverables are, or are deemed to be, approved, is referred to as the delivery date.

The Customer shall enjoy, as of the delivery date, the warranty described in chapter 4.»

(18) I kontraktens punkt 3.1 «*Right to change the contents of the Agreement*» var det presisert at

«The Customer has the right to order changes, in the form of increases or reductions in the scope, nature, type, quality or delivery of the deliverables, as well as changes to the progress plan, provided that such changes fall within the scope of what the parties could have reasonably expected upon the conclusion of the Agreement.

However, the Contractor shall not be obliged to carry out additional work that represents, in aggregate, a net addition of more than fifteen (15) per cent to the original contract price, other than in the case of a disputed change order pursuant to clause 3.8»

(19) Før den endelige tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud, herunder fra klager og Open Assessment Technologies S.A. Ett tilbud ble avvist fra konkurransen.

(20) Den 21. desember 2023 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Open Assessment Technologies S.A (heretter *valgte leverandør*).

(21) Tildelingen ble påklaget av klager 10. januar 2024. Innklagede opprettholdt tildelingen 11. januar 2024.

(22) Innklagede måtte i forkant av kontraktsignering anskaffe en egnet signeringsløsning. Kontrakt med *valgte leverandør* ble inngått 25. februar 2024.

(23) Klage med påstand om avlysningsplikt som følge av uklart konkurransegrunnlag og ulovlig anvendelse av evalueringsmodell, ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. mai 2024. Klager fikk ikke medhold i sine anførsler i klagenemndas avgjørelse 17. desember 2024, jf. sak 2024/0854.

(24) Innklagede har informert om at det som følge av forsinkelser i konkurransegjennomføring og kontraktsignering, oppstod etterfølgende problemer med å koordinere *valgte leverandørs* og innklagedes organisasjoner, som igjen medførte forsinket levering av prøvegjennomføringssystemet.

(25) Som følge av disse forsinkelsene ble det den 8. mai 2024 signert en avtale om forlengelse av dagens prøvegjennomføringssystem med klager, som skulle vare ut 1. august 2025. Denne avtalen ble 25. juni 2025 forlenget til å gjelde frem til utløpet av august 2026.

- (26) Det ble i styringsgruppemøte for innklagedes prosjektgruppe den 27. mai 2024 orientert om at prosjektet, i dialog med valgte leverandør, hadde bestemt seg for å styre lanseringen mot september 2025 fremfor mars 2025, slik som var opprinnelig plan.
- (27) Våren 2025 ble det synlig for innklagede at valgte leverandør ikke kom til å klare å levere prøvegjennomføringssystemet innen den avtalte fristutsettelsen fra mars til september 2025. Innklagede sendte derfor et reklamasjonsbrev med varsel om at det kunne bli aktuelt å iverksette misligholdsbeføyelser, og ba valgte leverandør fremsette avviksplan for å begrense forsinkelsen i størst mulig grad.
- (28) Den 20. juni 2025 kommuniserte valgte leverandør at det estimerte totalbudsjettet i stor grad var oppbrukt og at en betydelig kostnadsoverskridelse ville oppstå for å fullføre implementeringsprosjektet.
- (29) Den 3. juli 2025 sendte innklagede et nytt reklamasjonsbrev hvor det ble påberopt kontraktsbrudd på grunnlag av manglende prosjektstyring, uforsvarlig drift, manglende rapportering og kostnadskontroll, mangelfulle leveranser og forsinkelse. Det ble i tillegg varslet om misligholdsbeføyelser i form av tilbakehold av betaling for kostnader påløpt i april, mai og juni 2025, totalt 15 millioner kroner ekskl. mva., at innklagede forbeholdt seg retten til å fremme krav om prisavslag og erstatning, og at det ble vurdert heving.
- (30) Fra juli 2025 og fremover ble det avholdt en rekke møter på ledelsesnivå mellom innklagede og valgte leverandør. Det ble avtalt at kontrakten skulle videreføres uten ytterligere kostnader utover allerede påløpte kostnader til og med juni 2025. Beløpet på 15 millioner kroner ble fortsatt holdt tilbake, men med enkelte delutbetalinger ved oppnådde milepæler.
- (31) Som følge av fortsatt manglende levering, varslet innklagede i e-post 12. desember 2025 på nytt at de forbeholdt seg retten til å kreve erstatning for det samlede økonomiske tap som følge av forsinkelsen.
- (32) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. desember 2025. På tidspunktet for klagebehandlingen er valgte leverandørs prøvegjennomføringssystem etter det opplyste fremdeles ikke levert.
- (33) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. april 2026.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (34) Innklagede har ved å akseptere vesentlig forsinket leveranse foretatt en vesentlig endring av kontrakten med valgte leverandør i strid med anskaffelsesregelverket. Endringen omfattes ikke av lovlige unntak for kontraktsendringer, og dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (35) Innklagede har gjentatte ganger forlenget avtalen med klager, som er tidligere/eksisterende leverandør, senest 25. juni 2025 med forlengelse til 31. august 2026. Dette understøtter at forsinkelsen ved valgte leverandørs leveranse ikke er håndtert som en kortvarig overgang, men som en vedvarende løsning for å dekke samme operative behovet som den nye kontrakten skulle dekke. Dette viser at leveringsforutsetningene som lå til grunn for konkurransen, er fraveket.

- (36) Det var i konkurransegrunnlaget fastsatt et ufravikelig krav om at systemet skulle være i full produksjon innen 1. januar 2025. Gitt løsnings kompleksitet, omfanget av funksjonalitet og innklagede sin etablerte årssyklus for prøver, innebar dette i realiteten at store deler av systemet måtte være i stabil full produksjon lenge før denne datoen. For at prøver skulle kunne planlegges, settes opp, gjennomføres, vurderes og kvalitetssikres i tråd med kravene, måtte sentrale deler av løsningen være operative senest høsten 2024. Levering innen 1. januar 2025 forutsatte dermed at løsningen allerede var reelt ferdigstilt og produksjonsklar i god tid før årsskiftet 2025.
- (37) Dette understøttes av konkurransedokumentene. I kravspesifikasjonen presiseres det at dersom et krav ikke kan oppfylles innen leveringsdato, skal leverandøren svare «No» i Y/N-kolonnen. Det gis ingen generell adgang til å levere etter leveringsdatoen. Evalueringen av kvalitet og risiko bygget dermed på en forutsetning om faktisk leverbarhet innen den angitte tidsrammen.
- (38) Videre fremgår det at behov for utvikling (E/P/D) kun er akseptabelt forutsatt at kravet kan oppfylles innen leveringsdato, og at prosjekt- og fremdriftsplanen nettopp skal dokumentere realismen i dette, jf. SSA-T Appendix 4 – Project and progress plan.
- (39) Av tildelingsmeldingen fremgår det at vurdering av kvalitet og risiko, herunder evne til å levere innen fastsatt tidsramme, var en sentral del av evalueringen, og at valgte leverandør ble vurdert å ha lavere risiko enn klager, til tross for at klager hadde levert tilsvarende system stabilt og over lang tid.
- (40) Det fremgår uttrykkelig av anskaffelsesprotokollen og endelig konkurransegrunnlag at løsningen skulle være implementert og klar for bruk i første kvartal 2025. Tilsvarende fremgår av orienteringsmøte 6. januar 2023. I endelig konkurransegrunnlag er viktigheten av å inngå kontrakt med en robust og pålitelig leverandør understreket.
- (41) Det vises også til oppdragsgivers markedsdialog i forkant av konkurransen, herunder RFI gjennomført i 2021. Denne dokumenterer at oppdragsgiver allerede på et tidlig tidspunkt var kjent med både kompleksiteten i anskaffelsen og behovet for at ny løsning måtte være tilgjengelig innen et gitt tidsrom. Dette samsvarer også med den praktiske realiteten for gjennomføring, hvor planlegging, påmelding og klargjøring skjer i god tid før selve prøveperiodene.
- (42) Det vises videre til offentlig tilgjengelig informasjon publisert på innklagedes nettsider, hvor det fremgår at nytt prøvesystem skal implementeres høsten 2025, og at utvikling og testing pågår gjennom 2024. Disse uttalelsene er gitt før kontraktsfestet leveringsdato 1. januar 2025, og bekrefter etter klagers syn at oppdragsgiver på dette tidspunktet allerede hadde akseptert at løsningen ville være ferdigstilt eller satt i full produksjon innen den fristen som konkurransen var basert på.
- (43) Samlet viser dette at levering innen fastsatt dato var et grunnleggende premiss for konkurransen, og ikke et fleksibelt mål.
- (44) Leveringstid er generelt et sentralt moment for leverandørers beslutning om å delta i konkurranser av denne typen, særlig der det er tale om komplekse systemleveranser med betydelig utviklings- og implementeringsbehov. Når leveringstidspunktet i praksis forskyves vesentlig etter kontraktsinngåelse kan dette ha betydning for konkurransen, og hvilke leverandører som hadde reell interesse i å delta.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (45) Kontrakten er ikke vesentlig endret, og det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (46) Det bestrides ikke at innklagede og valgte leverandør i planleggingsfasen etter oppstart avtalte forskyvninger sett opp mot den foreløpige tidsplanen som lå i implementeringskontrakten. Den avtalte forskyvningen var på cirka seks måneder.
- (47) Den 1. januar 2025 er ikke en dato som er kommunisert i konkurransen, og det foreligger heller ikke noen annen dato som var angitt som et krav. Det er følgelig ikke fastsatt noe absolutt krav om en spesifikk leveringsdato i konkurransen, og levering innen en konkret dato utgjorde følgelig heller ikke en grunnleggende forutsetning i konkurransen.
- (48) Det anføres primært at den avtalte forskyvningen av tidslinjene i den foreløpige prosjektplanen er en «endring» som det var åpnet for i konkurransebestemmelsene, og som ble avtalt i medhold av kontraktbestemmelsene. Slik implementeringskontrakten var kunngjort i markedet, var det synlig og klart forutsatt gjennom kontraktens bestemmelser og system at det kunne oppstå variasjoner i den nærmere utviklingen av kontraktens forløp med tanke på leveransedato. Endringen er dermed ikke vesentlig etter anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav a.
- (49) Subsidiært, forutsatt at kontrakten ikke ga en eksplisitt hjemmel for å avtale den aktuelle forskyvningen i tidslinjen, anføres det at forskyvningen uansett skyldtes uforutsette omstendigheter, og dermed ikke er vesentlig etter anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav d. Den aktuelle forskyvningen ble avtalt som en konsekvens av «følgefeil» som oppsto som følge av forhold som var utenfor oppdragsgivers og valgte leverandørs kontroll.
- (50) Atter subsidiært anføres det at forskyvningen i alle tilfeller ikke er vesentlig etter anskaffelsesforskriften § 28-2. Både forholdene som nevnt over, ytelsen som skulle leveres, og det aktuelle markedet for konkurransen, innebærer at det ikke er holdepunkter for at forskyvningen ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt i konkurransen om endringen var kjent på konkurransetidspunktet. Evalueringen og tildelingen i konkurransen illustrer også at leveringstid ikke var avgjørende, og at oppdragsgiver ikke kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør dersom den aktuelle forskyvningen hadde vært kjent.
- (51) Samlet innebærer dette at det ikke foreligger en «vesentlig endring» av kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

- (52) Klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I saker som gjelder ulovlig direkte anskaffelser gjelder det ikke krav om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (53) Konkurransen gjelder anskaffelse av et digitalt prøvegjennomføringssystem for nasjonale språkprøver, statsborgerskapsprøver og samfunnskunnskapsprøver, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i konkurransegrunnlaget, men er i protokollen estimert til mellom 90 og 195 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter *loven*) følger anskaffelsen forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter *forskriften*) del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (54) Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Som grunnlag for denne påstanden er det anført at innklagede har vesentlig endret kontrakten som følge av utsatt leveringstidspunkt.
- (55) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (56) Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom kontraktspartene er regulert av kontraktsretten. Et unntak er dersom avtalen endres på en slik måte at innholdet i kontrakten blir «*vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten*», jf. forskriften § 28-2. Dersom det foretas vesentlige endringer av kontrakten, skal dette anses som en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort i henhold til regelverket, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/658 avsnitt 71 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (*Presstext*) avsnitt 34. I disse tilfellene vil den vesentlig endrede kontrakten utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (57) Det er opplyst at leveransen av valgte leverandørs prøvegjennomføringssystem fremdeles ikke er gjennomført. Innklagede har forklart at forsinkelsen i leveransen både har skjedd gjennom en avtalt utsettelse av leveringstidspunkt fra mars til september 2025, på bakgrunn av forsinkelser i konkurransegjennomføringen og kontraktsigneringen, og senere gjennom ytterligere forsinkelser som innklagede har behandlet som mislighold.

Lovligheten av den avtalte forsinkelsen på 6 måneder

- (58) Klagenemnda vil først ta stilling til lovligheten av den avtalte forskyvningen i leveringstidspunkt fra mars til september 2025.
- (59) Innklagede har argumentert for at det i kontrakten var lagt opp til en tentativ fremdriftsplan, og at endringsavtalen derfor er i tråd med hovedavtalen. Klagenemnda forstår dette som en anførsel om at den avtalte forskyvningen i leveransetidspunktet ikke innebærer en endring av kontrakten.
- (60) Det var i konkurransens bilag 4 «*Project and progress plan*» inntatt en figur hvor det var lagt opp til kontraktsinngåelse primo desember 2023, og angitt en «*Delivery date*» i månedsskiftet mars/april 2025. Bilaget inneholdt videre en oversikt over ulike faser i prosjektet, «*Planning and Specification Phase*», «*Development Phase*», «*Acceptance Test Phase*» og «*Approval Phase*». Av kravspesifikasjonens krav 0080 fulgte det at leverandørene skulle levere en «*initial project and progress plan for meeting all the requirements by the specified delivery date*», og at denne planen skulle utarbeides innenfor rammene av innklagedes fremdriftsplan i bilag 4.
- (61) Klagenemnda har ikke fått fullt innsyn i valgte leverandørs fremdriftsplan, men det er oppgitt at planlagt fremdrift var i tråd med fremdriftsplanen i konkurransebestemmelsene.
- (62) Begrepet «*delivery date*» er i kontrakten ikke knyttet opp mot en konkret dato, men er definert som den første virkedagen etter at leveransen er, eller anses for, godkjent etter gjennomført godkjenningsperiode. Av figuren i bilag 4 fremgår det at godkjenningsperioden («*approval phase*») strekker seg frem til utløpet av juni 2025. Dette underbygger etter klagenemndas vurdering at milepælene som var angitt i figuren,

ikke var absolutte, og at det dermed ikke var oppstilt et uttrykkelig krav om levering månedsskiftet mars/april 2025.

- (63) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, var det også naturlig for potensielle leverandører å anta at det kunne skje enkelte justeringer i fremdriftsplanen. Blant annet var leverandørene i instruksjonen for utfylling av initiell prosjekt- og fremdriftsplan i kontraktens bilag 4 bedt om å redegjøre i tilbudene sine for risikoelementer knyttet til den initielle tidsplanen. Leverandøren er også i kontraktens punkt 2.1.1 «*Project and progress plan*» gitt ansvar for å holde fremdriftsplanen oppdatert i tilfelle endringer. Også prismodellen legger opp til en viss fleksibilitet med hensyn til leveringstidspunkt, ved at det er lagt opp til at leverandørene skulle levere timer til rabatterte timepris ved overstigelse av målpris, uten at det var angitt en absolutt prisgrense.
- (64) Klagenemnda mener likevel det er nærliggende at konkurransegrunnlaget må forstås slik at det var viktig med levering til et visst tidspunkt. Det vises i den forbindelse særlig til beskrivelsen i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 om at løsningen «*needs to be implemented and ready for use within the first quarter of 2025*», og krav 0025 hvor leverandørene var bedt om å gi et prisestimat «*for development, configuration and adaptation of the solution until fully operational in March 2025*». At kontraktens punkt 11.5.1 om rett til erstatning ved forsinkelser henviser til fremdriftsplanen i kontraktens bilag 4, viser også tydelig at fremdriftsplanen var ment å sette forpliktende rammer rundt leveringstidspunktet. Det fremstår på denne bakgrunn som klart for nemnda at seks måneders forsinkelse ligger utenfor de justeringsmuligheter som ligger innenfor kontrakten. Se også til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/29, hvor det også var oppstilt en tentativ fremdriftsplan, men hvor klagenemnda likevel ikke fant det rimelig å forstå grunnlaget som at det åpnet for en flere måneder lang forskyvning av leveringstidspunktet.
- (65) Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at forskyvningen av leveringstidspunktet utgjør en endring av rammeavtalen.
- (66) Det neste spørsmålet er om endringen kan betraktes som lovlig etter noen av bestemmelsene i forskriften § 28-1.
- (67) Innklagede har for det første anført at den avtalte forsinkelsen er lovlig etter anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav a, som gir oppdragsgiver en rett til å foreta endringer «*etter en endringsklausul som nevnt i § 19-1 annet ledd*» uten å gjennomføre en ny konkurranse.
- (68) Utgangspunktet etter forskriften § 19-1 (2) første punktum er at oppdragsgiver kan fastsette endringsklausuler. Endringsklausulen må klart angi «*hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår*», jf. forskriften § 19-1 (2) andre punktum. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 72 nr. 1 bokstav a i direktiv 2014/24/EU, som angir at revisjonsklausuler skal være «*klare, tydelige og utvetydige*». Formålet med bestemmelsen er å legge til rette for at oppdragsgiver har fleksibilitet til å tilpasse kontrakten under kontraktsperioden. Klarhetskravet i andre punktum skal forhindre at oppdragsgiver får et ubegrenset spillerom, jf. fortalen til direktiv 2014/24/EU avsnitt 111. Nemnda har tidligere lagt til grunn at kravene som gjelder for endringsklausuler, tar sikte på å motvirke at oppdragsgivere forsøker å unngå kunngjøring av nye konkurranser gjennom vide og generelle endringsklausuler, se klagenemndas avgjørelse i sak 2023/1223 avsnitt 45.

- (69) Klagenemnda vil først vurdere om endringsklausulen i kontraktens punkt 3.1, gjengitt i sin helhet i avsnitt 19 over, klart angir «*hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår*». Dette er kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at klausulen skal være lovlig.
- (70) Bestemmelsen i kontraktens punkt 3.1 gir innklagede en rett til å pålegge endringer i form av blant annet endringer i fremdriftsplanen, under forutsetning av at dette faller «*within the scope of what the parties could have reasonably expected upon the conclusion of the Agreement*.» Videre følger det av bestemmelsens annet ledd at innklagede ikke kan pålegge leverandøren endringsarbeider utover 15 prosent av kontraktssummen.
- (71) Det følger altså klart av bestemmelsen at den omfatter endringer i fremdriftsplanen. Videre er det også et vilkår for å kunne pålegge slike endringer, at endringene faller innenfor det som partene med rimelighet kunne påregne ved kontraktsinngåelsen. Dette setter også en begrensning på omfanget av de endringene som kan hjemles i bestemmelsen, i tillegg til grensen på 15 prosent av kontraktssummen. Etter klagenemndas vurdering angir dermed endringsklausulen klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Bestemmelsen oppfyller dermed kravene som følger av forskriftens § 19-1.
- (72) Klagenemnda går så videre til å vurdere hvorvidt forsinkelsen på 6 måneder faller inn under endringsklausulen i kontraktens punkt 3.1.
- (73) Som gjennomgått i avsnitt 63 over, var det etter klagenemndas vurdering påregnelig for leverandørene at det kunne skje visse endringer i fremdriftsplanen. Sett opp mot kontraktens varighet på maksimalt 12 år, utgjør forsinkelsen på seks måneder cirka fire prosent. Dette går klart ikke utover det partene med rimelighet kunne forvente ved inngåelsen av kontrakten. Nemnda finner det heller ikke sannsynlig at den øvre grensen på 15 prosent av kontraktens verdi, som utgjør mellom 13,5 og 28,2 millioner kroner, skal ha blitt overskredet ved endringen.
- (74) Klagenemnda er etter dette kommet til at den avtalte forsinkelsen på seks måneder, er omfattet av endringsklausulen i kontraktens punkt 3.1. Endringen faller dermed inn under en lovlig endringsklausul etter forskriftens § 28-1 bokstav a jf. 19-1 (2).

Lovligheten av de etterfølgende forsinkelsene

- (75) Klagenemnda går så videre til å vurdere om de etterfølgende forsinkelsene av leveringen må likestilles med at kontrakten er vesentlig endret.
- (76) For at oppdragsgivers mangelfulle oppfølging av leverandørens mislighold skal innebære brudd på anskaffelsesregelverket, kreves det at den mangelfulle oppfølgingen kan likestilles med at kontrakten er vesentlig endret, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2023/695 med videre henvisning til sak 2020/963 avsnitt 62. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en oppdragsgiver må ha et vidt skjønn i hvordan misligholdsanksjonene anvendes ved kontraktsoppfølgingen, så lenge man ikke aksepterer at den økonomiske balansen i kontrakten endres, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2023/230 avsnitt 71. Dette gjelder særlig ved forsinkelser, der man ikke har en kvalitativ endring av leveransen. En offentlig oppdragsgiver må, på linje med andre avtaleparter, kunne gjøre en vurdering av hvilke beføyelser som er hensiktsmessige i den aktuelle saken. Håndhevelsen må samtidig skje innenfor rammene av anskaffelsesrettens

endringsregler, slik at avtalen ikke endres slik at et annet tilbud ville blitt valgt i den opprinnelige konkurransen, eller at den økonomiske balansen i kontraktsforholdet endres.

- (77) Valgte leverandørs system er per dags dato enda ikke levert, og det er dermed på det rene at det er skjedd ytterligere forsinkelser utover de opprinnelig avtalte seks månedene. Innklagede har opplyst at de etterfølgende forsinkelsene er fulgt opp over tid gjennom en omfattende dialog med valgte leverandør. Det ble rettet et reklamasjonsbrev til valgte leverandør i mars/april 2025, da innklagede ble oppmerksom på at den utsatte leveringsfristen i september 2025 ikke ville bli innfridd. I brevet ble det varslet at leveransen ble ansett som forsinket, og valgte leverandør ble også pålagt å fremlegge en avviksplan for å begrense forsinkelsen i størst mulig grad. Innklagede forbeholdt seg retten til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser. Senere ble det også varslet om tilbakehold av betaling for påløpte kostnader til totalt 15 millioner kroner for månedene april, mai og juni 2025. Av det tilbakeholdte beløpet er det hittil utbetalt 2,5 millioner kroner i form av delutbetalinger ved oppnåelse av visse milepæler. Det gjennomføres ukentlige oppfølgingsmøter, og leverandøren arbeider nå uten å motta vederlag.
- (78) Partene har inngått kontrakt på bakgrunn av SSA-T, som gir grunnlag for å gjøre gjeldende en rekke misligholdsbeføyelser ved mislighold fra leverandørens side. Mulige misligholdsbeføyelser under kontrakten er tilbakehold av betaling, dagbøter, prisreduksjon, og hevingsrett der det foreligger "*material breach of contract*". Kontrakten gir også rett til å kreve erstatning for direkte tap.
- (79) Det dreier seg i det foreliggende om en lang forsinkelse, totalt opp mot halvannet år. Klagenemnda vil likevel bemerke at det er snakk om en kompleks anskaffelse, hvor produktet skulle utvikles etter tildeling, og det følgelig var gitt visse muligheter for å justere leveringstidspunkt, som påpekt i drøftelsen i avsnitt 63 over. Spesielt i slike tilfeller må oppdragsgiver ha et handlingsrom med tanke på hvordan misligholdsanksjonene anvendes ved kontraktsoppfølgingen, så lenge den økonomiske balansen i kontraktsforholdet ikke endres.
- (80) Klagenemnda legger til grunn at innklagede gjennom hele kontraktsperioden aktivt har fulgt opp valgte leverandør og leveransen av prøvegjennomføringssystemet, i tråd med misligholdsbeføelsene i kontrakten. Dette er blant annet gjort gjennom å holde mulighetene for å fremme erstatningskrav ved like, tilbakehold av betaling for gjennomført arbeid og ukentlige møter og oppfølging. Selv om det etter det opplyste ikke er gjort gjeldende dagbøter, slik kontrakten åpner for, kan ikke nemnda se at dette kan ha hatt en innvirkning på den økonomiske balansen i kontrakten, da det vil gjøres fradrag for utbetalte dagbøter i et eventuelt erstatningskrav. Innklagede har dermed fortsatt misligholdsanksjoner i behold før det endelige oppgjøret. I likhet med klagenemndas avgjørelse i sak 2023/230, hvor det også var varslet om misligholdsanksjoner og endelig oppgjør ikke var gjort opp, kan klagenemnda dermed ikke legge til grunn at kontraktens økonomiske balanse er endret.
- (81) Etter klagenemndas vurdering, foreligger det ikke manglende håndhevelse av kontrakten fra innklagedes side. Det foreligger dermed ikke en vesentlig endring av kontrakten.

Konklusjon:

Direktoratet for høyere utdanning og kompetanse har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur