

Endringsklausuler i offentlige kontrakter

Regelverket for offentlige anskaffelser setter tilsynelatende strenge vilkår for å foreta endringer i offentlige kontrakter. I utgangspunktet er det forbudt å foreta vesentlige endringer. Men det er lov til å gjøre endringer som er klart definert gjennom endringsklausuler. Hvor «klare» må endringsklausulene være?

Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder som utgangspunkt kun prosessen frem til kontraktsinngåelse. Den etterfølgende kontraktsfasen reguleres av kontraktsretten. Et viktig unntak fra dette utgangspunktet er imidlertid anskaffelsesregelverkets forbud mot å foreta vesentlige endringer i inngåtte kontrakter. En vesentlig endring anses i prinsippet som en «ny kontrakt», og skal som sådan være gjensidig konkurranse etter kunngjøring.

En vesentlig endring kan således potensielt utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse. Ulovlig direkteanskaffelser er sanksjonsbelegget med blant annet overtredelsesgebyr på inntil 15 % av kontraktens verdi. Disse utgangspunktene gjør at offentlige oppdragsgivere ofte opplever å havne i en «skvis». Særlig gjelder dette ved anskaffelse av langvarige teknologikontrakter. Teknologi foreldes raskt eller behovet endres underveis. Uten adgang til å foreta endringer, vil det være vanskelig å foreta fremtidsrettede anskaffelser.

■ ■ Anskaffelsesforskriftene angir imidlertid at visse endringer er tillatt. Svært praktisk er alternativet som tillater endringer som foretas etter en fastsatt endringsklausul. Endringsklausulen må imidlertid klart angi hvilke endringer som kan foretas. Konkret må det klart fremgå hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.

En klausul som kort slår fast at



GEVINSTER: Gode endringsklausuler vil gi grunnlag for store effektivitetsgevinster, ettersom de potensielt kan øke handlingsrommet i kontraktsfasen betraktelig. (Foto: Istockphoto)

«alle endringer som legger til rette for teknologisk utvikling skal være tillatt», vil ikke oppfylle vilkårene som nevnt. På den annen side må

/// Ingen vet hvordan morgendagens teknologi ser ut.

regelverket tolkes slik at det innenfor langvarige, komplekse kontrakter må være rom for å fange opp utvikling partene ikke nødvendigvis forutså i detalj på avtaleinngåelsestidspunktet. I motsatt fall vil det offentlige i verste fall være «bundet til masten»: Enten må Oppdragsgiver avfinne seg med en løsning basert på foreldet teknologi, eller tvinges til å gjennomføre anskaffelser med betydelige byttekostnader. Dette står i sterk kontrast med regelverkets formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Akkurat hvor klart endringsklausulene må være formulert, må

ses i sammenheng med både kontraktstypen og endringens innhold. Når det gjelder kvantitative endringer er det interessant å merke seg at KOFA i 2017/162 aksepterte lisensutvidelser i en kontrakt som etter sin ordlyd var ment å være langvarig og fremtidsrettet. Konkret fremhevet KOFA at økningen i antall lisenser var en naturlig følge av et vellykket pilotprosjekt, selv om detaljerte angivelser av volum ikke var gitt

(anm.: Kluge representerte innklagede i saken).

■ ■ Når det gjelder kvalitative endringer, vil disse ofte være vanskelige å formulere klart i en endringsklausul. Ingen vet hvordan morgendagens teknologi ser ut. Ofte bør det – etter vårt syn – være tilstrekkelig å angi at kontrakten omfatter den naturlige videreutvikling innenfor gitte teknologi-områder, samtidig som det oppstilles helt klare regler for hvordan det ukjente skal prises.

Uansett er det viktig at oppdragsgivere har et bevisst forhold til klarhetskravet som gjelder for endringsklausuler. På dette området er det ikke nødvendigvis nok å hvile seg på endringsklausuler i standardavtaler. Gode endringsklausuler vil gi grunnlag for store effektivitetsgevinster, ettersom de potensielt kan øke handlingsrommet i kontraktsfasen betraktelig.



Kommentar

■ Torstein Arendt (tv.) og Stian Oddbjørnsen, Kluge Advokatfirma

Arendt og Oddbjørnsen er del av Kluge Advokatfirmas tech-team, som arbeider med blant annet teknologianskaffelser, ikt-rett, IP og personvern.

Anskaffelser: