



Prisvurdering ved anskaffelse av rammeavtaler

28. januar 2022

Nyhetsbrev fra Simonsen Vogt Wiig

Anskaffelser av rammeavtaler er et praktisk viktig verktøy for alle nettselskaper. Dette gjelder særlig knyttet til løpende varer og tjenester hvor det ikke på avtaletidspunktet er mulig å angi nøyaktig hva som behøves i avtaleperioden. Kravene til likebehandling og forutsigbarhet i anskaffelsesregelverket gjelder også for slike anskaffelser, og kan bli ekstra fremtredende når det ikke foreligger klart sammenliknbare tilbud/prismodeller. I lys av en fersk tingrettsdom, hvor Bodø kommune ble dømt til å betale erstatning på 90 millioner kroner(!) vil vi i denne ukens nyhetsbrev rette fokus mot hvilke krav som stilles til prisvurderingen ved slike rammeavtale-anskaffelser.

Innledning - kort om rammeavtaler

Rammeavtaler er definert i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav i som en

“avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår med en eller flere leverandører, og som har til formål å fastsette kontraktsvilkårene for de kontrakter som oppdragsgiveren skal inngå i løpet av en bestemt periode, særlig om pris og mengde”.

Selv om definisjonen viser til “pris og mengder” er det sjelden at en rammeavtale

vil inneholde bestemmelser om eksakte mengder, og ikke nødvendigvis alle priser. Som vi skal se nedenfor kan det eksempelvis tas utgangspunkt i priser for visse varer/varegrupper, som skal danne utgangspunkt for endelige priser. Rammeavtalens natur tilsier at eksakt angivelse av pris og mengde ofte ikke er mulig. Vilkårene vil imidlertid kunne inneholde anslag av omfang, og modeller for fastsettelse av priser når et enkelt avrop skal gjennomføres.

Manglende nettoprisliste – ikke mulig å kontrollere om nye avrop var i samsvar med kontrakten

Tidligere denne måneden avsa Salten og Lofoten tingrett dom i sak mellom Braathe Gruppen AS og Bodø kommune, knyttet til anskaffelse av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr. Kort oppsummert var saksforholdet at Bodø kommune i mai 2015 ulyst t en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr. Fem søkere ble gjennom prekvalifisering funnet kvalifisert og invitert til å delta i konkurransen. Tre av disse innga tilbud, iTet AS, Atea AS og Evry AS.

Kontrakten ble tildelt Atea, mens iTet AS, som etter konkurransetidspunktet ble innfusjonert i Braathe Gruppen, ble innstilt som nr. 2. iTet fremmet to begjæringer om midlertidig forføyning, uten å få medhold, samt to klagesaker for KOFA. KOFA kom i den første saken (2016/18) til at kommunen ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser, mens den andre saken (2018/568) førte til et gebyrvedtak på 11 599 000 for blant annet ulovlig direkte anskaffelse og endringer av tildelt kontrakt. Sistnevnte sak er av kommunen brakt inn for Oslo tingrett.

Hovedspørsmålet i saken knyttet seg til hvorvidt Ateas tilbud skulle vært avvist fordi det manglet *nettoprisliste*. Prisskjemaet i konkurransegrunnlaget var lagt opp slik at det skulle gis pris på syv utvalgte IKT-hardware produkter og fire infrastrukturprodukter (avtalens kjernesortiment). Det fremgikk videre av konkurransegrunnlaget at *“Øvrig sortiment/sidesortiment, som det ikke spesifikt er gitt tilbudspris på, skal holde tilsvarende avanse/fortjenestenivå som leverandøren har kalkulert inn i sine priser gitt i tilbudet (...)Komplett prisliste med gjeldende nettopriser skal legges ved i tilbudet med vedlegg.”*

Kommunen hadde, som svar på spørsmål i tilknytning til anbudskonkurransen, bekreftet at *“Tilbyder bes levere nettoprisliste eller annen dokumentasjon som gjør oppdragsgiver i stand til å vurdere om prissetting underveis i kontraktperioden er i hht. til betingelser gitt i anbudet. Det understrekes igjen, og som tidligere redegjort for, at uttak av andre produkter «tilsvarende produkter eller beslektede» som ikke er konkurrert på skal følge samme avansepåslag i prissettingen som de produkter som er konkurrert på.”*

I tillegg hadde kommunen sendt e-post til Atea i november 2015 hvor man etterspurte nettoprisliste og hvorvidt det fantes informasjon i tilbudsdokumentet hvor avansenivået fremkom. Kommunen anførte at man hadde fått svar på dette, men at det ikke var sikkert dette hadde kommet skriftlig.

På bakgrunn av dette fant tingretten det klart at Ateas tilbud skulle ha inneholdt en nettoprisliste og at denne skulle utgjøre en del av kontraktsvilkårene til rammeavtalen. Det ble under hovedforhandlingen avklart at Atea ikke hadde levert nettoprisliste, og erkjent at det ikke var mulig å regne ut påslagsprosenten slik konkurransegrunnlaget anviste, med den informasjon Atea leverte.

Etter rettens syn var manglende nettoprisliste et vesentlig forbehold mot konkurransegrunnlaget, blant annet på bakgrunn av at nettoprislisten inngikk som en vesentlig og avgjørende bestanddel i beregningen av påslagsprosenten. Ut ifra den prismodell som kommunen hadde valgt var det ikke mulig å kontrollere

om prisene på produkter som skulle erstatte kjernesortimentet var i samsvar med kontrakten. Dette siste ble ansett vesentlig, og retten konkluderte med at Atea skulle vært avvist.

Utmåling av positiv kontraktsinteresse – 90 millioner kroner

Tingretten fant det videre sannsynliggjort at iTet ville blitt tildelt kontrakten dersom Atea hadde vært avvist, og at iTet dermed hadde krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Selve utmålingen tok utgangspunkt i en rapport fra KPMG der den positive kontraktsinteressen og fortjenestetapet til Braathe var beregnet basert på hele kontraktsperioden (inkludert opsjoner).

Beregningen var basert på faktiske kjøp for perioden 2017-2020 med prognoser der det ikke forelå faktisk informasjon. KPMG hadde angitt et intervall fra 94 til 104 millioner kroner. Fordi det var noe tvil om kontrakten ville løpt ut hele 2022 og av forsiktighetshensyn tok retten utgangspunkt i den laveste beregningen, med er skjønnsmessig fratrukk på 4 millioner kroner for det tilfelle at kontrakten ville blitt avsluttet noe tidligere. Erstatningen ble etter dette fastsatt til 90 millioner kroner.

Det hører med til historien at dommen ikke er rettskraftig, og at det med slik verdier i spill må anses sannsynlig at dommen kan bli anket, helt eller delvis.

Den praktiske og rettslige kjernen

Dommen fra Bodø er avgjort etter den tidligere anskaffelsesforskriften § 6-1 hvor det i andre ledd fremgikk at;

«Oppdragsgiver skal tildele kontrakter under en rammeavtale på grunnlag av objektive regler som sikrer likebehandling av leverandørene. Reglene skal angis i konkurransegrunnlaget.»

Retten bemerket imidlertid at man ikke kunne se at denne har et annet innhold enn tilsvarende gjeldende regel i FOA (2016) § 26-2 første ledd: *“Under rammeavtaler med én leverandør skal oppdragsgiveren tildele kontrakter på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen”*. I forsyningsforskriften har § 22-1 (2) tilsvarende ordlyd som § 6-1 i den tidligere anskaffelsesforskriften.

Det sentrale er at prisen i en rammeavtale må kunne fastsettes på en objektiv måte. I dette ligger det også at det må være mulig å kontrollere at avropene som foretas innenfor rammeavtalen objektivt sett var omfattet av, og gjennomføres i samsvar med, avtalen. Dette virker kanskje isolert sett selvsagt, men som dommen viser, kan det lett tråkkes feil, særlig når leverandører har ulike metoder for å komme frem til utgangspunkt for prissetting og beregning av avanse.

I dette aktuelle tilfellet medførte den manglende nettopprislisten at *“Atea i sin prisliste kunne prise produktene kunstig lavt, for igjen senere ta igjen reduksjonen uten å kunne kontrolleres”*. Det var i denne sammenheng heller ikke tilstrekkelig at Atea selv bekreftet at det var gjennomført at samme påslagsprosent skulle gjelde alle produkter, så lenge dette ikke kunne kontrolleres. Manglende informasjon som skulle utgjøre grunnlaget for fastsettelse av pris og påslagsprosent kunne ikke repareres med etterfølgende avtaler eller bekreftelser fra partene.

Som nevnt innledningsvis er rammeavtaler et praktisk og fleksibelt verktøy når det er ukjent på avtaletidspunktet nøyaktig hvilke produkter, og hvor mye, som skal kjøpes inn i avtaleperioden. Selv om oppdragsgiver står nokså fritt ved fastsettelsen av prismodell, herunder å tillate at leverandørene utformer egen prissettingsmodell, innebærer de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet at modellen må være objektivt utformet og kontrollerbar. Dersom det ikke er mulig å fastsette, og sammenlikne innholdet i leverandørens prismodell med de øvrige tilbyderne, må tilbudet avvises. Som dommen er et klart eksempel på kan manglende avvising

av leverandør få svært store økonomiske konsekvenser.

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig (www.svw.no) og REN har inngått en meget gunstig samarbeidsavtale. Avtalen gir nettselskapene en rekke fordeler, av både faglig og økonomisk art.

KONTAKTPERSONER:

simonsen
vogtwiig



Robin Aker Jakobsen
+47 450 43 689
rja@svw.no



Torstein Eivindstad
+47 911 121 09
tei@svw.no



Jahn Egil Osestad
+47 975 70 174
jao@svw.no



Emma Isaksen
+47 918 69 421
emi@svw.no



Kristian Saga
+47 419 33 899
ksa@svw.no



Ragnar Hatlem
+47 951 82 421
rha@svw.no

Opplysninger om samarbeidsavtalen og nettselskapenes fordeler finner du på RENs hjemmeside [her](#).