



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for ombygging av uteområder ved Stigeråsen skole. Klager anførte at innklagede hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å godta et tilbud med et vesentlig avvik, og dermed vesentlig endre den opprinnelige kontrakten. Klager anførte også at forsinkelsen i prosjektet medførte at innklagede hadde gjort en vesentlig endring av kontrakten. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 23. april 2026 i sak 2025/1898

Klager: Anleggsgartner Nordengen AS

Innklaget: Skien kommune

Klagenemndas

medlemmer: Christina Paludan Melson, Sverre Nyhus og Hanne Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Skien kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. juni 2025 på Doffin en konkurranse for ombygging av uteområder ved Stigeråsen skole. Tilbudsfrist var 15. august 2025.
- (2) Om anskaffelsesprosedyren var det opplyst følgende:

«Anskaffelsen gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) FOR 2016-08-12-974. del I og del II. Kontraktstildeling vil bli foretatt etter prosedyren åpen anbudskonkurranse, jfr. FOA § 13-1(1).

Det oppmerksom [sic] på at tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene skal avvises etter forskrift om offentlige anskaffelser § 24-8(1) b. Oppdragsgiver kan avvise tilbud som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige, jfr. forskriftens § 24-8(2) a.»

- (3) Kontrakt skulle tildeles basert på tildelingskriteriene «Pris», vektet 40 prosent, «Løsningsforslag», vektet 30 prosent, og «Miljø», vektet 30 prosent. Dokumentasjonskravet for «Løsningsforslag» var «Tegninger av løsningsforslag og tegninger av apparater». Dokumentasjonskravet for «Miljø» var «Produktdokumentasjon». Om evalueringen av dette kriteriet fremgikk det at det skulle «vurderes på levetid og CO2 utslipp for produksjon av apparater.»
- (4) Konkurransegrunnetilbudets vedlegg inneholdt en nærmere beskrivelse av arbeidet som skulle gjennomføres, og også et flyfoto av Stigeråsen skole, hvor fire forskjellige soner av uteområdet som skulle ombygges, var markert. For hver av de fire sonene var det angitt hva som skulle etableres av aktiviteter. Sone 4 var angitt med overskriften «Sone 4

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

opsjon». For sone 1, 2 og 3 var det angitt at «*Nødvendig grunnarbeid skal være inkludert i prisen*».

(5) I sone 1 skulle det etableres «*Hinderløype/Klatrestativ*» og «*Hinderløype/Klatreelement*», benevnt henholdsvis post 1.1 og 1.2. I sone 3 skulle det etableres «*Klatrestativ*» og «*Huskestativ*», benevnt henholdsvis post 3.1 og 3.2. I sone 4 skulle det etableres «*Klatrenett*», benevnt 4.1.

(6) For samtlige av disse, med unntak av «*Huskestativ*», var det blant annet angitt følgende krav:

«Skal være sertifisert i henhold til NS EN 16630 eller NS EN 16899 i tillegg til NS EN 1176»

(7) For «*Huskestativ*» i sone 3 var det i stedet angitt:

«Skal være sertifisert i henhold til NS EN 1176»

(8) Den 3. juli 2025 ble det gjennomført befaring av området, hvor Uniqa AS, Håkonsen Og Sukke Landskapsentreprenør AS og Anleggsgartner Nordengen AS deltok. Av referatet fremgikk blant annet:

«Arbeid må være slutført før vinterperioden, altså høst 2025. [...]

Alle elementer som det gis tilbud på skal være godkjent i forhold til spillemiddelordningen. Dokumentasjon på dette skal legges ved for hvert element. Lekehuset faller utenfor. [...]

Område 1:

- Opsjon gummidekke 1 – i tilfelle det er overflate montering som må til så er det kun gummidekke som er godkjent fallunderlag*
- Sone 1 og 2 skal henge sammen, men med tydelig skille mellom sonene. [...]*
- **Antar overflatemontering pga grunnforhold***

(9) Før tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud, fra Uniqa AS, Håkonsen Og Sukke Landskapsentreprenør AS og Anleggsgartner Nordengen AS (heretter *klager*).

(10) Den 5. september 2025 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Uniqa AS (heretter *valgte leverandør*). Klagers tilbud ble rangert som nummer tre.

(11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen den 10. september 2025. Innklagede besvarte klagen 11. september 2025, og tok den ikke til følge.

(12) Den 14. september 2025 sendte klager en klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser med anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist fordi tilbudet ikke inneholdt sertifikater som viste at tilbudte apparater var sertifiserte, se sak 2025/1299.

- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 17. september 2025. I kontrakten fremgikk det at «Igangsettelse på byggeplassen» var 6. oktober 2025, og «Sluttfrist» var 27. november 2025.
- (14) Den 30. september 2025 sendte klager en epost til innklagede, med emnet «Gulset og Stigeråsen skoler». I e-posten purret klager på innklagede vedrørende innsyn i valgte leverandørs tilbud, hvor det ble bedt om innsyn «spesielt i sertifikatene». Innklagede svarte samme dag at det ikke var etterspurt sertifikater i konkurransen, og dette var derfor ikke levert sammen med tilbudet. I den videre e-post korrespondansen ba klager innklagede om å innhente sertifikatene for å få bekreftet om apparatene var sertifiserte, fordi klager «sterkt antar at dette ikke finnes». Klager viste til at innklagede da hadde en kontrollplikt.
- (15) Det ble avholdt byggemøte mellom valgte leverandør og innklagede den 27. november 2025. Av referatet fra møtet fremgikk blant annet:

<i>Punkt</i>	<i>Kommentar:</i>
1	<i>Kort status prosjekt, kaldt vær har skapt utfordringer knyttet til fremdrift. Da spesielt med tanke på å legge gummidekke før jul. Apparater blir montert i telt grunnet kulde. God fremdrift på apparater og montering</i>
2	<i>Utgraving sone 1 og sone 2 viser utfordringer knyttet til grunnforhold og plassering av utstyr. Området må omprosjekteres og det vurderes å flytte eksisterende trampoliner for å få bedre plass til nytt utstyr, Plassering av fjell og utstyr krever omprosjektering av området. Ulike varianter mulig/ble diskutert. Endelig løsning skal godkjennes av byggherre. Man tar utgangspunkt i å lage et område innenfor de mengder man opprinnelig så for seg og at man tilpasser trampoliner</i>
3	<i>Behovet for omprosjektering og forventningene om kaldt vær gir grunnlag for fristforlengelse på prosjektet. Forslag ny dato fra UNIQA AS er 24. april. Dette for å ha nok tid til å få et stabilt vær med tanke på legging av dekke. Andre områder klargjøres fortløpende med tanke på delovertakelse og åpning.</i>
4	<i>Sone 3 har ingen store utfordringer og monteres som planlagt</i>

- (16) I desember 2025 ble valgte leverandør klaget inn til Næringslivets konkurranseutvalg for påstått brudd på markedsføringsloven § 26. I klagen ble det pålagt at valgte leverandør i sitt tilbud i konkurransen om ombygging av utearealer på Stigeråsen skole, hadde fremstilt en egenerklæring som sertifikat, at innklagedes manglende evne til å se forskjell på en påstand om samsvar og et bevis på sertifisering var utnyttet, og at dette var et klart brudd på sannhetsprinsippet i markedsføringsretten.
- (17) Det ble avholdt et nytt byggemøte mellom valgte leverandør og innklagede 17. desember 2025. Av referatet fra dette byggemøtet fremgikk:

<i>Nr.</i>	<i>Omhandler</i>

1.1	<i>Fremdrift, prosjektet er etter planen. Dette på grunn av funn av fjell og omprosjektering.</i>
1.2	<i>Foreslått ny plassering for trapolineområdet mellom basketbane og ballbinge</i>
1.3	<i>Oppstart sone 4 har vært utsatt på grunn av forsinkelse på levering av deler fra Frankrike og frost.</i>
1.4	<i>Apparater i sone 1 og 3 er fysisk ferdigstilt.</i>
1.5	<i>De planlegges å fjerne byggegjerder, apparatene er ikke ferdigstilt før sertifisering oversendes. Dette er ikke å anse som en overtagelse. Kommunen aksepterer å overta risikoen for kosmetiske skader som riper og annen bruksslitasje. Juridisk er apparater ikke overtatt.</i>

- (18) Klagen som ble sendt til Næringslivets konkurranseutvalg ble behandlet av utvalget den 4. februar 2026. Av protokollen fra møtet fremgikk innledningsvis at klager hadde spesifisert at det var de markedsføringsrettslige sidene ved saken som skulle vurderes, og ikke de anskaffelsesrettslige. Av utvalgets uttalelse fremgikk blant annet:

«Utvalget skal ta stilling til om UNIQAs merking av produktblader med symboler som illustrerer sertifikatbetegnelser sammenfallende med krav i anskaffelsesinvitasjonen til Skien kommune i saksnr. 25/24 er i strid med markedsføringsloven § 26.

Partenes svar på anskaffelsesinvitasjonen er ikke fremlagt i sin helhet, det er ikke fremlagt kommunikasjon mellom kommunen og UNIQA og dokumentasjonsnivået på enkelte faktiske forhold fremstår som mangelfullt. Utvalget avgjør saken på det grunnlag som er fremlagt.

Utvalget presiserer at man ikke tar stilling til anskaffelsesrettslige spørsmål, herunder om tilbudet oppfylte konkurransegrunnlagets krav eller om oppdragsgiver hadde grunnlag for avvisning.»

- (19) Utvalget konkluderte med at valgte leverandør, slik saken var opplyst, hadde benyttet merking knyttet til sertifisering i tilbudet, som produktene ikke hadde på tilbudstidspunktet. Utvalget konkluderte med at merkingen av produktdatabladene var i strid med markedsføringsloven § 26.
- (20) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 30. desember 2025. Klagebehandling startet samme dato, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (heretter *klagenemndsforordningen*) § 13 siste punktum.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. april 2026.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Sertifiseringskravet i konkurransegrunnlaget er ikke bare et teknisk krav, men en forutsetning for prosjektets økonomiske realiserbarhet. Kravet om spillemiddelgodkjenning var et absolutt krav. For at utstyret skal kvalifisere som et idrettsanlegg berettiget til spillemidler, kreves det sertifisering etter NS EN 16630 eller NS EN 16899. Når innklagede aksepterer utstyr uten gyldig sertifisering, aksepterer de

samtidig at anlegget mister sin finansiering. Anlegget faller da utenfor støtteordningen. En endring som medfører at oppdragsgiver må bære hele kostnaden selv, fremfor å få den subsidiert, endrer kontraktens økonomiske balanse fundamentalt. Dette er en vesentlig endring av kontrakten. Dersom leverandørene visste at kravet til spillemiddelgodkjenning, og dermed NS EN 16630, ikke ville bli håndhevet, ville andre leverandører kunne vunnet frem med rimeligere lekeplussutstyr.

- (23) Det er heller ikke korrekt at fylkeskommunen ikke skulle utbetale spillemidlene før sertifiseringer forelå. Telemark fylkeskommune bekreftet 4. desember 2025 utbetaling av 390 000 kroner til innklagede, basert på dokumentasjon som bestod av et komplett, bindende tilbud fra valgte leverandør. Denne søknaden ble sendt 14. januar 2025, et halvt år før konkurransen ble kunngjort den 27. juni 2025. Utbetalingen ble stanset utelukkende fordi klager 30. desember varslet fylkeskommunen om at sertifiseringsdokumentasjonen kunne være uriktig. Deretter informerte fylkeskommunen den 12. januar 2026 om at utbetaling ikke ville skje før innklagede og valgte leverandør kunne «*vise til tredjepartssertifisering på disse anleggene*».
- (24) Innklagede har nektet å kontrollere sertifiseringen, til tross for at valgte leverandør har fremlagt en etterfølgende egenerklæring hvor det innrømmes at produktene ikke er sertifiserte. Innklagede har dermed mottatt et varsel med dokumentasjon som gav en klar oppfordring til å avdekke om valgte leverandør utførte tjenesten i tråd med kontrakten. Ved å nekte å be om dokumentasjon på et vilkår som er avgjørende for anleggets lovlighet og finansiering, utviser innklagede en passivitet som rettslig må likestilles med en ulovlig direkte anskaffelse. Testrapporten innklagede viser til som er utført i februar 2026, dokumenterer heller ikke at anlegget er sertifisert, kun at det er gjort en inspeksjon og kontroll av to konkrete apparater. Sertifikatene ble også uttrykkelig etterlyst av innklagede allerede 10. september 2025, og dermed stemmer det ikke at det ikke var fremsatt påstand om at produktene ikke var sertifiserte.
- (25) Det er også konstatert av et uavhengig bransjeorgan at produktene valgte leverandør har tilbudt, ikke var sertifisert etter NS EN 16630 på det relevante tidspunktet. Dette fjerner grunnlaget for innklagedes forsvar om at innklagede kunne stole på forsikringer. Når et uavhengig organ har fastslått at selve markedsføringen var villedende, kan ikke innklagede påberope seg god tro. Den passiviteten innklagede har utvist i saken, utgjør minst grov uaktsomhet, og det skal derfor ilegges gebyr. Uttalelsen er relevant fordi den avklarer et sentralt faktisk forhold, at valgte leverandørs markedsføring av produktene som sertifisert etter NS EN 16630, var villedende. Dette har direkte betydning for vurderingen av om innklagede har akseptert levering av produkter som ikke oppfyller kontraktskravene.
- (26) Innklagede benytter sin egen hjemmeside for Stigeråsen skole til å markedsføre det nye anlegget overfor barn og familier, blant annet er det publisert en artikkel 24. desember 2025 med tittelen «*Nå kan du leke her – kom og prøv!*». Innklagede kan derfor ikke høres med at det er for tidlig å konstatere avvik fra sertifiseringskravet, og at vurderingen først er aktuell ved overtakelse. Når innklagede har markedsført lekeplassen, fjernet byggegjerder og latt utstyret være i daglig bruk i flere måneder, oppstår et misforhold mellom det rettslige standpunktet om juridisk overtakelse, og den faktiske situasjonen. Innklagede har akseptert en annen ytelse enn den kontrakten forutsatte.
- (27) Innklagedes standpunkter har også endret seg gjennom sakens forløp, ved først å anføre at sertifisering vil bli kontrollert ved gjennomføring, så at kontraktsbrudd ikke kunne

vurderes før overtakelse, så at avvik var for tidlig å konstatere. Til slutt anføres det plutselig at den kontrollen av apparatene som Kiwa gjennomførte, utgjør dokumentasjon på sertifisering og at det verken foreligger mislighold eller antesipert mislighold.

- (28) Videre har innklagede akseptert et vesentlig avvik fra den kunngjorte fremdriftsplanen. Det ble i befæringsreferatet krevd ferdigstilling høsten 2025. Dette var et absolutt krav ved at formuleringen «må» var benyttet. Dersom en leverandør hadde tatt forbehold, ville dette medført avvisning. Dette kan åpenbart ha påvirket deltakelse i konkurransen og tilbudte priser. Anlegget stod uferdig per desember 2025. Ved ikke å sanksjonere forsinkelsen, gir innklagede valgte leverandør en økonomisk fordel i form av lengre tid til prosjektering og fremskaffelse av dokumentasjon. Bevisst tolerering av kontraktsbrudd utgjør en materiell endring av avtalen. Når forsinkelsen i tillegg henger sammen med de manglende sertifiseringene, er endringen vesentlig og utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (29) Det må særlig legges vekt på skjerpene momenter i gebyrutmålingen. Innklagede har mottatt et eksplisitt varsel med dokumentasjon fra leverandørens egen advokat, men har aktivt valgt å ikke undersøke forholdet. Den vesentlige endringen forskyver konkurranseforholdet til ulempe for seriøse aktører som investerer i tredjepartssertifisering.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (30) Det bestrides at det foreligger avvik mellom kontraktsforpliktelsen og den forventede leveransen. Så lenge det ikke kan konstateres noe avvik, foreligger det heller ikke noe vesentlig endring, og dermed heller ikke ulovlig direkte anskaffelse.
- (31) Valgte leverandør er kontraktsmessig forpliktet til å levere elementer som er sertifiserte i henhold til NS EN 16630 eller NS EN 16899, slik det står i beskrivelsen av aktivitetsområder i bilag til konkurransegrunnlaget. Det er heller ingen uenighet om at elementene som leveres skal «være godkjent i forhold til spillemiddelordningen».
- (32) Anlegget er ikke overlevert, og vurdering av eventuelle avvik fra kravet om sertifisering er derfor for tidlig å konstatere. Det er imidlertid gitt forsikringer fra valgte leverandør om at sertifiserte produkter vil bli levert på overtakelsestidspunktet. Innklagede har ikke hatt grunn til å betvile disse opplysningene. Det foreligger derfor verken mislighold eller antesipert mislighold av kontraktsforpliktelsen. Næringslivets Konkurransautvalg slår i protokollen fast at uttalelsen ikke berører anskaffelsesrettslige spørsmål. Uttalelsen har derfor ingen relevans til spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse.
- (33) Dersom det mot all formodning skulle vise seg at valgte leverandør ikke leverer sertifiserte produkter, vil dette gi grunnlag for å nekte overtakelse etter kontrakten, og dagbøter vil påløpe til sertifikatene er på plass. Det er i så fall et vesentlig kontraktsbrudd som gir grunnlag for heving av kontrakten. Det er ikke aktuelt å overta anlegget uten sertifiserte apparater, og det foreligger ingen aksept for at produktene kan leveres uten sertifisering. Dette innebærer likevel ikke at anlegget ikke kan benyttes når det er ferdig montert. Som kjent er de ulike elementene sertifisert etter lekeplass-standarden NS EN 1176, noe som blant annet betyr at apparatene oppfyller nødvendige sikkerhetskrav. Det at anlegget er tatt i bruk betyr heller ikke det samme som at anlegget er overtatt i kontraktsrettslig forstand. Det er nå mottatt dokumentasjon på sertifisering etter NS EN 16630.

- (34) Spillemidler ble tildelt allerede før konkurransen ble utlyst, og dokumentasjon fremlegges i forbindelse med søknad om utbetaling av midler. Denne søknaden kan ikke sendes før anlegget er ferdigstilt og prosjektet avsluttet. Fylkeskommunen har også bekreftet at kravet om dokumentasjon av tredjepartsertifisering skal foreligge før utbetaling blir utført, og at dette også er tilstrekkelig. Kommunen har altså ikke mistet retten til spillemidler, og det foreligger ingen endring i de økonomiske forutsetningene som ligger til grunn for kontrakten. Søknaden fra januar 2025 som klager viser til, gjelder aktivitetsbane og isbane på Stigeråsen skole, og ikke apparatene denne avtalen gjelder. Beløpene er imidlertid like, noe som kan forklare misforståelsen. Disse midlene er utbetalt. Det er ikke sendt søknad om utbetaling av spillemidler for anleggene denne saken omhandler, dette vil bli gjort når anlegget er ferdigstilt og overtatt.
- (35) Den utsatte ferdigstillelsen av anlegget utgjør heller ikke en vesentlig endring. Endringen må anses tillatt som en nødvendig endring som følge av omstendigheter en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. I tillegg er endringen lovlig i henhold til endringsklausul i kontrakten, som er standardkontrakten NS 8407. Avtalt oppstart var 6. oktober og ferdigstillelse 27. november 2025. Sluttfriksen ble satt fordi arbeidet med anlegget forutsatte at det var frost- og snøfritt. Underveis ble det imidlertid avdekket at grunnforholdene krevde mer arbeid enn forutsett. Dette medførte at hele prosjektet ble forsinket med flere uker, og ble dermed ikke ferdig før frost og snø. Det følger av NS 8407 punkt 33.3 at totalentreprenøren har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres av forsinkelse eller svikt ved spesifikt angitte ytelser fra byggherren, eller andre forhold byggherren har risiko for. Byggherre har risiko for forhold i grunnen «*dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelse av tilbudet*». Det er nettopp slike forhold som har gjort seg gjeldende her, og valgte leverandør hadde dermed krav på fristforlengelse i henhold til kontrakten. Endringen medfører uansett ikke at anskaffelsens overordnede karakter blir endret.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klagen gjelder en anførsel om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 13a første ledd. For påstand om ulovlig direkte anskaffelse, er klagefristen to år fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Klagen er inngitt rettidig. Konkurransen gjelder ombygging av uteområder på Stigeråsen skole, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i konkurransedokumentene.
- (37) I anskaffelsesdokumentene var det angitt at anskaffelsen i tillegg til lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter *loven*), fulgte forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter *forskriften*) del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1. Det var likevel angitt i konkurransegrunnlaget at «*Kontraktstildeling vil bli foretatt etter prosedyren åpen anbudskonkurranse, jfr. FOA § 13-1 (1)*», og at tilbud som inneholdt vesentlige avvik «*skal avvises etter forskrift om offentlige anskaffelser § 24-8(1) b*». Disse bestemmelsene er plassert i forskriften del III, som innebærer en mer omfattende regulering av anskaffelsesprosessen enn etter del II. Anskaffelsen ble kunngjort nasjonalt, altså i Doffin, hvor det kun fremgikk at prosedyren var «*åpen*», uten at det var presisert om det var siktet til åpen tilbudskonkurranse, som følger forskriften del II, eller åpen anbudskonkurranse, som følger forskriften del III.
- (38) Når konkurransegrunnlaget likevel inneholdt så tydelige henvisninger til prosedyren åpen anbudskonkurranse, jf. § 13-1 (1), og at kontraktstildeling skulle skje basert på denne

prosedyren, har innklagede gitt leverandørene en berettiget forventning om at disse reglene vil bli etterlevd. Innklagede har dermed bundet seg til ved gjennomføringen av konkurransen å følge de reglene som følger av alminnelig forskrift del III, jf. EU-domstolens dom i sak C-87/94 *Wallonske busser*, premiss 35. Innklagede har likevel ikke gitt uttrykk for at forskriftens del III vil bli fulgt i sin helhet. Anførselen i saken knytter seg til endring av kontrakt og ulovlig direkte anskaffelse. Reglene om dette omfattes ikke av prosedyrereglene i forskriften. Etter klagenemndas syn er det derfor riktig å legge til grunn bestemmelser etter forskriften del II for spørsmål som ikke knytter seg til gjennomføringen av konkurransen.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (39) Klagenemnda tar i det følgende stilling til hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (40) En ulovlig direkteanskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (41) 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 § 11-2 (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 *Pressetext*, avsnitt 34. I disse tilfellene vil den vesentlig endrede kontrakten utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Endringer som ikke anses vesentlige, vil derimot være lovlige endringer i en kontrakt, jf. § 11-2 (1).
- (42) Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at de rettslige rammene for vesentlighetsvurderingen i forskriftens del III vil være av rettslig relevans ved vesentlighetsvurderingen etter forskriftens del II, se klagenemndas avgjørelser i sak 2024/913, avsnitt 56 og 2020/658, avsnitt 77. Det er likevel slik at adgangen til å gjøre endringer i kontrakter som følger forskriftens del II etter omstendighetene vil kunne være noe videre enn etter del III, se i den forbindelse også Forenklingsutvalgets flertall i NOU 2014: 4 på side 140.
- (43) En oppdragsgivers manglende håndhevelse av en leverandørs mislighold av en kontrakt, kan etter omstendighetene bli likestilt med at kontrakten er vesentlig endret, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2025/0960, avsnitt 41. En oppdragsgiver har et visst spillerom knyttet til hvordan man håndhever leverandørens mislighold i kontraktsperioden, så lenge prinsippet om likebehandling ivaretas, se klagenemndas avgjørelse i sak 2025/0914, avsnitt 47. I slike tilfeller må en offentlig oppdragsgiver, på linje med andre avtaleparter, selv kunne gjøre en vurdering av hvilke beføyelser som er hensiktsmessig i den aktuelle saken. Dette gjelder særlig ved forsinkelser, hvor det ikke foreligger en kvalitativ endring av leveransen, se klagenemndas avgjørelse i sak 2023/230, avsnitt 71. Dette forutsetter likevel at avtalen ikke endres slik at et annet tilbud ville ha blitt valgt i den opprinnelige konkurransen, eller at den økonomiske balansen i kontraktsforholdet endres. Anskaffelsesregelverkets forbud mot vesentlige endringer kan ikke i seg selv begrunne en plikt for oppdragsgiver til å gjøre gjeldende tilgjengelige misligholdsbeføyelser, se klagenemndas avgjørelse i sak 2020/963, avsnitt 66.

- (44) En forutsetning for å konstatere manglende håndhevelse av mislighold, er at det foreligger en mangel som vil gi grunnlag for misligholdsbeføyelser.
- (45) Kravet om sertifisering av apparatene er gjengitt i sakens bakgrunn avsnitt 6 og 7. Det fremgikk ikke av konkurransedokumentene at kravet skulle oppfylles på et gitt tidspunkt. Klagenemnda kan heller ikke se at det foreligger øvrige holdepunkter for et konkret angitt oppfyllelsestidspunkt. Tidspunktet for oppfyllelse av kravet i kravspesifikasjonen følger derfor i denne saken utgangspunktet, som er ved gjennomføring av kontrakt, se klagenemndas avgjørelse i sak 2023/852, avsnitt 28.
- (46) Det er ubestridt at apparatene valgte leverandør skal levere på Stigeråsen skole, på tilbudstidspunktet ikke var sertifisert i henhold til NS EN 16630, slik konkurransegrunnlaget krevde. Som det fremgår av sakens bakgrunn avsnitt 19 har også Næringslivets konkurranseutvalg konkludert at leverandørene har gitt villedende opplysninger om sertifisering i tilbudet.
- (47) Ifølge innklagedes forklaring ble imidlertid innklagede først klar over at apparatene ikke var sertifisert den 9. desember 2025, altså etter kontraktsinngåelsen, som var 17. september 2025. Det er ikke fremlagt bevis som tyder på at innklagede hadde disse opplysningene på et tidligere tidspunkt. Dette støttes også av referatene fra byggemøtene, hvor det i referatet av 27. november 2025 legges opp til delvis overtakelse av de deler som er ferdigstilt, men at det i referatet av 17. desember 2025 uttrykkelig angis at overtakelse ikke vil skje før sertifisering foreligger. Klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede først den 9. desember 2025 ble kjent med at apparatene valgte leverandør skulle levere på Stigeråsen skole, faktisk ikke var sertifiserte etter NS EN 16630.
- (48) Klager har anført at innklagede har overtatt prosjektet fra valgte leverandør, og dermed akseptert av apparatene ikke er sertifiserte. Overtakelse av et byggeprosjekt etter NS 8407 skjer ved overtakelsesforretning, og innebærer at byggherren formelt tar bygget eller anlegget i bruk. Ansvar går da over fra entreprenør til byggherre. Overtakelsestidspunktet har derfor betydning både for risiko, forsikring, dagmulkt og reklamasjonsfrister. For å dokumentere at overtakelsesforretning er gjennomført, og hva denne gikk ut på, skal det utarbeides overtakelsesprotokoll. Overtakelsestidspunktet regulerer derfor forholdet mellom entreprenør og byggherre i en entreprise.
- (49) Slik denne saken er opplyst, er det ikke gjennomført overtakelsesforretning, og innklagede mener anlegget ikke er overtatt. Overtakelsen skal regulere forholdet mellom valgte leverandør og innklagede. Når det ikke er uenighet mellom de to kontraktspartene om at overtakelse ikke har funnet sted, har nemnda vanskelig for å se at en utenforliggende parts synspunkt skal medføre at det formelt sett er skjedd en overtakelse.
- (50) Klagenemnda er uansett av den oppfatningen at konklusjonen for spørsmålet om det foreligger en vesentlig endring på grunn av manglende sertifisering blir den samme uavhengig av om man anser anlegget som overtatt eller ikke.
- (51) Innklagede har forklart at det er uaktuelt å overta anlegget uten sertifiserte apparater. I den forbindelse er det vist til at innklagede har mulighet til å nekte overtakelse og kreve dagbøter frem til sertifikatene er på plass. I tillegg at manglende sertifisering av apparatene vil gi grunnlag for heving av kontrakten. At innklagede, etter å ha blitt kjent med den manglende sertifiseringen, har vært aktiv i relasjon til å kreve sertifisering før overtakelse, bekreftes også av referatet fra byggemøtet 17. desember 2025. Selv om man

anser anlegget som helt eller delvis overtatt, er klagenemnda av den oppfatning at innklagedes håndheving av kontrakten ikke kan sies å være mangelfull. Bakgrunnen for at det ikke er igangsatt ytterligere misligholdsbeføyelser overfor valgte leverandør, er at innklagede selv er av den oppfatningen at formell overtakelse ikke har funnet sted. Det er heller ikke holdepunkter for at valgte leverandør, som den andre kontraktsparten i kontrakten, har en annen oppfatning vedrørende dette. Uavhengig av dette, tilsier innklagedes forklaring og dokumenterte handlinger i saken, at dersom anlegget skulle vært ansett overtatt på et tidligere tidspunkt, ville innklagede ha iverksatt misligholdsbeføyelser.

- (52) Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har akseptert at produktene leveres uten sertifisering slik at det foreligger en mangel ved leveringen på dette punkt. Det foreligger heller ikke manglende kontraktsoppfølging som kan sidestilles med en vesentlig endring på dette punkt.
- (53) Klagenemnda tar så stilling til om det utgjør en vesentlig endring av kontrakten at innklagede har godtatt utsatt sluttfrist for prosjektet.
- (54) Avtalt sluttfrist for prosjektet var ifølge kontrakten 27. november 2025. Denne fristen ble ikke overholdt, og på byggemøte denne datoen, ble det avtalt ny sluttfrist den 24. april 2026. Det er derfor klart at det forelå en endring av avtalen.
- (55) Bakgrunnen for den utsatte sluttfristen, var sammensatt. Slik saken er opplyst for klagenemnda, fremstår det for det første som at valgte leverandør ikke satte i gang arbeid på skolen før minst en uke etter avtalt oppstarttid, som var 6. oktober 2025. Den 13. oktober 2025 opplyste valgte leverandør likevel om at produksjon av apparatene var i gang, og fremhevet dette som det viktigste. Etter at valgte leverandør startet opp arbeidet på skolen, ble det avdekket forhold ved grunnen som krevde at valgte leverandørs løsningsforslag måtte justeres. Av kommunikasjon mellom valgte leverandør og innklagede kommer det frem at valgte leverandør allerede på tilbudsbeifaringen den 3. juli 2025 ble kjent med at det kunne være utfordringer med grunnforholdene. Risikoen for dette forholdet lå derfor etter kontrakten på valgte leverandør, jf. NS 8407 punkt 23.1. I forlengelsen av dette ble det problematisk å gjennomføre for eksempel legging av gummidekke, da det begynte å nærme seg vinter med lavere temperaturer. Etter byggemøtet 27. november 2025, hvor den utsatte sluttfristen ble avtalt, kom det også frem at de tilbudte produktene ikke var sertifisert slik som påkrevd i konkurransegrunnlaget, og at det var forsinkelse på enkelte av produktene fra fabrikk i Frankrike.
- (56) Slik saken er opplyst, skyldtes samtlige av disse forholdene som var bakgrunnen for den utsatte sluttfristen, valgte leverandør eller forhold som var valgte leverandørs risiko. Forsinkelsen innebar derfor mislighold av den opprinnelig inngåtte kontrakten.
- (57) Innklagede håndterte misligholdet ved å gi klager utsatt frist for overlevering. Det er fortsatt den samme kvalitative ytelsen som skal leveres. Selv om fristutsettelsen i seg selv er lang i forhold til den opprinnelige kontraktsperioden, skyldes dette at arbeidet ikke kan gjennomføres på vinterstid. Den reelle fristutsettelsen er derfor trolig høyst omtrent to måneder. Leverandørenes oppgitte tidspunkt for ferdigstilling i prisskjemaet, var ikke en del av evalueringen for hvilket tilbud som ble tildelt kontrakt. At sluttfristen ble utsatt, hadde derfor ikke betydning for hvilket tilbud som ble valgt. Videre er det ikke gjort noen endringer i vederlag eller hva som skal leveres.

- (58) I et tilfelle som dette, mener klagenemnda at det ligger innenfor oppdragsgivers spillerom ved kontraktsoppfølging å akseptere en utsatt sluttfrist for prosjektet, fremfor å kreve dagmulkt for forsinkelsen som har oppstått etter NS 8407 punkt 40.1, jf. avsnitt 43 over. Selv om valgte leverandør kan få en økonomisk fordel av innklagedes valg, er ikke dette en endring i den økonomiske balansen i kontrakten, men en følge av innklagedes valg rundt håndtering av mislighold i kontrakten. Og selv om misligholdsbeføyelser er tilgjengelig i en kontrakt, medfører det kun en rett for den andre parten til å utløse disse dersom en part misligholder kontrakten, ikke en plikt.
- (59) Klagenemnda er etter dette kommet til at endringen med utsatt sluttfrist, ikke er vesentlig, og dermed er lovlig etter § 11-2 (1).
- (60) Klagers anførsel om at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse fører ikke frem.

Konklusjon:

Skien kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur