



## SALTEN OG LOFOTEN TINGRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 13.01.2022 i Salten og Lofoten tingrett, Bodø

**Saksnr.:** 16-100713TVI-TSOL/TBOD

**Dommer:** Konstituert Leif Olav Haugen  
tingrettsdommer

**Meddommere:** Professor Olav Torvund  
Lektor ved UiO Gisle Hannemyr

**Saken gjelder:** Krav om erstatning som følge av påstått brudd på lov om offentlige anskaffelser m.m.

---

Braathe Gruppen AS

Advokat Thomas Angell

**mot**

Bodø kommune

Advokat Robert Myhre

## DOM

Saken gjelder krav om erstatning for påståtte feil i anbudskonkurranse ved tildeling av offentlig IKT –kontrakt.

### **Sakens bakgrunn og prosesshistorikk**

Bakgrunnen for saken er at Bodø kommune (heretter Bodø eller kommunen) 22. mai 2015 kunngjorde en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr.

Konkurransen ble kunngjort på vegne av kommunene i Samordna Innkjøp i Salten som utgjorde i tillegg til vertskommunen Bodø, kommunene Hamarøy, Sørfold, Fauske, Saltdal, Beiarn, Gildeskål, Meløy, Steigen, Øksnes, Sortland og Værøy.

Forut for anbudskonkurransen var det en prekvalifiseringsrunde. I den meldte fem søkere seg og kommunen fant alle kvalifisert. Deltagerne ble alle invitert til å delta i den begrensede konkurransen.

Formålet med anskaffelsen var ifølge konkurransegrunnlaget punkt 1.1 å inngå en avtale om *«IT-tjenester knyttet til drift av kommunens fagsystemer og tilknyttede tjenesteområder, utstyrskjøp og konsulenttjenester inkludert migrering fra eksisterende driftsmiljø»*.

Rammeavtalen skulle ha en varighet på til sammen seks år (fire år med to ettårige forlengelser).

Det var tre tilbydere i anbudskonkurransen – Atea AS, iTet AS og Every AS. Den 4. november 2015 meddelte Bodø at kontrakten ville bli tildelt Atea. iTet AS (som senere ble en del av Braathe Gruppen AS, heretter kalt Braathe eller iTet) mente det var begått feil. Selskapet begjærte derfor midlertidig forføyning for å stanse kontraktstildelingen. Kommunen trakk deretter tildelingsbeslutningen tilbake som medførte at iTet trakk midlertidig forføyningen for første tildelingen.

Nytt tildelingsbrev ble sendt 2. desember 2015, og resultatet var fremdeles at Atea var innstilt til kontrakten og iTet var rangert som nummer to. iTet fremmet ny begjæring om midlertidig forføyning 26. april 2016 som ikke førte frem. Videre fremgår det av sakens dokumenter at iTet grunnet opplysninger fra Bodø om at det var forhandlinger med Atea begjærte på nytt midlertidig forføyning 22. mars 2017 som hverken førte frem i tingretten eller lagmannsretten.

iTet brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), som i avgjørelse av 19. april 2016 (sak 2016/18) kom til at Bodø ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser. I tillegg reiste Braathe en ny klagesak 31. desember 2018. Klagen medførte et gebyrvedtak (sak 2018/568) der Bodø ble ilagt et samlet gebyr på NOK

11 599 000 for blant annet ulovlige direkte anskaffelser og endringer av tildelt kontrakt. Bodø har brakt denne saken inn for Oslo tingrett. Etter det opplyste er det avgjort saker i KOFA og verserer tilsvarende saker for andre kommuner som har mottatt leveranser knyttet til den kontrakt Atea ble tildelt.

iTet reiste 17. juni 2016 søksmål for Salten tingrett mot Bodø med krav om at beslutningen om å tildele kontrakten til Atea AS settes til side. Etter at kommunen 3. januar 2017 inngikk kontrakt med Atea, endret iTet påstanden til krav om erstatning som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Kommunen la i tilsvaret 29. august 2016 ned påstand om frifinnelse.

Hovedforhandling har av ulike årsaker vært utsatt flere ganger. I tillegg til at saken har vært gjenstand for midlertidige forføyninger og klager til KOFA, har det også vært en rekke innsynsbegjæringer fremmet av Braathe, tvister om både bevisstilling og habiliteten til de fagkyndige meddommerne.

Tingretten tok i kjennelse 12. september 2020 ikke til følge Braathes begjæring om bevisstilling til der nærmere angitte dokumenter fordi Bodø mente dokumentene ikke eksisterte. Tingretten kom delvis til tilsvarende konklusjon i kjennelse avsagt 11. oktober 2020. Den del av begjæringen som gjaldt dokumenter som retten mente var fremmet på nytt ble avvist. Braathes anke knyttet til tingrettens siste kjennelse ble ved Hålogaland lagmannsretts kjennelse 5. januar 2021 forkastet.

Salten tingrett ga Braathe i kjennelse 8. november 2021 medhold at kommunen skulle gi bevisstilling til prosentpåslaget angitt i sladdet epost av 18. februar 2018 og prisskjema i Atea sitt tilbud i bilag 07.2 saksfane 2 «*Priser kontorutstyr og infrastruktur*». Videre kom tingretten til at de usladdede dokumentene kunne føres som bevis i saken. Etter anke kom Hålogaland lagmannsrett til motsatt resultat av tingretten og Braathes begjæringer om bevisstilling ble i kjennelse 14. desember 2020 ikke tatt til følge. Begge ankene om bevisstilling ble besluttet nektet fremmet av Høyesterett.

Det var under saksforberedelsen fremsatt krav om fagkyndige meddommerne og Bodø foreslo blant annet Bjørn Jonny Villa, IKT-sjef i Trondheim kommune. Braathe fremsatte habilitetsinnsigelser mot Villa, og i Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 16. november 2020 fikk Braathe medhold og Villa måtte vike sete. Deretter foreslo kommunen som fagkyndig meddommer siv.øk. Rolf-Henning Blaasvær og Braathe foreslo professor dr.juris Olav Torvund. Blaasvær og Torvund ble begge oppnevnt i planleggingsmøte 1. desember 2020.

Med bakgrunn i nye opplysninger anførte Braathe høsten 2021 at Blaasvær var inhabil og krevde at han vek sete. Grunnlaget var blant annet nyhetsoppslag knyttet til Blaasværs

engasjement på Vestlandet og at han var daglig leder i et selskap Bodøs prosessfullmektig advokat Myhre hadde hatt oppdrag for. Med bakgrunn i situasjonen som hadde oppstått – at begge parter var enige at Blaasvær ikke lenger burde gjøre tjeneste som meddommer og at Blaasvær ikke ville stille til hovedforhandling – besluttet tingretten 25. oktober 2021 å omgjøre beslutningen om oppnevning av ham som fagkyndig meddommer og lot Blaasvær fratre, jf. tvisteloven § 19-10 første ledd.

Bodø reiste deretter habilitetsinnsigelse mot Torvund med krav om at han vek sete. Tingretten avsa kjennelse 28. oktober 2021 med slutning at Olav Torvund ikke skulle vike sete. Deretter ble Hannemyr oppnevnt ved rettens beslutning 28. oktober 2021. Kjennelsen og beslutningen ble anket av Bodø til Hålogaland lagmannsrett som i kjennelse 11. november 2021 henholdsvis forkastet anken over kjennelsen og avviste anken over beslutningen. Bodø opplyste ved hovedforhandlingens start at lagmannsrettens kjennelse respekteres og den er ikke anket til Høyesterett.

Partene er enige i at det gamle anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Dette fordi ny lov om offentlige anskaffelser av 2016 i henhold til § 18 og ny forskrift om offentlige anskaffelser av 2016 i henhold til § 32-1 begge trådte i kraft 1. januar 2017. Når det i det følgende henvises til LOA og FOA er det ment henholdsvis lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlig anskaffelser av 7. april 2006. Retten er enige at det er det eldre nå opphevede regelverk som kommer til anvendelse.

### **Partenes syn på saken**

*Saksøker, Braathe Gruppen AS har i korte trekk gjort gjeldende:*

Oppsummert har Bodø begått flere feil som enkeltvis eller samlet har påført Braathe tap som kreves erstattet. Primært kreves den positive kontraktsinteresse og subsidiært den negative kontraktsinteresse, begge fastsatt etter retten skjønner. Braathe skal først og fremst stilles i samme stilling som om selskapet hadde blitt tildelt den omtvistede kontrakten. Braathe skal ha dekket tap fortjeneste basert på den omsetning knyttet til den feilaktige tildelte rammeavtalen. Alternativt skal Bodø dekke Braathes utgifter ved å ha deltatt i anbudskonkurransen, herunder kostnader med å bringe anskaffelsen inn i lovlige former. Ansvarsgrunnlaget for disse det primære og subsidiære tap er delvis overlappende.

Kommunen skulle allerede i prekvalifiseringen avvist Ateas som leverandør grunnet mangelfull søknad. I selve anbudskonkurransen skulle Ateas tilbud vært avvist av flere grunner. Om disse primære anførsler om avvisning ikke fører frem, er Braathe av den oppfatning at kommunen subsidiært har begått slike feil i bedømmelsene av tilbudene i forhold til konkurransegrunnlaget at det har skjedd uriktig tildeling av kontrakten.

Braathe har påvist klar sannsynlighetsovervekt for at tenkt Bodøs feile borte, ville selskapet blitt tildelt kontrakten. Kravet til årsakssammenheng er oppfylt for erstatning for

den positive kontraktsinteressen. Alternativt har Braathe bevist at iTet ikke hadde inngitt tilbud hvis de hadde visst om de feil Bodø kommune hadde gjort. Således er kravet til årsakssammenheng for den negative kontraktsinteresse oppfylt, se HR-2019-1801-A. Braathe har ført tilstrekkelig bevis for lidt tap for de to alternative krav.

Kommunen har unnlatt sikre bevis, gitt motstridende opplysninger i de verserende sakene og vært meget tilbakeholdene med å fremlegge etterspurt bevis. Generelt sett har Bodø motsatt seg eller vist sendrektighet overfor Braathes krav om bevis tilgang. Braathe er av den oppfatning at kommunen ikke har etterkommet plikten til å fremlegge etterspurt bevis eller oppfylt de krav til bevissikring og etterprøvnbarhet som stilles til en oppdragsgiver. Eventuell bevistvil må derfor gå ut over Bodø.

Det første ansvarsgrunnlag for Braathes erstatningskrav var feil kommunen gjorde ved at både Ateas og Evrys prekvalifiseringssøknad skulle vært avvist. Det foreligger etter Braathes oppfatning grunnlag for kravet om positiv kontraktsinteresse for brudd på avvisningsplikten etter FOA § 20-12 første ledd bokstav a) grunnet forhold ved leverandøren. Hverken Atea eller Evry tilfredsstilte kravene som tjenesteleverandør innenfor områdene «*bredbåndstjenester, inkludert TV signaler*» slik det fremkommer av konkurransegrunnlaget. Atea og Every var derfor avhengig av å kvalifisere seg sammen med en underleverandør med denne erfaring. Atea og Every skulle som iTet fremlagt en forpliktelseserklæring fra en bredbandleverandør. Fordi selskapene ikke overholdt disse pliktene etter FOA § 20-12 første ledd bokstav a, skulle kommunen avvist prekvalifiseringssøknadene til Atea og Every.

Det var flere forhold ved Ateas tilbud som skulle medført avvisning. Særlig viktig var at Ateas tilbud ikke tilfredsstilte kravet om at «*Komplett prisliste med gjeldene nettopriser skal legges ved tilbudet i vedlegg*» som angitt i konkurransegrunnlaget bilag 07.01 punkt 3.1.1, heretter benevnt nettoprisliste. Utelatelsen skulle medført avvisning på flere rettslig grunnlag.

Det fremgår av saksøker sluttinnlegg punkt 4.2.2.1 at Braathe gjør gjeldende at Bodø ikke har overholdt den plikt som følger av FOA § 20-13 første ledd alternativ d), e) eller f) når tilbudet fra Atea ikke ble avvist til tross for at det inneholdt;

- d) «[...] vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene [...]» eller*
- e) «[...]vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, [...]» eller*
- f) «[...]det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene [...]» (rettens understrekning)*

Det er vist til de samme bestemmelser i disposisjonens punkt 7.5.2.1 i Braathes prosedyre.

Under kommunens prosedyre ga imidlertid Braathes prosessfullmektig tydelig uttrykk for at overtredelse av bokstav e) er ikke anført. Partene var derfor enige at kommunen i prosedyren kunne hoppe over delen som gjaldt å tilbakevise at Ateas tilbud inneholdt vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Retten avstår også fra å gå inn på dette.

Det er ubestridt at Ateas tilbud ikke inneholdt en slik nettopprisliste. Både Atea og kommunen har erkjent dette. Etter Braathes oppfatning skulle den manglende nettopprislisten utgjøre en sentral del av rammeavtalens vilkår for prising, herunder være en viktig del for av vurdering og fastsettelse av pris for tilsvarende utstyr i fremtiden.

Ved ikke å levere nettopprisliste har selskapet fristilt seg fra rammeavtalen regime og Atea har således tatt et forbehold mot disse kontraktsvilkår. Forbeholdet bekreftes av vitner i saken ved at Bodø ikke kan kontrollere prisene og må stole på opplysninger fra Atea både når det gjelder priser og avanse. Bevisførselen har vist at kommunen ikke selv kan regne ut avansen som forutsatt og regulert i rammeavtalen. Utelatt nettopprisliste utgjør et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene og kommunens mangelfulle avvisning er et brudd på FOA § 20-13 første ledd alternativ d).

Fordi Atea ikke leverte nettopprisliste kommer også avvisningsbestemmelsen i f) til anvendelse. Ateas manglende nettopprisliste medførte at tilbudet inneholdt avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse som kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

Nettopprislisten skulle identifisere det mest fordelaktige tilbudet og sikre at tilsvarende priser skulle gjelde fremover for ikke prisede produkter. En slik identifikasjon blir illusorisk når Atea ikke var bundet av en nettopprisliste. Ved ikke å levere en nettopprisliste har Atea utnyttet denne manglende bindingen. Ufullstendigheten har således hatt betydning for vurderingen av tilbudene ved at prisene ikke er vurdert basert på en nettopprisliste. Det er umulig å prise konsekvensen av Ateas avvik, og umulig å vurdere i ettertid.

Tilsvarende skulle Ateas tilbud vært avvist fordi det ikke inneholdt nettopprisliste, fordi forholdet er i strid med konkurransegrunnlagets egen avvisningsbestemmelse i vedlegg 07.1 punkt 3.2 tredje setning som lyder: «*Mangelfull prissetting eller utforming av tilbud som kan skape tvil om sammenligningsgrunnlag vil ikke bli evaluert og dermed medføre avvisning.*»

Med samme grunnlag – at Atea ikke leverte nettopprisliste med sitt tilbud – kan avvisning også hjemles i kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 5, med henvisning til praksis i EU domstolen (C-243/89 (Storebælt) premiss 39-40, KOFA-2003-146, Dragsten side 668 og forarbeidene til nytt anskaffelsesregelverk NOU 2014:4 kapittel 25.4.5.2.

I tillegg skulle Bodø avvist Ateas tilbud fordi det var unormalt lavt og i strid med FOA § 20-14. Selv om avvisningsbestemmelsen er en «kan» regel som i utgangspunktet gir oppdragsgiver en rett og ingen plikt til å avviste tilbudet, vil oppdragsgiver etter omstendighetene ha plikt til å undersøke nærmere og eventuelt avvise et tilbud om det vil være i strid med de grunnleggende krav i LOA § 5 og FOA § 3-1, til likebehandling og forutberegnelighet, se Dragsten side 663 og KOFA-2008-2 premiss 41.

Kommunen har selv i prosesskrift for KOFA 2018/568 erkjent at: *«Atea har i sitt tilbud oppgitt priser på tre PC-er fra Lenovo. Disse prisene er klart lavere enn den prisen iTet oppgir som sin netto innkjøpspris fra Lenovo.»* Braathe er av den oppfatning at Bodø pliktet å avvise Ateas tilbud fordi prisingen av IKT utstyr var unormalt lave og fiktive, og som Atea selv har oppgitt er teoretiske innkjøpspriser. Braathe gjør gjeldende at Atea har tilbud IKT-utstyr i sitt prisskjema til under innkjøpspris og således var bundet til en negativ avanse, hvilket åpenbart er unormalt lavt. Anførselen om negativ avanse har støtte i øvrig dokumentasjon.

Braathe anfører i tillegg at de under nevnte forhold enkeltvis, og iallfall samlet, er av en slik alvorlig karakter at de utgjør vesentlige forbehold eller avvik som skulle medført at Bodø pliktet å avvise Ateas tilbud fra konkurranse i henhold FOA § 20-13 første ledd.

Det fremgikk av Ateas tilbud at Altibox skulle benyttes som underleverandør for bredbåndtjenester. Vedlagt Ateas tilbud fulgte Altibox sine vilkår i form av en Service Level Agreement (SLA) og *«IP-VPN Tjenestebeskrivelse»* for disse tjenestene.

Stikkordsmessig inneholdt således Ateas tilbud følgende avvik eller forbehold til konkurransegrunnlagets vedlegg 02.7:

- 1) til datarom i forhold til krav 2.3.2 i forhold til *«Tjenesten leveres med fysisk tilknytning til der hvor dagens termineringsutstyr er plassert»*. Dette i forhold til SLA punkt 10 om plassering, strøm, temperatur, ventilasjon og luftfuktighet; og
- 2) om bistand fra Kunden i forhold til krav 2.3.9 om at *«Kunden forutsetter at feilretting ikke krever operativ bistand fra Kunden»*, i forhold til SLA punkt 8 om kundens ansvar og forutsetninger; og
- 3) om mindre bredbåndskapasitet enn krav til kapasitet spesifisert i krav 2.3.1 fordi Ateas tilbud inneholdt Altibox dokumentet *«Tjenestebeskrivelse IP-VPN»* der det fremgår at *«Kapasitet er inkludert eventuelt overhead i nettverksprotokoller. En må derfor påregne 3-5% lavere tilgjengelig båndbredde for kundens trafikk»*; og
- 4) i form av en rekke avvikende definisjoner slik de fremgikk av *«Tjenestebeskrivelse IP-VPN»* knyttet til definisjoner for feil, nedetid, feilhåndtering, vedlikeholdsvindu, tilgjengelighet og tjenesten. Avvikene eller forbeholdene må anses slik at Atea har tatt forbehold eller hatt avvikende definisjoner til sentrale deler av bilag 10 og bilag 5, og

- 5) omfattet kun ukrypterte linjer i strid med konkurransegrunnlaget vedlegg 01.02 Statement of work punkt 6 underpunkt 2 der det fremgår at «Alle linjer skal være krypterte», men tilbød kryptering kun som en opsjon. (retten understreking)

Det fremgår av konkurransegrunnlaget at kravene til datarom, feilretting skal skje uten bistand fra Kunden og kapasitet bredbånd er absolutte ved at de er markert som «A». Det var klart at konkurransegrunnlaget ikke åpnet for alternative tilbud eller tilbud på deler av oppdraget. Når leverandøren ikke oppfyller disse kravene må tilbudet avvises.

Subsidiært gjøres samtlige av de over nevnte forbehold eller avvik anført over gjeldende for negativ kontraktsinteresse. Kommunen har forskjellsbehandlet leverandørene ved ikke prise disse avvikene ved evalueringen av Ateas tilbud.

Dersom retten mot formodning kommer til at Ateas tilbud ikke skulle vært avvist, gjøres det subsidiært gjeldende under den positive kontraktsinteresse at Braathe uansett ville vunnet konkurransen fordi Bodø har foretatt flere feil ved tildelingsevalueringen og evalueringen av priselementer. Feilene gjøres også gjeldende som ansvarsgrunnlag for negativ kontraktsinteresse.

Den første korreksjonen er at kommunen har foretatt en ulovlig volumjustering av IKT infrastruktur. Braathe ba konkret kommunen om tilbakemelding på hvordan tabell i vedlegg 07.2 skulle fylles ut og fikk bekreftet at prisene ikke ville bli volumjustert. Bodø kan ikke velge å endre fremgangsmåte etter inngitt tilbud og denne endringen har favorisert Atea. Dette strider mot det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet og likebehandling og gjelder også for de andre påpekte feilene.

Bodø har videre unnlatt å prise at Atea tilbød ukrypterte bredbåndslinjer.

Bodø valgte å evaluere prisene på IKT utstyr to ganger ved evaluering av priser driftstjenester ved bestilling, klargjøring og levering av utstyr. Dette var i strid med tildelingskriteriene og den innbyrdes vektning av underkriteriene for total kostnad.

Det fjerde feilaktige forhold knyttet til tildelingsevaluering og evalueringen av priselementer er at kommunen har lagt inn en kostnad på i overkant av en million kroner for bestilling klargjøring og levering av utstyr. iTet er feilaktig lagt til 154 kroner per enhet for de oppgaver som fremkommer i kravspesifikasjonen vedlegg 01.2 Statement of Work kapittel 8. Det er feil å inkludere denne prisen både under evaluering av driftskostnad, slik tildelingskriteriene krever, og under IKT-utstyr, slik kommunen valgte. Bodø har vilkårlig blandet priselementer og ikke i henhold til prismatrise og tildelingskriterier, og dette utgjør en klar feil som gjør at både tallgrunnlag og vektning blir feil. iTet skulle hatt 5 poeng mer i denne sammenheng.



Bodø har dessuten feilaktig evaluert implementeringskostnad for bredbåndslinjer med kroner null, men det ut ifra tilbudet til Atea skulle vært evaluert med en etableringskostnad på NOK 100 000. Det kan være flere slike skjulte kostnader grunnet utbredt sladding av det fremlagte tilbud fra Atea. Etterfølgende fakturering for disse kostnader til både Bodø og Steigen kommune viser feilen, hvilket også er hensyntatt i KOFA's gebyrvedtak i sakene 2018/568 og 2018/7.

Forholdene redegjort for over gjelder kun kvantifiserbare feil ved evalueringen. Bodø har urettmessig trukket Braathe ved den kvalitative vurdering i den andre tildelingen, med endret begrunnelse. Størst endring er knyttet til volumjustering og av evaluering skjer over en 4 års periode samt at avvik eller forbehold i SLA ikke er prissatt.

Videre anføres til støtte for negativ kontraktsinteresse at kommunen har brudd forhandlingsforbudet i FOA § 21-1 første ledd. Det fremgår av dokumentasjon fra blant annet kommunens advokat i advokatfirmaet DLA Piper som behandlet innsynsbegjæring og tilgang på kontrakten. I korrespondansen fra DLA Piper er det uttalt at det foregikk forhandlinger, det ville skade kommunens posisjon om innsyn ble gitt og at kontrakten ikke ble ferdigstilt. Kommunens etterfølgende avvikende og innbyrdes motstridende forklaringer må det ses bort i fra. Det har formodning mot seg at det ikke har vært skriftlig korrespondanse og møtevirksomhet knyttet til nevnte forhandlinger. At 600 siders dokumentet har blitt til i et vakuum er en påstand som faller på egen urimelighet. Aktiviteten gjenspeiler sentrale forhold knyttet til kontrakten og ikke forhold som kan anses som avklaringer.

Kommunen stilte krav om spesifikke produkter (Ipad) i strid med i FOA § 17-3 tiende ledd og tilhørende KOFA praksis.

For utmåling av erstatning for positiv kontraktsinteresse vises det til rapport utarbeidet av KPMG og tilknyttet vitneforklaring fra statsautorisert revisor Remi Selsbakk. Det har i ettertid fremkommet opplysninger om at det er kommunale enheter eller virksomheter som har gjort avrop på den kontrakt Atea ble tildelt som ikke er med i beregningen, som hadde medført et høyere beløp. Tapsberegning er foretatt med det gode erfaringsgrunnlag i Tet hadde ved å være mangeårig leverandør til Bodø før den omtvistede konkurransen. Braathe har overholdt tapsbegrensningsplikten. Når det gjelder negativ kontraktsinteresse vises det til dokumenterte fakturaer og fremlagt interne timeregnskap i forbindelse med anbudet.

Det ble nedlagt slik påstand:

1. Bodø kommune dømmes til å betale erstatning til Braathe Gruppen AS fastsatt etter rettens skjønn, med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
2. Braathe Gruppen AS tilkjennes sakens omkostninger.

*Saksøkte, Bodø kommune har i korte trekk gjort gjeldende:*

Braathes erstatningskrav er feilaktig basert på at kommunen skal ha opptrådt erstatningsbetingende i forbindelse med anbudskonkurransen. Bodø er av den oppfatning at vilkårene for erstatning ikke er oppfylt. Det foreligger hverken feil som kan være ansvarsgrunnlag, eller årsakssammenheng mellom de anførte brudd på anskaffelsesregelverket og det påståtte økonomisk tap. Uansett bestrides størrelsen på Braathes krav. Det er saksøker som har bevisbyrden for sitt krav og for at vilkårene for erstatning er oppfylt.

Anskaffelsesregelverket gjelder kun frem til konkurransen er avsluttet, dvs. til 3. januar 2017 når kontrakt mellom Bodø og Atea ble inngått. Eventuelle ulovlige anskaffelser, brudd på offentlighetslov, arkivlov eller rutiner eller annen etterfølgende opptreden er irrelevant for denne saken.

Det er et visst rom for feil ved vurderingen som det må tas hensyn til. Ansvarsgrunnlag for den positive kontraktsinteressen gjelder kun vesentlige feil. Ved denne vurdering skal det tas hensyn til størrelsen på feilen, typen feil og hvor mye oppdragsgiveren kan klandres, jf. HR-2000-135 på side 120.

Regelbrudd må kvalifisere inn under FOA § 15-1, første og tredje ledd. Det er tillatt gjøre endringer i en rammeavtale så lenge den ikke er vesentlig og det fremgår av § 15-2 annet ledd at det er en adgang til å konsultere med tildelt leverandør og om nødvendig be om at tilbudet utfylles.

Det foreligger ikke et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd på lov eller forskrift i medhold av lov, i henhold til LOA § 11 og som fremholdt i HR-2019-1801-A avsnitt 77. Det skal foretas en objektiv tolkning, basert på anskaffelsesdokumentenes og tilbudets ordlyd, jf. Rt-2012-1729 avsnitt 57 og det er lite rom for subjektive oppfatninger og vurdering av etterfølgende omstendigheter. I samme avgjørelse fremgår av avsnitt 95 at det er avgjørende hva en «normalt forstandig tilbyder» ville oppfattet.

Kvalifikasjonsgrunnlaget la opp til en hovedavtaleleverandør med underleverandører, at prekvalifikasjonsrundens hovedformål var å «grovsile» leverandører med relevante referanseprosjekt og erfaring i å være tjenesteleverandør for organisasjoner innenfor de samme områder og omfang som Bodø og at kommunen ønsket en leverandør med rollen som «*Single Point of Contact*». Det var klart forutsatt at ingen leverandører selv skulle levere bredbåndtjenester. Kvalifikasjonsgrunnlaget kan ikke oppfattes slik at en leverandør som tilfredsstilte disse kriteriene skulle avvises eller ekskluderes. Atea hadde tre referanseprosjekt og Evry seks som alle viste erfaring innenfor samme området og omfang.

Uansett mener kommunen at prekvalifiseringsvurdering ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglig skjønn som retten ikke kan prøve, et standpunkt med støtte i en rekke KOFA avgjørelser. Dessuten oppga Atea i sin prekvalifiseringssøknad til punktet om å vedlegge forpliktelseserklæringer for samarbeidsparter eller underleverandører at: *«Det er ved tilbudets innlevering ikke kjent om Atea skal benytte underleverandører på avtalen.»* Det ble ikke stilt noen plikt om forpliktelseserklæring i tilbudsinnbydelsen og et slik krav følger heller ikke av ordlyden til FOA §17-9 annet ledd. Manglende forpliktelseserklæring er ingen avvisningsgrunn for Ateas eller Evrys tilbud.

Kommunen tilbakeviser at det foreligger avvisning på grunn av forholdet ved tilbudet til Atea. Det følger forutsetningsvis av FOA § 20-13 annet ledd bokstav a) at ikke enhver form for avvik, forbehold eller ufullstendighet er relevant og at oppdragsgiver må godta ubetydelige avvik og forbehold. Oppdragsgiver «kan» velge å avvise et tilbud når et avvik hverken er ubetydelige eller vesentlige, det vil si når avviket ligger et sted i mellom disse kriteriene. Det er enighet om at oppdragsgiver må avvise ved vesentlige avvik, jf. FOA § 20-13 første ledd.

I konkurransegrunnlaget fremgår det henholdsvis i punkt 4.6 og 5.3 at forbehold og avvik i skal plasseres i et eget dokument kalt *«Tilbyders forbehold»* og at alle avvik skal være presise, entydige og klart fremgå av tilbudet. Atea hadde ingen slike reservasjoner, forbehold eller avvik i sitt tilbud i Vedlegg 02.2 *«Leverandørens svar til Statement of Work»* eller Vedlegg 02.5 *«Leverandørens reservasjoner»*. Det fremgår også av FOA § 20-3 at *«Avvik skal fremgå klart av tilbudet, og være presist og entydig beskrevet.»*

Det følger av rettspraksis at presumsjonsprinsippet gjelder særlig i tilfelle hvor leverandøren uttrykkelig i tilbudet har akseptert alle vilkår, og at tilbudet skal tolkes i samsvar med konkurransegrunnlagets krav. Kommunen er således uberørt av det står noe avvikende i Alibox' SLA og med et slikt kontraktperspektiv kan Braathes anførsel vanskelig gjøres gjeldende. Atea har dessuten i sitt tilbud angitt at: *«Det er ikke forespurte tjenester eller deler av forespurte tjeneste som ikke vil bli levert av Leverandør.»*

Det er ubestridt at Atea ikke leverte nettoprisliste eller «annen dokumentasjon». Imidlertid er dette uten betydning. Manglende levering av netto prisliste utgjør hverken et «vesentlig avvik» fra kvalifikasjonskravene, jf. bokstav e, et «vesentlig forbehold» mot kontraktvilkårene, jf. bokstav d, eller en «ufullstendighet som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene», jf. bokstav f, ettersom det i konkurransegrunnlaget ikke ble stilt krav om overlevering av netto prisliste.

Pris på IKT-utstyr ble evaluert basert på tilbudspriser på et kjernesortiment, og hverken netto innkjøpspriser eller leverandørens avanse har hatt noen betydning for evalueringen. KOFA har lagt til grunn i en rekke saker at det foreligger kun en avvisningsplikt når det har hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene. Konkret i denne saken

kom KOFA i sak 2016/18 at det var en ufullstendighet, men som ikke hadde betydning for vurderingen av tilbudene etter bokstav f). Anførsel og vurdering av konkurransegrunnlaget og tilbudet er lik i dag som den gang. LB-2015-186095 at terskelen er høy og viser dessuten at store prisforskjeller og regnefeil ikke i seg selv medfører avvisning. Følgelig foreligger ingen avvisningsplikt etter FOA § 20-13 første ledd.

Manglende nettopprisliste er heller ikke et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene, jf. bokstav d). Et kontraktforbehold er et spørsmål om forutsetningen i tilbudet overfører risiko fra tilbyder til oppdragsgiver og et slikt kontraktforbehold krever etter rettspraksis klarhet og presisjon, jf. LF-2018-91633. Bestemmelsen er ikke anvendelig for den manglende nettopprisliste. Selv om det var vanskelig å beregne påslagsprosenten er det ikke slik det fremsto på tilbudstidspunktet. Det er den samme påslagsprosenten som er benyttet hele kontraktperioden og dette er fulgt opp av kommunen. Hadde det vært et normalt kontraktsforløp med inngått kontrakt i 2015 og løpende leveranser – og ikke tvist om tildeling – ville kommunen fått levert varene fra kjernesortimentet etter de prisene som var oppgitt i Ateas tilbud. Uansett er et eventuelt forbehold ikke vesentlig og det vises til KOFA 2016/18 avsnitt 62 konklusjon som kommunen tiltrer.

For det tilfelle at manglende nettopprisliste innebærer et vesentlig forbehold anfører kommunen subsidiært skulle at tilbudene til også iTet og Every også skulle ha vært avvist. Dette fordi iTet hadde angitt kr 154 per enhet som fast kostnad ville ikke kommunen kunne regnet ut fortjenesten med å benytte nettopprislisten og oppgitte priser.

Braathes subsidiære anførsel om at avvisning skal skje fordi Ateas tilbud var unormalt lavt kan heller ikke føre frem. Oppdragsgiver har en diskresjonær adgang for avvisning i disse «kan» bestemmelsene i FOA § 20-13 annet ledd c, alternativt LOA § 5. Det er lov å gå med tap og bestemmelsene krever mye for at vilkårene er oppfylt. Med støtte i rettspraksis og juridisk teori foreligger det ingen avvisningsplikt for Bodø fordi var et unormalt lavt tilbud fra Atea.

Fordi Atea oppfylte kravet til sikre kommunikasjonskanaler ved å tilby IP-VPN, er det ikke noe avvik at Atea ikke tilbød krypterte bredbåndlinjer. Kravet ble klarlagt i eget spørsmål og svar. Heller ikke at kryptering i Ateas tilbud ble lagt inn i egen fane som opsjon tilsier avvisning. Dessuten var lokasjonene like som for anbudskonkurransen og iTet kjente dette som eksisterende leverandør på tilbudstidspunktet. Uansett er ikke dette et avvik eller forbehold som er vesentlig.

Heller ikke de fem anførselene knyttet til Ateas bredbandleverandør Altibox og tilhørende SLA er forhold som hverken enkeltvis eller samlet utgjør avvik eller forbehold og utgjør noen avvisningsplikt for kommunen. De anførte forbehold er hverken enkeltvis eller samlet vesentlige forbehold eller avvik.

Først og fremst er kommunen uenig at det skal anses som et forbehold at SLA til Altibox fulgte med Ateas tilbud. Kontraktsforholdene er at Altibox er forpliktet overfor Atea, og Atea er forpliktet overfor kommunen. Atea er Single Point of Contact og vilkårene mellom Atea og kommunen er de som er gjeldende. Dette prinsipp fremgår også av FOA § 17-1 annet ledd bokstav h) om at det stilles krav om at leverandøren opplyser i tilbudet hvor stor del av kontrakten som eventuelt skal tildeles underleverandører, samt hvilke underleverandører han foreslår. Opplysningene får ikke virkning for hovedleverandørens kontraktansvar. Det følger av FOA § 19-2 første ledd og kommentarene til bestemmelsen i Karnov om at bruk av underleverandører hverken fritar hovedleverandøren fra sitt kontraktansvar overfor oppdragsgiver eller gir oppdragsgiver noen rett til å fremsette krav direkte mot underleverandøren. Den fremsatte anførselen har hverken ført frem i KOFA 2016/18 i avsnitt 68-72 eller den midlertidige forføyningen og kommunen tiltrer disse begrunnelsene.

I tilknytning til anførselen om at Atea ved å legge ved Altibox SLA skal ha tatt forbehold for plassering av datarom, påpeker kommunen at Atea svarte i sitt tilbud «JA. Oppfylles» til alle krav i vedlegg 07.02 punkt 2.3.2 og Vedlegg 01.2 Statement of Work punkt 13.7. Dette svar gjør at det er ingen motstrid mellom SLA og konkurransegrunnlaget. Presumsjonsprinsippet gjør seg særlig gjeldende når oppdragsgiver har bedt om at forbehold må inntas konkrete steder i konkurransegrunnlaget.

Tilsvarende gjelder for det anførte avvikende krav i SLA om at feilretting ikke krever operativ bistand fra kunden. Det er klart at kunden må medvirke, men operativt bistand er noe helt annet. Det vises til at konkurransegrunnlaget forutsetter samarbeid mellom avtalepartene i bilag 6 «Administrative bestemmelser».

Imøtegåelsen som redegjort for gjelder også for feil anført om kapasitet bredbånd. En «overhead» på 3-5 % er helt normalt og uansett vil dette ikke være vesentlig i en så stor anskaffelse.

Av samme grunner kan heller ikke anførsel om at definisjoner i Altibox dokumentene avvek fra konkurransegrunnlaget føre frem. Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 4.7 «Struktur for tilbudet» at bilag 10 som gjelder definisjoner ikke et vedlegg som skal fylles ut og leveres, hvilket Atea heller ikke gjorde i sitt tilbud. Uansett vil kravet om grad av klarhet og presisjon for at noe skal anses som avvik være så høyt fordi Atea svarte «JA. Oppfylles.» at svaret hindret at vedlagt SLA kan oppfattes som avvik. Videre er kravene til tjenestekvalitet indikativ ifølge konkurransegrunnlaget bilag 05.01 «Tjenestenivå» ved at kommunen «er innstilt på å kunne justere både tekst, innhold og kvalitetskrav iht. Leverandørens standard tjenester såfremt kvalitetsnivået for disse tjenester ligger i nærhet av verdien beskrevet under.»

Det må også for negativ kontraktsinteresse foreligge et tilstrekkelig kvalifisert brudd for at det skal foreligge et ansvarsgrunnlag, hvilket kommunen bestrider er tilfelle med henvisning til imøtegåelsen over.

Det forelå ingen avvisningsplikt av tilbudet til Evry når det gjaldt manglende forpliktelseserklæring og nettopprisliste.

For at anførselene om manglende prissetting av avvik skal føre frem er det flere forhold som må være oppfylt. Første forutsetning er at det må være et avvik. Deretter må avvikene være mulig å prissette, og om det kan prissettes må det kunne være sammenlignbart med de andre tilbudene. Motsatt skal prissetting unngås om de er usikkert, vanskelig eller umulig. Det er ikke slik at oppdragsgiver skal gjette seg til en løsning. En prissetting skal gjøre tilbudene sammenlignbare, om ikke kan det være brudd på likebehandlingsprinsippet.

For kryptering er sammenligning mulig, men iTet tilbød kun 6 lokasjoner. Bredbåndshastighet er det uklart hvordan skal prissettes fordi det ikke er grunnlag for om det vil koste leverandør mer eller eventuelt hvor mye. Tilsvarende om krav til datarom og operativ bistand der det er umulig med noen kostnadsvurdering.

Det er anført til negativ kontraktsinteresse at det ved anbudskonkurransen forelå ulovlig tildelingskriteria ved kjøp av IKT-utstyr, hvilket kommunen bestrider. Det fremgår av Vedlegg 07.1 Prisbestemmelser i punkt 3.1.1 at: «*Pris baseres på tilbudte priser i tilbudsdokumentet*». En slik pristilnærming må anses å ha slik tilknytning til leveransen at den egner seg til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i henhold til FOA § 22-2 annet ledd med tilhørende KOFA praksis, og det er uten betydning at det kan skje taktisk prising, jf. KOFA 2016/71 avsnitt 36. Således er tildelingskriteriet lovlig.

For påståtte feil ved evalueringen vises til det som er anført over om at slike vurderinger ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønn. Det er ikke skjedd noe urettmessig omgjøring av tildelingsbeslutningen. Uansett ble feil rettet i andre tildeling og det foreligger hverken tilstrekkelig kvalifisert brudd eller årsakssammenheng med tapet krevd for negativ kontraktsinteresse.

Det er heller ikke ved evaluering av priser IKT utstyr foretatt noen ulovlig vektning og feil priser ved bestilling, klargjøring og levering av utstyr. Noe brudd på LOA § 5 og kravet til forutberegnelighet kan således ikke konstateres. Evaluering har skjedd rettmessig på bakgrunn av tildelingskriteriene. Det ville ikke ha noen betydning for rangeringen selv om Braathe skulle få gehør for anførselen om feil ved evaluering av kostnader for implementering av og opsjon av krypterte linjer.

Heller ikke anførselen om at kommunen stilte krav om spesifikke produkter (Ipad) kan føre frem. Forholdet ble avklart i spørsmål og svar og denne begrunnelse om at Ipaden var

nødvendig som verktøy i undervisning tilfredsstillende kravene i FOA § 17-3 tiende ledd og tilhørende KOFA praksis. Forholdet var heller ikke egnet til å forrykke konkurransen eller utelukket at andre leverandører ville deltatt. Kravene var berettiget i behovet og det foreligger ingen årsakssammenheng med den negative kontraktsinteresse.

Det siste ansvarsgrunnlaget – at kommunen skal ha brutt forhandlingsforbudet i FOA § 21-1 første ledd – er det heller ikke dekning for. Kontrakt ble inngått 3. januar 2017 og det er ikke noen holdepunkter for aktivitet som kvalifiserer til brudd på dette forbudet før dette.

Det økonomiske tapet og kravet under den positive kontraktinteresse må vesentlig nedsettes. iTet gikk med tap i forkant av dette anbudet og det stilles berettiget spørsmål om det i det hele tatt er noe påregnelig tap. Kommunen anfører at Braathe ikke har oppfylt tapsbegrensningsplikten, herunder å omdisponere sine ressurser når de ikke ble tildelt kontrakten. Det er ikke fremlagt dokumentasjon om Braathes andre oppdrag i kontraktsperioden.

KPMG rapporten som tar sikte på å beregne Braathes tap knyttet til den positive kontraktsinteressen inneholder feil og bygger på uriktige forutsetninger. Opplysninger gitt av Braathe som grunnlag i rapporten er udokumenterte, rapporten tar utgangspunkt i driftsresultatene til Braathe og ikke iTet, Bodø er ikke erstatningsansvarlige for øvrige parter i rammeavtalen eller andre kommuner som har gjort avrop, og slik tap er hverken påregnelig eller rimelig. Rentekostnader kan ikke kreve dekket fordi det ikke er årsakssammenheng mellom dette lånet og det påstått lidte tap og flere beregninger er basert på sannsynlighetsvurdering og ikke faktiske kjøp.

Knyttet til negativ kontraktsinteresse er det benyttet fortjeneste for prissetting av konsulenttjenester. Det må legges til grunn internkostnad på 350 kroner per time i stedet.

Det ble nedlagt slik påstand:

1. Bodø kommune frifinnes.
2. Bodø kommune tilkjennes sakens omkostninger.

Hovedforhandling ble avholdt i Salten og Lofoten tingretts lokaler i Bodø fra 22. november til 3. desember 2021. Det ble foretatt slik bevisførsel som fremgår av rettsboken.

### **Rettens vurdering**

1. *Avvisning fordi prekvalifiseringsøknadene manglet forpliktelseserklæring fra underleverandør for bredbånd*

Oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til

leverandørens deltagelse i konkurransen, jf. FOA § 20-12, første ledd bokstav a.

Partene er uenige i hva kravet konkret innebærer og har tatt utgangspunkt i ulike deler av beskrivelsen.

Braathe har fremhevet til støtte for sitt syn at kravet knytter seg spesifikt til beskrivelsen «*Bredbåndstjenester, inkludert TV signaler*» slik det fremgår i underpunkt 4 av totalt 8 underpunkter. Denne siterte teksten, som Braathe mener er avgjørende og som befinner seg i underpunkt 4, er inntatt i vedlegg 3 til punkt 1.1 «*Anskaffelsens formål og omfang*» der områdene det etterspørres erfaring fra er nærmere beskrevet.

Bodø mener at kravet er langt mer overordnet. Kommunen tar utgangspunkt i den overordnede beskrivelsen, det vil si beskrivelsen som er overordnet vedlegg 3. Etter kommunens oppfatning er kvalifikasjonskravet i prekvalifiseringsrunden før den endelig tilbudsinngivelse stilt i det mer overordnede punkt 5.4 «*Krav til erfaring*» i underpunkt II «*Dagens plattform*». Der er krav til erfaring beskrevet «*i å være en tjenesteleverandør for organisasjoner innenfor samme områder og omfang*».

Retten er av den oppfatning at kravene i prekvalifiseringsrunden ikke innebærer at vedkommende leverandør skal være tjenesteleverandør av alle elementer av leveransen. Denne forståelse følger av beskrivelsen av kravet i «*Vedlegg til kvalifikasjonsgrunnlaget*» under overskriften «*En hovedleverandør med underleverandør*» der det fremgår at «*Bodø kommune skal ha en leverandør som skal ta rollen som «Single Point of Contact» for alle hendelser og bestillinger. Dette vil gjelde både for driftsleverandør, applikasjonsleverandører og så vel som for (under) leverandører innenfor bredbåndstjenester og hardware (PC og annet utstyr).*» (rettens understrekning).

Etter retten syn var det de forespurte referanseprosjektene som var mest sentralt at kommunen ønsket dokumentert i leverandørens besvarelser. Med bakgrunn i det som er referert i de to avsnittene over, finner retten det ikke naturlig å forstå grunnlaget for prekvalifiseringsrunden dithen, at leverandørene måtte levere forpliktelseserklæring for å tilfredsstillende kravene i prekvalifiseringsrunden.

Selv om det var på det rene at ingen av leverandørene i prekvalifiseringsrunden selv skulle levere bredbåndstjenester, er retten av den oppfatning at en normalt forstandig tilbyder ikke kan mene at man skulle ekskluderes når vedkommende hadde dokumentert og svart ut de etterspurte krav til erfaring og oppfylte kravene som gjengitt i de to avsnittene over. Et krav om forpliktelseserklæring måtte fremgått tydeligere og mer spesifikt, etter rettens oppfatning.

Videre er retten av den oppfatning at det for Ateas vedkommende er av en viss betydning at det i deres prekvalifiseringssøknad ble inntatt at: «*Det er ved tilbudets innlevering ikke*



*kjent om Atea skal benytte underleverandører på avtalen».* Etter retten oppfatning innebærer teksten at Atea rettmessig kunne komme tilbake til benyttelse av underleverandører for bredbåndstjenester.

Det er således ikke grunnlag for avvisning av Atea eller Evrys prekvalifiseringssøknad på grunn av manglende levering av forpliktelseserklæring for bredbandleverandør.

## 2. *Avvisning av Atea tilbud grunnet manglende nettoprisliste*

### 2.1 Innledning

Retten oppfatter at Braathes hovedanførsel i saken er at Ateas tilbud skulle vært avvist fordi det manglet nettoprisliste eller «annen dokumentasjon», slik det fremgår nedenfor. Kommunen har ifølge Braathe ikke overholdt den plikt som følger av FOA § 20-13 første ledd bokstav d) til å avvise tilbudet fra Atea fordi det inneholdt «vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene». Retten trekker den slutning at dette er saksøker hovedanførsel basert på tid og omfang under saksforberedelse og hovedforhandling.

Braathes anførsel er oppfattet av retten dithen at avtaledokumentet uten nettoprislisten ikke inneholdt fullstendige prisvilkår, og at denne mangel er et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene. Retten finner det derfor nødvendig å redegjøre for nettoprislistens plassering i anbudskonkurransen og hvordan dette ble håndtert av tilbyderne og kommunen.

### 2.2 Kontrakten, kontraktsvilkårene og nettoprislisten

Dokumentstruktur for konkurransegrunnlaget fremgår av punkt 1.3. I andre kolonne til Del II fremgår det at kommunen skal for anskaffelsen benytte:

*«Driftsavtalen, Statens standardavtaler for IT-anskaffelser, SSA-D  
Innkjøpsavtale, Statens standardavtaler for IT-innkjøp, SSA-K»*

Under i samme tabell er bilagene til disse avtalene listet opp, og et av disse er:

*«Bilag 7 – Samlet pris og prisbestemmelser»*

Det er presisert i tekst under tabell for dokumenter og oppbygging at:

*«Bilagene 5, 6, 7, 8 og 9 kompletterer Bilag I og beskriver totalt sett omfang og de føringene som Oppdragsgiver legger til grunn i sin tilbudsforespørsel.»*

For å unngå misforståelser bemerker retten at betegnelsene bilag og vedlegg er benyttet om hverandre. Dokumentet over kalt bilag 7 er senere i konkurransegrunnlaget kalt Vedlegg 07.1.

Det er på det rene at konkurransegrunnlaget vedlegg 07.1 «*Samlet pris og prisbestemmelser*» inneholdt prisbestemmelsene og prisskjemaene som skulle benyttes i konkurransen. Vedlegg 07.1 inneholdt også flere ulike prisskjemaer, herunder ett for totale driftskostnader inkludert bredbåndstjenester, ett for kontorutstyr og infrastruktur, ett for konsulenttjenester og ett for implementeringskostnader.

Prisskjemaet for kontorutstyr og infrastruktur var lagt opp slik at det skulle gis pris på syv utvalgte IKT-hardwareprodukter og fire infrastrukturprodukter (avtalens kjernesortiment). Prisene som skulle gjelde for kjøp av øvrig kontorutstyr og infrastruktur fremgikk av Vedlegg 07.1 av punkt 3.1.1 «*Priser*»:

*«Pris baseres på tilbudte priser i tilbudsokumentet. 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. Dette skal også gjelde ved endring av modell og kjøper kan kreve innsyn i gjeldende nettopprisliste.*

*Komplett prisliste med gjeldende nettopriser skal legges ved tilbudet i vedlegg.»*

iTet innhentet i forbindelse med anbudskonkurransen tilbud fra flere underleverandører innenfor kontorutstyr, blant annet Lenovo og Dell. Lenovo bekreftet i epost 24. februar 2020 til Braathe at selskapet fikk de samme priser som Atea.

I forbindelse med KOFA sekretariatets anbefaling om å fremlegge den pris som Atea ga i tilbudet på tre Lenovoprodukter for å finne frem til Ateas påslagsprosent, bekreftet Ateas advokat i epost onsdag 25. mars 2020 til kommunens advokat Myhre:

*«Atea har ikke brukt prisene fra Lenovo fra september 2015 for å beregne kostnadene ved inngivelse av det pristilbud på disse tre produktene. Atea gjorde en helhetlig vurdering av kostnader ved leveransen planlagt for hele den aktuelle rammeavtaleperioden og kom frem til en teoretisk kostnadskalkyle på produktene ved innkjøpstidspunktet (etter kontraktsinngåelse). Denne kostnadskalkylen fra 2015 er dessverre udokumentert, og Atea kan ikke fremlegge den nøyaktige utregning i dag. Prisene på de tre produktene ble kalkulert i 2015 etter en helhetsvurdering som forklart nedenfor:» (Deretter er halvannen side sladdet, rettens merknad.)*

Uttalelsen over at Atea ikke benyttet prisene fra Lenovo står i kontrast til adv. Myhres uttalelse i prosesskrift 10. mars 2020 til KOFA i sak 2018/568:

*«Atea har i sitt tilbud oppgitt priser på tre PC-er fra Lenovo. Disse prisene er klart lavere enn den prisen iTet oppgir som sin netto innkjøpspris fra Lenovo. Det faller derfor på sin egen urimelighet at Lenovo skal ha gitt samme innkjøpspriser til iTet og Atea.»*

I forbindelse Ateas anke til Hålogaland lagmannsrett 14. november 2020 over Salten tingretts kjennelse av 8. november 2020 der Bodø ble pålagt å gi Braathe innsyn i usladdede dokumenter med enhetspriser kontorutstyr i Lenovo produkter mv. og usladdet epost av 19. februar 2020 med Ateas påslagsprosent, har Ateas advokat Ødegaard uttalt:

*«[...] Dag Frøhlich er leder av Atea Bodø og er den personen i Atea som best kjenner til de faktiske forhold hovedsaken omhandler. Han har lest avgjørelsen 8. november av Salten tingrett med saksnummer 16-100713TVI-SALT, og har skrevet en erklæring om de faktiske forholdene slik han kjenner til som Leder Atea Bodø, som fremlegges ihht tvistelovens § 21-12 andre ledd. [...]*»

Fra dette bilag 1 «Erklæring fra Dag Frøhlich knyttet til Ateas tilbud 2015 på rammeavtale fra Bodø kommune» siteres følgende:

*«[...] Ved min signatur bekrefter jeg at opplysningene er riktige. [...]*

*Atea er et konsern med over 7000 medarbeidere i hele Skandinavia og Baltikum. Av dem er de mange som arbeider med innkjøp og logistikk. Vår logistikkorganisasjon har eget lager sentralt i Växjö (Sverige) i tillegg til at vi har et godt samarbeid med de største grossistene innen it produkter i Skandinavia. Det er også verdt å nevne at vi i mange år har vært en av de viktigste samarbeidspartnere i Skandinavia og Baltikum for verdensledende produsenter av it-utstyr. Alt dette gjør at vi har inngående kjennskap til markedet for it produkter og utstyr, samt at vi har flere type muligheter for å gjøre fordelaktige innkjøp. Nedenfor forklarer jeg hva jeg mener med at Ateas dekningsgrad på enhetsprisene gitt i tilbudet 2015 ikke bare er basert på innkjøpsprisene Atea fikk fra Lenovo. [...]*

*Her er noen av noen av disse momentene, som lå bak vår konkrete vurdering for tilbudte enhetspriser i 2015, forklart nærmere, og det viser at Ateas kalkulerte dekningsgrad ble basert på mange faktorer:*

*Atea brukte sin knowhow og ekspertise om produktenes livssyklus, tilgjengelighet i markedet, kampanjer, lagerstatus og distribusjonskostnader for hvert tilbudt enhetspris.*

*Atea tok også hensyn til Ateas forventninger basert på estimert uttak av potensielle kunder i rammeavtaleperioden, muligheten for kortsiktig tap og hva som var minste dekningsgrad for Atea dersom Atea ble tildelt denne rammekontrakten.*

*Atea utfylte prisskjema inneholder bare enhetspriser, og hver tilbudt enhetspris er i seg selv en forretningshemmelighet for Atea, siden innsyn i slik enhetspris for en*

*konkurrent vil gi konkurrenten et konkurransefortrinn på fremtidige konkurranser som fortsatt er direkte skadelig for Atea. [...]*

*Atea spør ikke bare Lenovo om priser på slike produkter. Atea spør samtlige samarbeidspartnere, herunder andre selskap i Atea konsernet som f.eks. andre videreselgere som kan ha en kampanjepris eller annen spesialpris på visse volumprodukter.*

*De prisene Atea ga i tilbudet til kommunen var i dette prisskjemaet var gjennom bl.a. disse vurderingene, og Atea hadde flere telefon- og videomøter hvor disse prisene ble diskutert før de ble fastsatt med slik kalkulert fortjeneste.*

*Atea spurte i tillegg sitt søsterselskap i Sverige, som er Nordens største distributør av IT infrastruktur produkter. Atea AS i Norge har et søsterselskap i Sverige som heter Atea Logistics AB. Atea AS snakker også med dette logistikselskapet i samme konsern når priser for slikt utstyr skal beregnes. Dette logistikselskapet mottar daglig mange henvendelser om tilbud på diverse IT- utstyr, og Atea Logistics AB beregner spesialpriser ved innkjøp av enorme volum av samme type IT-utstyr. Atea Logistics AB kan samme dag bestille mange flere varer av samme type som f.eks. Bodø kommune kunne ha behov for i rammeavtaleperioden slik at Atea Logistics AB ville ha et stort lager hos seg av disse produktene og kunne få enda større rabatt fra selger av slike produkter.*

*Atea beregner også inn at Atea Logistics AB etter en bestemt tid ønsker å kvitte seg med slike volummodeller og derfor tilbyr alle selskap i Atea konsernet svært rabatterte priser, typisk som er halv pris av pris på kjøpstidspunktet.*

*Lenovos priser fra september 2015 gjaldt bare ut desember 2015, og erfaringsmessig faller pris på slike datamaskiner fra introduksjon til utfasing – siden marked stadig ønsker seg sterkere prosessorer mv. I Nettopprisliste Lenovo PC fra september 2015 står bl.a. dette forbeholdet fra Lenovo som viser at tilbyderne måtte kalkulere med andre priser for leveranser i årene fra og med 2016:*

*«\*Prisene er gyldige ut desember 2015. Prisene vil justeres for valutaendring etter dette.» [...]*

*Kort oppsummert vil jeg presisere følgende: I denne anbudsforespørselen gjennomførte vi før tilbud med slike enhetspriser ble gitt i 2015 alle de søk og forespørsler som er vanlig for oss, i tillegg til at vi vurderte muligheten for andre type innkjøp, basert på andre kriterier enn rammene gitt av anbudgiver. Enhetsprisene til Bodø kommune og SIIS kommunen var i henhold til forespørslens krav, og ville blitt effektivert dersom ikke kontrakts-tildeling hadde blitt stanset. Vi*

*kunne ikke se for oss at det ville ta neste 11/2 år fra vi skrev tilbudet til vi endelig signerte kontrakten. [...]»*

I tilknytning til anbudskonkurransen ble det stilt følgende spørsmål:

*«51. Viser til vedlegg 07.1 Samlet pris og prisbestemmelser.*

*I punkt 3.1.1 Prissetting, er det etterspurt «Komplett prisliste med gjelden[d]e nettopriser skal legges ved tilbudet i vedlegg.»*

*Nettopris tolker vi til å være tilbyders pris som oppnås til produsenten på de gitte produkter som er etterspurt. Alle produsenter har ikke en tilgjengelig prisliste og dermed tolker tilbyder at vedlegget skal være en bekreftelse på tilbyders nettopriser fra produsent. Ut i fra dette vedlegget vil oppdragsgiver se tilbyders nettopris fra produsent og vil dermed se påslagsprosenten som vil holdes fast i kontraktens levetid og gjelde for alle produkter.*

*Definisjon av Nettopris: Pris fra produsent inkludert frakt fram til sluttbruker. Dette vil sikre at punkt 3.1.2 og 3.1.3 er over prøvbar.*

*Har tilbyder tolket dette korrekt?*

*I motsatt fall ber vi om punktet utdypes og en nærmere definisjon av nettopris beskrives.»*

Kommunen ga følgende svar:

*«Tilbyder bes levere nettoprisliste eller annen dokumentasjon som gjør oppdragsgiver i stand til å vurdere om prissetting underveis i kontraktperioden er i hh 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.» (rettens understrekning)*

I epost 12. november 2015 fra Braathe ble kommunen ved daværende innkjøpssjef Øystein Nilsen og innkjøpsrådgiver Roger Fredriksen etterspurt som angitt under. Øystein Nilsen svarte samme dag med kopi til kommunens IKT-ansatte seniorrådgiver Bjørn Inge Furunes:

*«[...] Spørsmål 1.*

*-Kan ikke s[e] å ha mottatt nettoprislisten som skulle vært vedlagt besvarelsen til Atea (dette er jo BK tjent med å ha for etterprøving av avtalt avanse i en evt avtale)*

*Svar: Alle prisforespørsel framkommer i det sladde tilbudsdokumentet til Atea. [...]»*

Under hovedforhandlingen bekreftet Øystein Nilsen i sin forklaring på spørsmål fra Braathes prosessfullmektig at Atea ikke leverte innkjøpspriser fra sine leverandører. Foreholdt hans gjengitte svar i avsnittet over kan Nilsen ikke forklare hva han mente på

dette tidspunkt med dette svaret. Han tror ikke at kommunen fikk noe svar på avanse i Ateas tilbud. Hvilke undersøkelser Nilsen gjorde i forkant av nevnte svar eller om det ble avklart med noen som sto i kopi på svaret visste ikke Nilsen.

Videre ble Nilsen stilt spørsmål om hva han tenkte om at Ateas tilbud manglet nettopprisliste og således grunnlag for å beregne avanse. Nilsen svarte at avanse skulle låses inn på anbudstidspunktet og at både avanse og nettopprisliste burde fremgå av tilbudet. På oppfølgingsspørsmål om hvorfor det var viktig at dette burde låses inn, svarte Nilsen at det var viktig å vite for å ha kontroll på og håndtere forvaltning av avtalens priser.

Nilsen er oppgitt av Bodøs advokat i prosesskrift 2. juli 2021 for denne sak å være rett vedkommende for å besvare spørsmål knyttet til uttalelsene i tidligere prosesskrift og innestå for innholdet i disse forklaringene gitt i flere prosesskrift til KOFA i sak 2016/18 og inneværende sak. På denne bakgrunn ble derfor Nilsen av Braathes prosessfullmektig foreholdt opplysninger gitt av kommunen henholdsvis i KOFA 2016/18 i prosesskrift 24. februar 2016 om at «*Nettoprislisten ble senere ettersendt.*» med opplysninger gitt i samme sak 11. mars 2016 at «*Atea har ikke ettersendt nettopprisliste og kommunen har ikke bedt om at dette ettersendes. [...]*». Nilsen husker ikke noe av dette fordi hendelsene lå langt tilbake i tid, og kan ikke gi noen forklaring på hvorfor disse opplysningene ble gitt slik.

Øystein Nilsen ble også foreholdt teksten i epost med emne «*vedr. ny evaluering av deres tilbud.*» fra kommunens innkjøpsrådgiver Roger Fredriksen til Lasse Moe i Atea 18. november 2015 der Nilsen var i kopi.:

*«[...] I vedlegg 07.1 etterspørres nettopprisliste lagt ved tilbudet. Denne har vi ikke mottatt. Vennligst oversend gjeldende prisliste per 28.09.2015. Vil gjerne også ha informasjon om det foreligger opplysninger i tilbudsdokumentet hvor avansenivået på tilbudet produkter kommer frem.(ref. matrise fane 1. priser kontorutstyr og infrastruktur.) Ber om svar snarest og takker på forhånd. [...]*»

Nilsen mener kommunen fikk svar fra Atea, men kan ikke huske om dette skjedde skriftlig. Retten kan ikke se at det er fremlagt noe skriftlig svar på kommunens epost til Atea der nettopprisliste og avansenivå etterspørres eller at det er noen vitneprov under hovedforhandling som kan stadfeste at Atea svarte muntlig på henvendelsen.

Tilslutt ble Nilsen foreholdt epost 15. september 2017 der han var sammen med Geir Jørgensen, Atea i kopi fra Roger Fredriksen til Ateas daglig leder Dag Frølich:

*«[...] «Vi er nødt til å nedfelle skriftlig, og iht til avtale, hvilken kalkyle som er grunnleggende i forbindelse med prissettingen av de produktene vi kjøp[t]e hos dere. Det er et stort trykk fra Itet om krav om innsyn i diverse dokumenter og prismatrisen som Atea aldri leverte er et sentralt igjenvendende punkt.*

*Vi har drøftet problemstillingen tidligere. Det har endt opp med en forsikring fra dere om at prisene er kalkulert iht avtale.*

*Det er ingen grunn til ikke å tro på det, men det blir liksom litt «tynt» å fortelle omverdenen hvordan denne delen av kontrakten driftes.*

*Så..... vi er nødt å få produsert et slik dokument så snart som mulig.*

*Ber dere komme et forslag. [...]»*

Nilsen husket eposten og mente at han purret ved en telefon til Geir Jørgensen i Atea før dette tidspunktet, men at kommunen ikke fikk svar.

Foreholdt opplysningene over, erkjente Nilsen at Bodø hadde opplyste KOFA om at man ikke hadde bedt Atea om nettoprislisten, men at kommunen i henhold til epost gjengitt over hadde bedt Atea levere nettoprislisten.

Nilsen ble videre spurt om bakgrunnen for den muntlige avtalen kommunen inngikk med Atea knyttet til avanse. Konkret husket ikke Nilsen bakgrunnen, men oppga at den muntlige avtalen var en konsekvens at kommunen ikke fikk etterspurt dokumentasjon fra Atea, det vil si ikke mottok den etterspurte nettoprislisten.

Nilsen kunne ikke svare på hvem i kommunen som inngikk den muntlige avtalen om påslagsprosent med Atea. Roger Fredriksen var sentral, men Nilsen hadde ikke delegert myndighet eller gitt fullmakt til Fredriksen for denne handling. Inngåelsen av den muntlige avtalen var en rent praktisk avklaring ifølge Nilsen. Heller ikke kan Nilsen angi hvem i Atea avtalen ble inngått med, men nevnte at Dag Frølich og Geir Jørgensen kunne være aktuelle.

iTet leverte som etterspurt en liste over nettopriser på kontorutstyr og infrastruktur som vedlegg til sitt tilbud. Atea og Evry leverte ikke en slik liste. Evry oppga imidlertid at prisene i tilbudet rommet fem prosent påslag på gjeldende nettopriser. Ateas tilbud inneholdt ikke opplysninger om hvilken påslagsprosent enhetsprisene inneholdt eller hvilken påslagsprosent som skulle benyttes i fremtiden.

Med bakgrunn i dokumentasjon redegjort for over konstaterer retten at kommunen i konkurransegrunnlaget etterspurte Atea å levere nettoprislisten. I tillegg etterspurt kommunen nettoprislisten direkte fra Atea per epost både under og etter anbudskonkurransen. Formålet i anbudskonkurransen med denne dokumentasjonen ble også forklart av kommunen overfor Atea.

I mangel av nettoprislisten ble Atea etterspurt av kommunen om det forelå opplysninger i tilbudsdokumentet hvor avansenivået på tilbudte produkter fremkom. Som følge av at nettoprislisten manglet har kommunen og Atea etter kontraktinngåelse 3. januar 2017 inngått en muntlig avtale om påslagsprosent/avansenivå. Til KOFA i sak 2016/18 er det

innledningsvis gitt feilaktige opplysninger uten at kommunen kan oppgi hvorfor dette skjedde.

### 2.3 Skulle Ateas tilbud inneholdt nettopprisliste?

Kommunen har anført at manglende nettopprisliste fra Atea ikke kan utgjøre «forbehold mot kontraktsvilkårene» ettersom det i konkurransegrunnlaget ikke ble stilt krav om overlevering av nettopprisliste. Derneft om kontrakt hadde blitt inngått i 2015 ville kommunen fått levert varer fra kjernesortimentet etter de prisene som var oppgitt der. Videre er det kommunens oppfatning at samme påslagsprosent er brukt i hele kontraktperioden og dette er fulgt opp som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Selv om det nå ifølge Bodø kan være vanskelig å beregne påslagsprosent er det ikke slik det fremsto på tilbudstidspunktet.

Tolking av tilbudet skal skje som angitt av Borgarting lagmannsrett i LB-2014-156469:

*«[...] Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper. Det er den objektive forståelse av formuleringene i tilbudet, sett i lys av konkurransegrunnlaget, som må legges til grunn. Vurderingen må også skje i lys av formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 1, og de grunnleggende krav til oppdragsgiver om å sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5. [...].»*

Retten er ikke enig med kommunens første anførsel om at det ikke ble stilt krav om overlevering av netto prisliste. Det vises til punkt 2.2 over i tillegg til drøftelsen som følger.

Etter rettens oppfatning fremgår kravet først og fremst i klartekst av punkt 3.1.1 der det i konkurransegrunnlaget Vedlegg 07.1 står at:

*«[...] Komplette prisliste med gjeldende nettoppriser skal legges ved tilbudet i vedlegg.»*

Kravet kan hverken misforstås eller oppfattes annerledes enn at nettopprisliste skal leveres med tilbudet, etter rettens oppfatning.

En slik plikt til å levere nettopprisliste er samsvarende med KOFA sak 2016/18 avsnitt 60 og sak 2018/568 avsnitt 112 og 115.

Videre mener retten at både spørsmål 51 og ikke minst svaret ettertrykkelig sier at nettopprisliste skal leveres:



*«Tilbyder bes levere nettoprisliste eller annen dokumentasjon som gjør oppdragsgiver i stand til å vurdere om prissetting underveis i kontraktperioden er i hh til betingelser gitt i anbudet. (rettens understrekning)*

I svaret angis det i tillegg en begrunnelse for hvorfor nettoprislisten skal leveres – en begrunnelse som etter rettens oppfatning fullt og helt er i samsvar med teksten og det som fremgår tydelig i punkt 3.1.1.

Konkurransen var lagt opp slik at rammeavtalens kontraktsvilkår om pris for en vesentlig andel av produktene som skulle kjøpes i løpet av avtaleperioden, var regulert av en prismodell som forutsatte at tilbydernes nettopriser på tilbudstidspunktet var gjort kjent for oppdragsgiver.

Etter rettens oppfatning viser epost 15. september 2017 fra Roger Fredriksen i kommunen til Ateas daglig leder Dag Frølich at kommunen alltid har ment at nettoprislisten skulle leveres. Fredriksen konstaterer det at

*«[...] prismatrisen som Atea aldri leverte er et sentralt igjenvendende punkt. [...]».*

I tillegg har kommunen under anbudskonkurransen høsten 2015 selv har ment at nettoprisliste skulle leveres. Epost fra kommunens innkjøpsrådgiver Roger Fredriksen til Lasse Moe i Atea 18. november 2015 er ikke til å ta feil av:

*«I vedlegg 07.1 etterspørres nettoprisliste lagt ved tilbudet. Denne har vi ikke mottatt. Vennligst oversend gjeldende prislister per 28.09.2015.»*

At nettoprislisten også har betydning for beregning av avanse fremgår i samme epost:

*«Vil gjerne også ha informasjon om det foreligger opplysninger i tilbudsokumentet hvor avansenivået på tilbudet produkter kommer frem.»*

Retten oppfatter etterspurte opplysninger om avansenivå som en konsekvens at kommunen ikke har mottatt informasjon som gjør de i stand til å foreta denne beregning. Denne forståelse bekreftet kommunen ved Nilsens forklaring gjengitt over.

Kommunen kan således ikke nå i rettsaken høres med at nettoprislisten ikke skulle leveres, når kommunen både i anbudsgrunnlaget, i svar på spørsmål under konkurransen og i forbindelse med ny evaluering etterspør nettoprislisten.

Retten konkluderer at det i anbudskonkurransen var et klart og tydelig krav at nettoprislisten skulle leveres.

#### 2.4 Utgjør nettoprislisten en del av kontraktsvilkårene til rammeavtalen?

Braathes anførsel om at Ateas tilbud skulle vært avvist fordi den manglende nettoprislisten utgjør et vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene innebærer i realiteten en anførsel om at avtaledokumentet - uten nettoprislisten - ikke inneholdt fullstendige prisvilkår.

Retten må først konkret avgjøre om rammeavtalen partene signerte 3. januar 2017 rent faktisk fastsatte kontraktsvilkårene for pris på kontorutstyr og infrastruktur.

FOA § 4-2 bokstav f) angir at i forskriften menes følgende med:

«*rammeavtale*: avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder.»

Videre i FOA § 6-1 annet ledd er det angitt at:

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

Retten kan ikke se at de nå opphevede regler 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.» (rettens understrekning)

Foruten at de nye reglene på dette punkt ikke var ment endre rettstilstanden – det vil si at oppdragsgiver skal tildele kontrakter (eller gjøre avrop på en rammekontrakt) på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen – finner retten en viss støtte for dette syn i Dragsten: Anskaffelsesforskriften i kommentarene til § 26-2 første ledd der det fremgår at:

«[...] Prisen må kunne fastsettes på en objektiv måte. Vilråene for avrop uten ny kunngjøring er at uttakene er fastsatt i rammeavtalen, at den konkrete anskaffelsen etter sin art er omfattet av avtalen, og at avrop foretas innenfor de tidsrammene rammeavtalen fastsetter, slik klagenemndas sak 2004/310 (Skandia Automater) premiss 36.»

Etter rettens oppfatning må rammeavtalen inneholde kontraktsvilkårene som skal anvendes for de avrop oppdragsgiver skal gjøre i avtaleperioden, herunder vilråene om pris. Det er i tillegg nokså selvfølgelig av en avtales vilkår om pris skal fremgå av en rammeavtale, men

hjemmel for at pris vilkårene for avrop uten ny kunngjøring fremgår klart av bestemmelsene over som kommer til anvendelse.

Normalt må dette forstås som at selve prisen på produktene eller tjenestene som skal kjøpes i avtaleperioden, må være fastsatt i avtalen. Det er likevel ikke et krav om at prisvilkårene består av den eksakte prisen på ytelsen. I tilfeller hvor det er vanskelig å fastsette på forhånd hva som skal anskaffes, er det i praksis åpnet for at deler av prisevalueringen, og dermed rammeavtalen, kan basere seg på en prismodell hvor det konkurreres om påslag eller rabatter på gjeldende nettopriser. Retten viser her til KOFA 2018/568 avsnitt 110 som forankrer ovennevnte synspunkt i KOFA sak 2018/27. Retten er enige i KOFAs vurdering.

Det er på det rene at påslagsprosenten ikke har vært gjenstand for evaluering under priskriteriet, og dermed heller ikke har vært gjenstand for konkurranse. Imidlertid fremgår det av både konkurransegrunnlaget og kommunens korrespondanse gjengitt over at nettoprislisten skulle benyttes for å komme frem til påslagsprosenten og at påslagsprosenten skulle benyttes på fremtidige avrop som ikke var priset i tilbudet. I sist nevnte tilfelle med nye nettoprislister.

Som gjengitt over fremgikk det av konkurransegrunnlaget at pris på kontorutstyr og infrastruktur «*baseres på tilbudte priser i tilbudsokumentet. 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. Dette skal også gjelde ved endring av modell og kjøper kan kreve innsyn i gjeldende nettoprisliste*». Det var i tillegg angitt at komplett prisliste med gjeldende nettopriser skulle legges ved tilbudet i eget vedlegg.

Tilbudene ble altså evaluert basert på volumjusterte enhetspriser på elleve produkter. Slik konkurransen var lagt opp, skulle rammeavtalen dermed inneholde fastsatte priser for kjernesortimentet, mens prisen på de øvrige produktene skulle utledes av prisene på kjernesortimentet sammenholdt med tilbyderens nettoprisliste. Tilbyderne ble ikke bedt om å oppgi en påslagsprosent i tilbudene, noe hverken Atea heller ikke gjorde. Braathe og Evry oppga påslagsprosent.

Retten tiltrer således den vurdering som KOFA har foretatt i sak 2018/568 og særlig begrunnelsene gitt i avsnitt 112-113. Den underliggende vurderingen hvorvidt nettoprislisten er den del av kontraktvilkårene er således tilsvarende som KOFAs konklusjon om ulovlig direkte anskaffelser i sak 2018/568. Imidlertid har retten gjennom parts- og vitneforklaringer og ytterligere dokumentasjon et bredere bevisgrunnlag og mer solid fundament enn KOFA i sak 2018/568. Retten har således foretatt en mer omfattende vurdering.

Retten konkluderer etter dette at nettoprislisten skulle utgjøre en del av kontraktsvilkårene til rammeavtalen.

## 2.6 Bodø kommunes øvrige anførsler for at nettoprisliste ikke skulle leveres

Etter rettens oppfatning fremgår det klart av konkurransegrunnlaget at anbudskonkurransen la nettopp opp til at kontrakten inneholdt faste priser for kjernesortimentet, mens at prisen på de øvrige produktene skulle utledes av prisene på kjernesortimentet sammenholdt med tilbyderens nettoprisliste.

Det er uten betydning at prisene på kjernesortimentet mer eller mindre aldri kom til anvendelse. Prismodellen hadde nettopp tatt høyde for at utstyr gikk ut på dato og ble erstattet av nytt som ikke var opprinnelig priset. Ikke priset utstyr skulle prises basert på den informasjon som kommunen skulle fått for å beregne påslagsprosenten sammenholdt med nye nettoprislister. Når siste del av prismodellen inntrådte er helt underordnet etter rettens oppfatning og uansett rokker ikke ved at nettoprislisten skulle vært levert og er en del av kontraktsvilkårene.

Dernest er det argumentert med at samme påslagsprosent er brukt i hele kontraktsperioden og dette er fulgt opp som forutsatt i konkurransegrunnlaget.

Retten konstaterer at ingen personer fra hverken kommunen eller Atea som har vitnet i saken kan redegjøre for hvordan påslagsprosenten skal kunne utledes av de tilbudte enhetsprisene i tilbudet til Atea, som ble en del av kontrakten inngått 3. januar 2017. Kommunerevisjonen har heller ikke forsøkt foreta en slik kontroll som anbudskonkurransen la opp til. Undersøkelsen kommunerevisjonen foretok skjedde kun på grunnlag av opplysninger fra Atea og ikke på den informasjon som skulle leveres etter konkurransegrunnlaget og inngå som vilkår i rammeavtalen slik retten har konkludert med over.

Tvert imot ble det erkjent i forklaringer til involverte fra kommunen og Atea at det ikke er mulig å regne ut påslagsprosenten slik som konkurransegrunnlaget anviste og den der forutsette prismodell beskrev, med den informasjon Atea leverte.

Det var hverken mulig å kontrollere påslagsprosenten eller kontrollere nye avrop på rammekontrakten fordi Atea heller ikke under avrop har lagt frem nettoprislister for nye produkter ifølge disse personene.

Kommunen er overlatt til å stole på Atea som leverandør om riktigheten av de priser Atea oppgir som angitt av kontraktsvilkårene i den inngåtte rammeavtalen. Grunnet manglende nettoprisliste er prisvilkårene etter rettens oppfatning ikke i henhold til konkurransegrunnlaget og ikke ifølge det som skulle inngått som vilkår til rammeavtalen.

Uten den etterspurte nettoprislisten eller annen informasjon eller dokumentasjon om avansenivå, var det etter rettens oppfatning ikke var mulig å beregne påslagsprosenten, en oppfatning som er sammenfallende med kommunens ansatte oppfatning gitt under hovedforhandling. Tilsvarende oppfatning har KOFA har i sak 2018/568 i avsnitt 116.

Hvorfor kommunen har valgt å forlate denne opprinnelige prismodell fastlagt i anbudskonkurransen ved å anta Ateas tilbud, og falt tilbake til «å stole» på Atea uten å ha den informasjon for å kontrollere prisene som var fastsatt i konkurransegrunnlaget, har hovedforhandlingen i saken ikke gitt retten noe svar på. Kommunen kjente til konkurransegrunnlaget de selv hadde utarbeidet, har forklart hvordan kontroll og pris var tiltenkt både under og etter anbudskonkurranse og etterspurt nettoprisliste fra Atea, og dette sett i sammenheng fremstår for retten som uforklarlig.

Kommunen har anført at det er benyttet samme påslagsprosent fra Atea i hele kontraktsperioden. Etter rettens oppfatning er anførselen irrelevant i forhold til om nettoprislisten skulle leveres og om nettoprislisten inngår som en del av rammeavtalens kontraktsvilkår for pris. Redegjørelsen over viser at prismodellen og kontraktsvilkårene ikke er fulgt opp som forutsatt og fastsatt i konkurransegrunnlaget og rammeavtalen. Hovedforhandlingen har nettopp vist at det ikke er etterprøvbart at samme påslagsprosent er benyttet og kommunen må falle tilbake på å stole på Ateas prisopplysninger.

Siste anførsel fra kommunen til at nettoprislisten ikke skulle vært levert, er at selv om det nå kan være vanskelig å beregne påslagsprosent er det ikke slik det fremsto på tilbudstidspunktet.

Retten kan ikke se at beregning av påslagsprosent fremsto annerledes før, under eller etter kontraktstildeling. At kommunen spurte Atea i forbindelse med den andre tildelingen i epost 18. november 2015 om å levere nettoprisliste og etterspurte «*om det foreligger opplysninger i tilbudsdocumentet hvor avansenivået på tilbudet produkter kommer frem*» viser at forholdet var viktig og aktuelt. Ateas tilbud som kommunen selv oppfattet som mangelfullt og fremsto etter rettens oppfatning ikke annerledes på dette tidspunkt.

Atea leverte som kjent aldri noen nettoprisliste slik de skulle. I rammeavtalen som ble inngått 3. januar 2017, besto dermed prisvilkårene av Ateas tilbudte enhetspriser på kjernesortimentet, samt uttalelsen i konkurransegrunnlaget om at tilsvarende avanse skulle være bindende for øvrige produkter.

Retten legger derfor til grunn at rammeavtalen 3. januar 2017 ikke ble inngått på grunnlag av prismodellen gjengitt over i punkt 3.1.1 i vedlegg 07.1. Retten er av den oppfatning at nettoprislisten manglet og nettoprislisten skulle vært en del av disse prisbestemmelsene og kontraktsvilkårene.

Selv om det ikke er nødvendig for å begrunne rettens resultat, vil retten allikevel bemerke at rammeavtalen slik den ble inngått heller ikke regulerer hvordan enhetsprisene på det tilbudte kjernesortimentet skulle danne grunnlaget for den bindende påslagsprosenten som skulle gjelde ved kjøp av øvrig utstyr.

Rammeavtalen kommunen inngikk med Atea 3. januar 2017 inneholdt hverken informasjon om hvilke påslag Atea tilbød på de elleve produktene i kjernesortimentet, nettopprisliste og således ikke informasjon nødvendig for kommunen til å regne seg frem til en bindende prosentsats. Rammeavtalen inneholdt heller ikke denne henseende nødvendige kontraktsvilkår om pris for kjøp av kontorutstyr og infrastruktur.

Retten finner etter en samlet bevisvurdering der det særlig er lagt vekt på manglende skriftlig bevis sammenholdt med uttalelser fra Ateas ansatte at muntlige avtale om påslagsprosent først ble avtalt etter inngåelse av rammeavtalen 3. januar 2017. Imidlertid kan ingen tidfeste når den muntlig avtalen om prosentsatsen før den vitterlig fremkommer i ovennevnte sladdede epost datert 18. februar 2018. Retten finner dette bemerkelsesverdig.

Idet rammeavtalen ikke inneholdt kontraktsvilkårene om pris som avropene skulle inngås på grunnlag av, er det uten betydning at Atea og kommunen inngikk en muntlige avtale om påslagsprosent. Det er også etter rettens oppfatning uten betydning at Atea bekreftet og har gjennomført at samme påslagsprosent skulle gjelde for alle produkter som skulle leveres under rammeavtalen. Etter rettens oppfatning kan ikke manglende informasjon som skulle danne vilkår knyttet til pris og påslagsprosent repareres med nevnte etterfølgende opptreden.

Det er etter rettens oppfatning ikke et vilkår at Atea må ha tatt et formelt forbehold, men det er realitetene som er avgjørende. Støtte for dette finner retten i LF-2013-14272. Retten viser i tillegg til drøftelsene under om kommunens anførsler til formelle forbehold.

Retten konkluderer etter dette at nettopprislisten skulle leveres av Atea og at nettopprislisten inngår som en del av kontraktsvilkårene for pris. Fordi nettopprislisten manglet i Ateas tilbud utgjør det et forbehold mot kontraktsvilkårene.

## 2.7 Betydningen av uttalelsene i tidligere KOFA avgjørelser

I sak 2016/18 i avsnitt 60 har KOFA fastslått kort at nettopprisliste skulle leveres i henhold til konkurransegrunnlaget punkt 3.1.1 og at Ateas tilbud uten denne var ufullstendig. Om spørsmålet om ufullstendigheten var av en slik karakter at det ga kommunen plikt til å avvise tilbudet uttalte KOFA:

«[...] En slik plikt har oppdragsgiver som nevnt blant annet der ufullstendigheten "kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene", jf. § 20-13 (1) bokstav f. Det avgjørende er om ufullstendigheten har hatt

betydning for rangeringen av tilbudene, jf. klagenemndas sak 2015/133 avsnitt (22) med videre henvisninger.

Retten bemerker at uttalelsene i denne sammenheng er knyttet til en annen hjemmel enn den retten her behandler, og at det ikke er noe slikt krav om ufullstendigheten har hatt betydning for rangeringen av tilbudene etter FOA § 20-13, første ledd bokstav e) ved vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene.

Retten er uansett ikke enige at KOFA's vurderinger når de i avsnitt 62 uttaler at:

«[...] At valgte leverandørs tilbud manglet en nettopprisliste, kan etter nemndas syn heller ikke kategoriseres som [...] et forbehold mot kontraktsbestemmelsene, jf. bokstav d [...]. At prislisten ikke ble levert, hindrer ikke innklagede i å kontrollere om prisene for det øvrige sortimentet holder samme fortjenestenivå ved kontraktsoppfølgingen. [...]»

Det vises til domspremissene for øvrig for rettens begrunnelsen til denne uenigheten med KOFA i sak 2016/18.

I tillegg viser retten til standpunkt og begrunnelse gitt i KOFA saken 2018/568. I avsnitt 114 – 119 bekrefter KOFA at nettoprislisten skulle være en del av prisvilkårene til rammeavtalen. I avsnitt 123 er forholdet til tidligere KOFA sak ettertrykkelig adressert:

«Innklagede har også innvendt at klagenemndas konklusjon er lite forenlig med klagenemndas avgjørelse i sak 2016/18. Klagenemnda er ikke enig i dette. I sak 2016/18 tok nemnda stilling til om tilbudet til valgte leverandør inneholdt a. Dette kan ikke forstås slik at nemnda også tok stilling til avtalens prisvilkår mer generelt, eller konsekvensene av at nettoprislisten aldri ble innhentet for den videre kontraktshåndhevelsen, jf. også kompetansebegrensningen i klagenemndsforordningen § 12 tredje ledd.»

Retten ser ikke bort ifra at KOFA sak 2016/18 er fattet på et sviktende faktisk grunnlag. Dessuten er premissene i denne avgjørelsen knyttet til FOA § 20-13, første ledd bokstav e) hvorvidt det var vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene så knappe at det er vanskelig å få tak i begrunnelsen for standpunktet. I neste sak ble forholdet knyttet til rammeavtalens vilkår grundigere behandlet og KOFA i sak 2018/568 tok mer generelt stilling til avtalens prisvilkår, på samme måte som premissene i inneværende sak.

2.7 Er Ateas manglende nettopprisliste et «vesentlig» forbehold mot kontraktsvilkårene?  
Til støtte for kommunens syn om at manglende nettopprisliste ikke er et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene er det anført flere overordnet prinsipper og hensyn, som retten finner grunn til å behandle kort.

Kommunen har blant annet anført likebehandlingsprinsippet med tilhørende rettspraksis og det fremkommer slik i LOA § 5:

*«Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.» (rettens understrekning)*

Kommunen antok Ateas tilbud til tross for at de hverken hadde mottatt nettopprisliste og ikke var i stand til å beregne påslagsprosenten. Atea hadde bevisst valgt å oppgi priser som redegjort for over i strid med punkt 3.1.1. Involverte i Bodø kommune var fullt ut klar over manglene. Retten viser i den forbindelse til drøftelsene over og nøyter seg med å påpeke hva kommunen selv hadde oppgitt i Vedlegg 07.1, svar til spørsmål 51 og spesifikt etterspurt nettopprislisten fra Atea to ganger høsten 2015.

Det forhold at Atea således kunne fri seg fra den binding nettopprislisten innebar og fri seg den prismodell dette dokumentet var en del av, herunder den kontrollmekanisme, utgjør etter rettens oppfatning en fordel som kun tilkom Atea.

At kommunen tillot Atea ikke å levere nettopprislisten er etter rettens oppfatning et brudd på nevnte prinsipp om forskjellsbehandling og i strid med LOA § 5 og forbudet om at det ikke skal finne sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

Kommunen har overordnet anført at ved tolkning av konkurransegrunnlaget er det avgjørende hva en «normalt forstandig tilbyder» ville oppfatte, at konkurransegrunnlaget må ses i lys av formål det skal ivareta, andre reelle hensyn og systembetraktninger og at oppdragsgiveren bærer risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget. Kommunen har i denne sammenheng vist til Høyesteretts dom inntatt i Rt-2012-1729 (Mika) henholdsvis avsnitt 95, avsnitt 66-67 og avsnitt 58-60 i tillegg til annen relevant praksis. Prinsippet er nå kodifisert i FOA 2016 § 14-1 femte ledd.

Etter rettens oppfatning er det ikke tvilsomt hva som fremgår av konkurransegrunnlaget. Det vises til redegjørelsen over. Rettens konklusjonen – at nettopprislisten skulle vært levert av Atea og er en del av kontraktvilkårene – er den naturlige løsningen i lys av formålet (selve levering av nettopprislisten og at dokumentet inngikk i kommunens valgte prismodell for å beregne påslagsprosent), det prisregime som denne leveransen skulle ivareta og andre reelle hensyn og systembetraktninger. Om det er noen uklarheter så skal kommunen som oppdragsgiver bære denne risikoen, hvilket retten for orden skyld bemerker at det ikke er.

Tilsvarende gjør seg gjeldende for presumsjonsprinsippet som kommunen også har anført til støtte for sitt syn. Retten er som nevnt av den klare oppfatning at det ikke er uklart hvordan tilbudet til Atea skulle forstås. Det er ikke noe faktisk grunnlag for å hevde at



Ateas tilbud var uklart. Atea har, i stedet for å levere nettoprisliste slik det fremgikk av Vedlegg 07.1, bevisst unnlatt å levere nettoprisliste. Atea leverte i stedet en prisliste som inneholdt teoretisk beregnede priser som hverken kan dokumenteres eller er kontrollerbare i ettertid. Det vises til Frølichs redegjørelsen over. Dessuten ble levering av nettoprislisten klarlagt i spørsmål 51 og etterspurte av kommunen i flere omganger, og endog forklart av kommunen hvorfor den måtte leveres.

Etter rettens oppfatning vil hverken likebehandlingsprinsippet i LOA § 5, presumsjonsprinsippet, tolkningsprinsippene redegjort for av Høyesterett i Mikadommen, uklarhetsreglen, eller prinsippene om forutberegnelighet, gjennomsiktighet eller etterprøvnbarhet tilsi en annen eller avvikende løsning enn den retten har redegjort for og konkludert med over.

Kommunen har videre anført at fordi Atea ikke i inntok noen forbehold i Vedlegg 02.02 til sitt tilbud slik som konkurransegrunnlagets punkt 4.6 «*Forbehold*», punkt 5.3 «*Avvik og forbehold*» og Vedlegg 02.5 «*Leverandørens reservasjoner*» punkt 2.0 angir, så gjelder presumsjonsprinsippet. Særlig gjør dette prinsippet seg gjeldende ifølge kommunen i et slikt tilfelle som her hvor leverandøren uttrykkelig i tilbudet har akseptert alle vilkår, og konkurransegrunnlaget forutsetter at alle forbehold skal angis presist og klart når tilbudet er taust på dette punkt. Det er også anført FOA § 20-3: «*Avvik skal fremgå klart av tilbudet, og være presist og entydig beskrevet.*» Forenklet forklart mener kommunen at fordi Atea ikke tok forbehold som angitt, skal tilbudet oppfattes være i samsvar med konkurransegrunnlaget. Se innledningsvis drøftelse om formelle forbehold over.

Det fremgår i avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett (LB-2014-156469) som kommunen har påberopt at:

*«[...] Presumsjonsprinsippet ble imidlertid ikke tillagt avgjørende vekt da det ikke var tvilsomt at reglene var overtrådt. Både Marianne Dragsten: Offentlige anskaffelser (2013) side 608 og Goller, side 108, er av den oppfatning at det ut fra Høyesteretts praksis tyder på at det foreligger et presumsjonsprinsipp av begrenset rekkevidde. [...]» (side 7 nest siste avsnitt i.f., rettens merknad) og «[...] Dragsten side 295 konkluderer i spørsmålet om betydningen av at det i tilbuds brevet er angitt at tilbudet anses å være i overensstemmelse med konkurransegrunnlagets krav, med at en slik formulering ikke overstyrer klare avvik andre steder i tilbudet. [...]»*

Lagmannsretten gjengir deretter forholdet mellom uklarhetsreglen og presumsjonsprinsippet drøftet i forarbeidene til nye regler (NOU 2014:4 Enklere regler-bedre anskaffelser side 202-203) der utvalget gir sin tilslutning til at presumsjonsprinsippets rekkevidde er meget begrenset. Tilslutt fremgår at:

*«Lagmannsretten konkluderer etter dette med at det gjelder et presumsjonsprinsipp, men at dette har et snevert anvendelsesområde.»*

Etter rettens oppfatning er fakta i inneværende sak ikke innenfor dette snevre anvendelsesområdet for presumsjonsprinsippet som regelverket og tilhørende rettspraksis gir anvisning på. Som nevnt over er det ikke tvilsomt at nettoprislisten skulle leveres, at den inngår som en del av kontraktsvilkårene og at denne mangelen i Ateas tilbud er et forbehold mot kontraktsvilkårene.

Prinsippet kan således ikke få gjennomslag med den følge at Atea ikke skal anses tatt forbehold. Det fremgår over at Ateas manglende nettoprisliste var et reelt forbehold fra kontraktsvilkårene. Skulle presumsjonsprinsippet medføre at Ateas tilbud ble ansett være i henhold til konkurransegrunnlaget og kontraktsvilkårene til tross for mangelfull levering av nettoprisliste ville en slik løsning etter rettens oppfatning vært i strid med prinsippet om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Dette i tillegg til å være i strid med konkurransegrunnlaget og kontraktsvilkårene som angitt over.

Ateas tilbud og utfylling av konkurransegrunnlagets punkt 4.6 «*Forbehold*», punkt 5.3 «*Avvik og forbehold*» og Vedlegg 02.5 «*Leverandørens reservasjoner*» punkt 2.0 endrer ikke rettens standpunkt i avsnitt over.

Retten finner støtte for en noe tilsvarende situasjon i KOFA 2009/243 selv om det FOA § 20-13 første ledd bokstav f som behandles. Det vises til begrunnelsen i avsnitt 56. Den manglende nettoprisliste i Ateas tilbud er på tilsvarende måte som forholdet i denne KOFA sak sterkt avvikende fra kontraktsvilkårene som regulerte pris i anbudskonkurransen kommunen utlyste.

Kommunen har anført at den manglende nettoprisliste ikke er et forbehold som er «vesentlig» og således er uansett ikke vilkårene i FOA § 20-13 første ledd d) oppfylt. Bodø har anført at den manglende nettoprislisten ikke innebar betydelig risikoforskyvning i kontraktsforholdet, med støtte i Frostating lagmannsretts avgjørelse LF-2018-91633.

Retten mener at uttalelsen i dommen gjelder den konkrete saken og kan ikke tas til inntekt for at det er en slik generell regel om at det foreligger et krav om betydelig risikoforskyvning i kontraktsforholdet. I lagmannsrettssaken inneholdt tilbudet en forutsetning, hvilket er noe annet enn inneværende sak der Ateas tilbud manglet nettoprisliste.

Til vurderingen hvorvidt forbeholdet var «vesentlig» viser retten også til vurderingene gitt over om viktigheten at nettoprisliste skulle leveres og konsekvensen at den manglet.

Sett også i sammenheng med den prismodell som kommunen hadde valgt, herunder at nettoprislisten inngikk som en vesentlig og avgjørende bestanddel i beregning av påslagsprodusenten, er det for retten ikke tvilsomt at manglende nettoprisliste utgjorde ett vesentlig forbehold. Det var ikke lenger mulig å kontrollere om prisene på produkter som skulle erstatte kjernesortimentet var i samsvar med kontrakten. Dessuten ble den etterlyst av kommunen hvilket tilsier at nettoprislisten var viktig.

Braathe har anført at det gjort avrop på rammeavtalen for over 300 millioner kroner og alene for 40 millioner kroner av Bodø i 2018, at den nettoprislisten var knyttet til den eneste ytelsen som ikke var priset i fremtiden i tilbudene. Dette gjør at det var helt avgjørende at nettoprislisten skulle vært fremlagt. Nettoprislisten utgjorde en avgjørende bestanddel for å avgjøre påslagsprosenten. Mangelen gjorde at Atea i sin prisliste kunne prise produktene kunstig lavt for igjen senere ta igjen reduksjonen uten å kunne kontrolleres. Således innebar manglende nettoprislisten forbehold mot en grunnleggende og vesentlig kontraktsvilkår.

Videre anfører Braathe med henvisning til KOFA 2018/568 at nettoprislisten var nødvendig for lovlige avrop, hvilket alene gjør det manglende forhold vesentlig.

Retten mener som det fremgår over at terskelen for vesentlighet er overskredet konkret i denne saken alene ut i fra teksten i punkt 3.1.1 i Vedlegg 07.1 og spørsmål og svar 51 at nettoprisliste skal leveres og hvorfor.

Retten tiltre Braathes anførsler. Disse argumenter kommer i tillegg og styrker rettens standpunkt om at vesentlighetskriteriet er oppfylt i denne saken.

Retten konkluderer med at manglende levering av nettoprisliste er et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene og kommunen skulle derfor avvist Ateas tilbud, jf. FOA § 20-13 første ledd bokstav d).

Avslutningvis har kommunen subsidiært anført at om retten kommer til at manglende nettoprisliste fra Ateas side utgjør et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene, så skulle også tilbudene fra Evry og iTet vært avvist. Evrys tilbud skulle vært avvist fordi selskapet heller ikke leverte nettoprisliste. iTets tilbud skulle vært avvist fordi selskapet benyttet et priskalkyle der et prisen ble beregnet ved en kombinasjon av et prosentmessig påslag på nettopris, pluss et fast beløp (kr 154) per enhet. Grunnet fastbeløpet har kommunen anført at de ikke kunne regnet ut påslaget med å benytte nettoprislisten og sammenholdt mot oppgitte priser.

Retten vil først minne om at i svaret på spørsmål 51 angir Bodø at den etterspurte dokumentasjon er «*nettoprisliste eller annen dokumentasjon som gjør oppdragsgiver i stand til å vurdere om prissetting underveis i kontraktsperioden er i hh til betingelser gitt i*

*anbudet*». Evry vedla ikke nettoprisliste, men opplyste om en fast påslagsprosent som skulle benyttes til å fastsette pris gjennom hele kontraktsperioden. iTet vedla nettoprisliste, og opplyste i tillegg om hvilken priskalkyle som skulle benyttes til å fastsette pris gjennom hele kontraktsperioden. Begge deler var «*annen dokumentasjon*» som var egnet til å gjøre kommunen i stand til å vurdere om prissetting underveis i kontraktsperioden er i henhold til betingelser gitt i anbudet. Både Evry og iTet oppfylte derfor dette kravet i konkurransegrunnlaget. Heller ikke denne anførselen kan føre frem.

### *3. Konstatering av ansvarsgrunnlag for erstatning og behandling av øvrige anførsler*

Retten har fastslått at manglende levering av nettoprisliste er et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene med den konsekvens at kommunen skulle avvist Ateas tilbud, jf. FOA § 20-13 første ledd bokstav d).

Retten har ved dette konstatert brudd på FOA § 20-13 første ledd bokstav d). Vilkåret i LOA § 11 om brudd på denne lov eller forskrift i medhold av denne lov er således oppfylt. Det foreligger således et brudd på anskaffelsesregelverket i strid med LOA § 11.

Kommunen har stilt spørsmål om bruddet uansett er «tilstrekkelig kvalifisert» som det angitt av Høyesterett i Fosen-Linjen saken HR-2019-1801 avsnitt 77 og 126.

Retten finner utvilsomt at manglende nettoprisliste er et «tilstrekkelig kvalifisert brudd», særlig med henvisning til retningslinjene trukket opp av Høyesterett i avsnitt 126 i saken nevnt over. Teksten i konkurransegrunnlaget var som angitt over tydelig på at nettoprislisten skulle leveres, det var stilt spørsmål og gitt svar fra kommunen om leveringsplikten og hvorfor kommunen etterlyste det manglende dokumentet. I tillegg til at kommunen selv etterlyste nettoprislisten er dens sammenheng med beregning av avansen ytterligere begrunnelse for at å karakterisere mangelen som et tilstrekkelig kvalifisert brudd.

Tilsvarende er feilen klart over den terskel som HR-2000-1135 på side 1079 andre hele avsnitt der det angis at:

*«Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.»*

Det vises til begrunnelsen gitt over når det gjelder tilstrekkelig kvalifisert brudd og vesentlighetsvurdering, når det gjelder størrelsen på feilen og type feil. Det forhold at kontrakten hadde en maksimal varighet på seks år gjør at den vil virke over et langt

tidsrom hvilket øker feilens betydningen. Kommunen kan legges fullt ut til last for at de antok Ateas tilbud selv om kommunens ansvarlige som nevnt over var klar over manglende nettopprisliste.

Braathe har vunnet frem med at det foreligger ansvarsgrunnlag for erstatning mot kommunen. Det er anført en rekke andre ansvarsgrunnlag, men det er ikke nødvendig at retten tar stilling til om det foreligger ansvar etter disse øvrige grunnlag.

#### *4. Tap i form av positiv kontraktsinteresse*

Erstatningsutmålingen må ta utgangspunkt i at Braathe skal ha erstattet sitt tap i den utstrekning det er en adekvat følge av kommunens handling, jf. Rt-1998-1398 (Torghatten) på side 1411. Dersom kommunen rettmessig hadde avvist Ateas tilbud skulle Braathe blitt tildelt rammekontrakten slik det fremgår over.

Med bakgrunn i partens sluttinnlegg og prosedyre legger retten til grunn som ubestridt at ved brudd på FOA § 20-13 første ledd bokstav d) og LOA § 11 så skal den positive kontraktsinteresse legges til grunn som tapsutmålingsprinsipp. Viggo Hagstrøm i Obligasjonsrett, 2. utgave uttaler på side 567 om prinsippet:

«Den «positive kontraktsinteresse» eller «oppfyllelsesinteressen», som den også er blitt kalt, innebærer at skadelidte stilles økonomisk som om han hadde fått riktig oppfyllelse. Man kan dermed se erstatningen som et oppfyllelssurrogat. Begrepet den positive kontraktsinteresse kan sies å være en avledning av at det foreligger en bindende avtale; denne kan enten gjennomføres ved oppfyllelse in natura eller ved fastholdelse av den økonomiske realitet.»

KPMG AS ved partner og statsautorisert revisor Remi Selbakk og senior manager Einar S. Høifødt har på oppdrag av Braathe utarbeidet en rapport datert 4. oktober 2021 der den positive kontraktsinteresse og fortjenestetapet Braathe har lidt er beregnet basert på oppfyllelse av rammeavtalen kommunen tildelte Atea. Selbakk vitnet under hovedforhandling og forklarte oppdraget, forutsetninger og innholdet i rapporten.

Forutsetningene for beregningen til KPMG er blant annet at rammeavtalen løper i hele angitte kontraktstid (4+1+1 år), det vil si også med opsjonene for 2021 og 2022. Estimaten tar utgangspunkt i faktiske kjøp fra 2017-2020, med prognoser der det ikke foreligger faktisk informasjon for kjøp.

I tillegg til Bodøs danner kjøp foretatt av kommunene Beiarn, Dønna, Fauske, Alstahaug, Herøy, Leirfjord, Gildeskål, Røst, Saltdal, Steigen, Hamarøy, Øksnes, Meløy, Sortland, Sørfold, Værøy, Tysfjord og Rana grunnlag for beregningen. Under hovedforhandling ble det opplyst at også andre offentlige virksomheter har gjort avrop på avtalen, men de er ikke nærmere dokumentert og ikke med i rettens beregning av erstatningen.

Omsetningen rapporten legger til grunn er basert på en kombinasjon av faktiske kjøp fra Atea fra 2017-2021, utledet kjøp basert på driftsbidraget (2% av kjøpesum for IKT-utstyr) til Bodø og estimerte kjøp i fremtidige perioder (2021-2022) basert på gjennomsnitt av faktiske kjøp eller en forholdsmessig andel av Bodøs kjøp etter størrelsesforhold angitt i konkurransegrunnlaget. Summen av driftsresultatet og rentepåslaget utgjør den positive kontraktsinteresse.

Rapporten redegjør for oppdragskommunes kjøp med tilhørende kildene for beregning av denne omsetningen. Omsetning etter 14. september 2021 er estimert.

For Bodø er det totalt for årene 2017 til 2020 faktisk kjøp at IKT utstyr og konsulenttjenester i underkant av MNOK 100 og konsulenttjenester utgjør kun i underkant av MNOK 6. Tall for samme år for kommunikasjonslinjer (WAN) og drift er MNOK 20,9 og MNOK 43,5, der kun kortere perioder er beregnet på et gjennomsnitt av foregående kjøp grunnet mangelfull informasjon. Lagt til henholdsvis beregnede totale tall for 2021 og 2022 på MNOK 48,4 har KPMG beregnet totalt kjøp for Bodø til MNOK 266,311. Se rapportens tabell på side 8 for de enkelte kommuners kjøp. Gråmerket tall viser tall som er estimert (39%) og de andre tallene faktisk kjøp eller utledede kjøp:

Tabell 2: Kategoriserte kjøp gjennomført i kontraktsforløpet (tall i NOK)

Sum kjøp	2017 (juni-des)	2018	2019	2020	2021	2022	Sum	Andel
Konsulenttjenester	2 198 445	5 318 681	4 900 425	2 811 081	4 313 739	4 342 749	23 885 120	
Faktisk/utledet kjøp	2 171 463	5 009 280	4 632 974	733 791	308 428		12 855 937	54 %
Estimert kjøp	26 982	309 401	267 451	2 077 290	4 005 311	4 342 749	11 029 183	46%
IKT-utstyr	30 057 853	64 638 156	45 325 796	49 412 843	57 005 469	57 144 279	303 584 397	
Faktisk/utledet kjøp	30 057 853	64 638 156	45 325 796	42 126 775	1 475 794		183 624 375	60 %
Estimert kjøp				7 286 067	55 529 675	57 144 279	119 960 021	40%
Driftstjenester	7 118 861	14 889 145	15 989 232	17 098 323	13 516 594	13 516 594	82 128 750	
Faktisk/utledet kjøp	7 118 861	14 889 145	15 989 232	13 775 553			51 772 792	63 %
Estimert kjøp				3 322 770	13 516 594	13 516 594	30 355 958	37%
Implementering								
Kommunikasjonslinjer	2 966 498	6 213 689	6 427 514	7 342 618	6 596 149	6 596 149	36 142 617	
Faktisk/utledet kjøp	2 966 498	6 213 689	6 427 514	6 701 148			22 308 849	62 %
Estimert kjøp				641 471	6 596 149	6 596 149	13 833 769	38%
<b>Sum totalt kjøp</b>	<b>42 341 658</b>	<b>91 059 671</b>	<b>72 642 968</b>	<b>76 664 865</b>	<b>81 431 951</b>	<b>81 599 771</b>	<b>445 740 884</b>	
Sum faktisk/utledet kjøp	42 314 676	90 750 270	72 375 517	63 337 268	1 784 222		270 561 953	61 %
Sum estimerte kjøp	26 982	309 401	267 451	13 327 597	79 647 729	81 599 771	175 178 931	39%
<b>1.1 Beiarn</b>	<b>2017 (juni-des)</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>	<b>Sum</b>	<b>Snitt faktisk kjøp</b>
Konsulenttjenester	59 133	14 141	41 573	74 534	54109	54 109	297 597	54 109
IKT-utstyr	398 156	687 914	573 700	1 561 367	920 325	920 325	5 061 787	920.325
Driftstjenester							-	
Implementering								
Kommunikasjonslinjer								
Sum	457 289	702 055	615 273	1 635 901	974 433	974 433	5 359 384	757 893
<b>1.2 Bodø</b>	<b>2017 (juni-des)</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>	<b>Sum</b>	<b>Snitt faktisk kjøp</b>
Konsulenttjenester	255 099	2 925 247	2 528 626	334 277	1 726 643	1 726 643	9 496 535	1 726 643
IKT-utstyr	14 762 086	47 917 889	17 402 555	19 012 855	28 312 967	28 312 967	155 721 319	28 312 967
Driftstjenester	6 350 465	11 152 804	12 1 87 045	13 775 553	12418819	12418819	68 303 507	12 418 819
Implementering							-	
Kommunikasjonslinjer	2 966 498	5 248 832	5 949 780	6 701 148	5 961 788	5 961 788	32 789 833	5 961 788
Sum	24 334 148	67 244 772	38 068 007	39 823 833	48 420 217	48 420 217	266 311 194	
<b>1.3 Dønna</b>	<b>2017 (juni-des)</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>	<b>Sum</b>	<b>Snitt faktisk kjøp</b>
Konsulenttjenester IKT-utstyr	97 947	633 281	666 197	558 970	558 970	558 970	3 074 336	558 970
Driftstjenester Implementering								
Kommunikasjonslinjer								
Sum	97 947	633 281	666 197	558 970	558 970	558 970	3 074 336	

(tall i NOK)								
1.4 Fauske	2017 (juni-des)	2018	2019	2020	2021	2022	Sum	Snitt faktisk kjøp
Konsulenttjenester IKT-utstyr	241 902	359 905	555 237	462 818	462 818	462 818	2 545 497	462 818
	4 782 836	3 027 760	5 451 612	3 133 680	4 684 539	4 684 539	25 764 967	4 684 539
Driftstjenester Implementering								
Kommunikasjonslinjer								
Sum	5 024 738	3 387 665	6 006 849	3 596 498	5 147 357	5 147 357	28 310 464	
1.5 Herøy, Alstahaug og Leirfjord	2017 (juni-des)	2018	2019	2020	2021	2022	Sum	Snitt faktisk kjøp
Konsulenttjenester IKT-utstyr	20 000	75 000		38 000	38 000	38 000	209 000	38 000
	1 634 901	4 100 250	3 761 798	3 798 780	3 798 780	3 798 780	20 893 288	3 798 780
Driftstjenester Implementering								
Kommunikasjonslinjer								
Sum	1 654 901	4 175 250	3 761 798	3 836 780	3 836 780	3 836 780	21 102 288	
1.6 Gildestøl	2017 (juni-des)	2018	2019	2020	2021	2022	Sum	Snitt faktisk kjøp
Konsulenttjenester	6 960	502 667	958 607	2 784	2 784	2 784	15312	2 784
IKT-utstyr Driftstjenester	375 450		209 792	734 690	734 690	734 690	4 040 793	734 690
Implementering	176 125			154 367	154 367	154 367	849 017	154 367
Kommunikasjonslinjer								
Sum	558 535	502 667	1 168 399	891 840	891 840	891 840	4 905 122	

Total omsetning for nevnte kommuner er beregnet til NOK 445 740 884 og inkluderer omsetning fra siste halvdel av 2017 til og med 2022.

Kjøp av IKT utstyr er beregnet til sammen til NOK 303 584 397 som utgjør 68 % av omsetningen på rammekontrakten medtatt i rapportens beregninger. Bodøs totale estimerte kjøp utgjør i ca. 60% av total estimert omsetning for samtlige kommuner.

For kostnadssiden har KPMG ved beregningene knyttet til konsulenttjenester benyttet timepriser fra iTets tilbud. Av rapportens vedlegg 2 fremgår intern kostnad med timepris for de ulike konsulentkategoriene og korresponderende tilbudt time. I tillegg er det lagt inn en kostnad på 400 timer i administrativ støtte.

Kostnader for IKT utstyr er i rapportens vedlegg 3 lagt inn med iTets påslagsprosent på 9 % som er benyttet som fortjenesteelement ved slik kjøp i henhold til selskapets tilbud.

Ved beregning av kostnader for drift er det i rapportens bilag 4 forutsatt at marginbilde i tildelt rammeavtale er likt som i forrige kontraktsperiode da iTet var innehaver av tilsvarende kontrakt med kommunen. Det lagt inn en selvkost timepris på NOK 500 per time. Selbakk mente selvkost timepris på NOK 500 per time egentlig var for høy og korrekt skal være kr 403 inkludert feriepenger og arbeidsgiveravgift. Denne «feil» innebærer at fortjenestetapet skulle vært tre til fem millioner kroner høyere, og således utgjør forholdet en ytterligere sikkerhetsmargin ved at det er inntatt høyere kostnader enn reelle.

Kostnader for kommunikasjonslinjer (WAN) er beregnet ved også å benytte faktiske tall fra iTets tidligere kontrakt med Bodø fra underleverandør Signal (senere Altibox) fra 28. juni 2016 angitt i rapportens vedlegg 5. Kostnaden utgjør 85 % av inntektene knyttet til denne posten.

For de kommuner som har drift fremgår beregning av implementeringskostnader i vedlegg 6. Her er det benyttet erfaringstall fra iTet. Etter rettens oppfatning er kostnaden på NOK 1 345 000 beskjedent og det er ikke registrert at den er bestridt.

Beregning av finanskostnad er gjort ut i fra Braathes lån på MNOK 43,6 med en gjennomsnittlig rente på 4,39 % slik den fremgår i vedlegg 7. Grunnen til at denne kostnaden er med i beregning opplyste Selbakk er fordi kostnaden er det oppkapitaliserte tapte driftsresultatet forårsaket at iTet ikke ble tildelt kontrakt. Sagt på en annen måte kunne lånet blitt betalt ned med et bedre resultat om rammeavtalen rettmessig hadde blitt tildelt selskapet. I tillegg kommer at iTet hadde rentebærende gjeld som ble betalt på tildelingstidspunktet og fremover. Totale finanskostnader utgjør MNOK 9,4.

Under følger rapportens tabell 1 for beregning av positiv kontraktsinteresse:

Tabell 1: Beregning av positiv kontraktsinteresse (tall i MNOK)

Intervall internkostnader	+ 10% <sup>r</sup> -10% Gjennomsnitt			
Sum driftsresultat	85	94	90	MNOK
Sum renter	9	10	9	MNOK
<b>Sum positiv kontraktsinteresse</b>	<b>94</b>	<b>104</b>	<b>99</b>	<b>MNOK</b>
<i>Kontraktmargin</i>	<i>19</i>	<i>21</i>	<i>20</i>	<i>%</i>

(tall i MNOK)

Inntekter	Beskrivelse							
	av kjøp	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Sum
Konsulenttjenester	1.1-1.18	2	5	5	3	4	4	24
IKT-utstyr	1.1-1.18	30	65	45	49	57	57	304
Driftstjenester	1.1-1.18	7	15	16	17	14	14	82
Implementering	1.1-1.18	-						
Kommunikasjonslinjer	1.1-1.18	3	6	6	7	7	7	36
<b>Sum inntekter</b>		<b>42</b>	<b>91</b>	<b>73</b>	<b>77</b>	<b>81</b>	<b>82</b>	<b>446</b>

Driftskostnader	Kostnads		2017	2018	2019	2020	2021	2022	Sum
	Vedlegg	faktor							
Konsulenttjenester	2	0,54	1	3	3	2	2	2	13
IKT-utstyr	3	0,91	27	59	41	45	52	52	276
Driftstjenester	4	0,42	3	6	7	7	6	6	35
Implementering	6		1						1
Kommunikasjonslinjer	5	0,85	3	5	5	6	6	6	31
<b>Sum driftskostnader</b>			<b>35</b>	<b>73</b>	<b>56</b>	<b>60</b>	<b>66</b>	<b>66</b>	<b>356</b>

Driftsresultat	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Sum
Konsulenttjenester	1	2	2	1	2	2	11
IKT-utstyr	3	6	4	4	5	5	27
Driftstjenester	4	9	9	10	8	8	47
Implementering	-1						-1
Kommunikasjonslinjer	0	111115					
<b>Sum driftsresultat</b>	<b>7</b>	<b>18</b>	<b>16</b>	<b>17</b>	<b>16</b>	<b>16</b>	<b>90</b>
<i>i%</i>	<i>16 %</i>	<i>19%</i>	<i>23%</i>	<i>22%</i>	<i>19%</i>	<i>19 %</i>	<i>20%</i>



Antall år	Vedlegg	5	4	3	2	1	0
Finansieringskostnad	7	4,39 %	4,39%	4,39%	4,39%	4,39%	
Renter på driftsresultat 2017		2					
Renter på driftsresultat 2018			3,3				
Renter på driftsresultat 2019				2,3			
Renter på driftsresultat 2020					1,5		
Renter på driftsresultat 2021						0,7	
Renter på driftsresultat 2022							-
<b>Sum finansieringskostnader</b>		<b>1,7</b>	<b>3,3</b>	<b>2,3</b>	<b>1,5</b>	<b>0,7</b>	<b>-</b>
							<b>9,4</b>

KPMG har ved beregning av positivt kontraktsinteresse angitt et intervall fra MNOK 94 til 104 med gjennomsnitt på MNOK 99 fordi det er lagt inn et intervall og spenn i interne kostnader på pluss minus 10 % som endrer driftsresultatet og rentekostnadene som angitt. I følge KPMG er det noe usikkerhet knyttet til skjønnsmessige vurderinger og herunder interne kostnader. Det er relativt lite usikkerhet knyttet til dekningsbidrag for salg av IKT-utstyr ettersom dette var priset etter åpen bok prinsippet mot kommunene (kjent påslag fra leverandør), slik det fremgår i rapportens kapittel «Oppsummering estimat». Videre angis en viss usikkerhet for dekningsgraden for konsulenttjenester og driftskontrakt avhengig av hvilket konsulentnivå som benyttes.

Kommunen har anført at iTet ikke har oppfylt tapsbegrensingsplikten ved at leverandøren har plikt til å omdisponere sine ressurser når kontrakten glapp. Etter det opplyste foretok iTet en nedbemanning som følge av tapt rammekontrakt. Etter rettens oppfatning kan tapsbegrensingsplikten ikke strekkes lenger enn til de tiltak iTet foretok seg og kommunen har heller ikke konkret angitt hvilke andre tiltak selskapet burde foretatt.

Kommunen mener at rapporten i stor grad beror på opplysninger gitt av Braathe som er udokumenterte, uten at retten kan se at denne anførsel er konkretisert. Etter rettens oppfatning er de erfaringstall og beregningstall KPMG bygger sine estimater på relevante og tilstrekkelig dokumentert for kravet.

Deler av beregningsgrunnlaget er erfaringstall kommune selv har tilgang på eller kan skaffe seg ved henvendelse til de som har gjort avrop på avtalen eller ut ifra mottatt dekningsbidrag. Om kravets størrelse er for høyt ville det være i Bodøs interesse å fremlegge eller fremskaffe alt av tallgrunnlag og underlagsmateriale som Braathe har etterspurt, som eventuelt kunne korrigert fremstillingen og beregningen til KPMG. Retten bekjent har kommunen ikke forsøkt dette.

En eventuell teoretisk bevisvil – som retten uansett ikke mener at foreligger – må således gå ut over den edisjonsplikt (plikt til å fremskaffe etterspurt relevant dokumentasjon) kommunen har, jf. tvisteloven § 21-4, jf. § 21-5. Skoghøy: Tvisteløsning 3. utgave side 839 uttaler at:

«Den sannhets- og opplysningsplikt som følger av § 21-4, jf. 21-5, påhviler ikke bare partene personlige, men også deres representanter i rettergangen (stedfortreder, prosessfullmektig og rettslig medhjelper)» med henvisning til NOU 2001: 32 Bind B side 947 og sitat fra side 946.

Videre har kommunen anført at det er en feil forutsetning at rapporten benytter driftsresultater for Braathe Gruppen AS og ikke iTet AS. Retten finner det naturlig at Braathe Gruppens driftsresultater legges til grunn fordi iTet ble fusjonert inn i dette selskapet og har felles drift. Uansett er det ikke påpekt fra kommunen hvilke utslag dette skulle hatt for de første årene.

Bodø mener at de ikke er erstatningsansvarlige for de øvrige kommunene og deres avrop på ramme avtalen.

Retten vil i den anledning bemerke at i kunngjøring på Doffin – Database for offentlige innkjøp er oppdragsgiver angitt som «*Samordna innkjøp i Salten*». Av kvalifikasjonsgrunnlaget vedlegg 01.1 «*Overordnet kravspesifikasjon til Bilag 1: Kundens kravspesifikasjon*» punkt 2.1 «*Kundens virksomhet*» fremgikk følgende:

«Bodø kommune samt øvrige kommuner i Samordna innkjøp i Salten inklusiv Øksnes, Sortland og Værøy kommune innbyr til deltagelse i begrenset anbudskonkurranse i forbindelse med anskaffelse av IKT driftstjenester og tilhørende utstyrskjøp.»

Øvrige kommuner er også i konkurransegrunnlaget inntatt i estimert kontraktsverdi.

Retten finner det ikke tvilsomt at Bodø er ansvarlig overfor Braathe for omsetning fra andre kommuner basert på ovennevnte. I tillegg kommer at Bodø har mottatt et driftsbidrag på 2 % av omsetningen for kontraktshåndtering og administrasjon. Bodø har klart handlet på vegne av de andre kommunene eller kommunale/fylkeskommunale organer og virksomheter som Bodø kommune har latt knytte seg til avtalen ved å foreta avrop. Det samordnede innkjøp og driftsbedraget slik beskrevet gir klart uttrykk for at Bodø har opptrådt på vegne av de andre.

Etter rettens oppfatning er det av underordnet betydning om de som har gjort avrop opprinnelig var en del av samordnet innkjøp eller om de er knyttet til rammeavtalen senere, fordi feilen som danner utgangspunkt og ansvarsgrunnlag for erstatningen ble begått av Bodø. Således kan ikke andre klandres for feilen som har skjedd. Avrop og omsetning utgjør etter rettens oppfatning kun et element i erstatningsutmålingen som følge av at tapsberegningen følger prinsippet om positiv kontraktsinteresse.

Siste innvending er at flere beregninger er basert på sannsynlighetsvurderinger og ikke på faktisk kjøp eksempelvis for Sortland kommune. Retten kan ikke se at det hefter noen feil eller usikkerhet ved beregninger og mener at grunnlaget for disse er forsvarlig. Det vises også her rettens kommentarer til kommunens edisjonsplikt.

Retten må ta utgangspunkt i hvilket overskudd Braathe ville oppnådd om selskapet hadde blitt tildelt rammeavtalen. Å benytte erfaringstall fra tidligere kontrakt og det budsjett som var lagt i tilbudet, herunder påslagsprosent er etter rettens oppfatning korrekt. Retten kan ikke se at det hefter feil eller er anført forhold hverken til kostnad eller utgiftssiden i den beregning KPMG har foretatt som tilsier endringer av erstatningsberegningen for den positive kontraktsinteresse. Med et bedre resultat som tildeling av rammeavtale ville medført kunne lånet vært nedbetalt og således er finanskostnadene både relevante og påregnelige kostnader som kan rettmessig kreves dekket av kommunen.

Tapet er beregnet ut 2022, for hele mulige kontraktsperioden. Bodø har opplyst at ny kontrakt antas tildelt i april 2022, slik at det må gjøres fradrag for deler av dette året. Det er ikke fremlagt noen dokumentasjon for at det fremtidige tap vil reduseres fordi det snart vil skje en tildeling på ny rammeavtale.

Med bakgrunn i erfaringene for oppstart i 2017 vil etter rettens oppfatning et skifte i rammeavtale ikke skje så raskt som Bodø angir. Imidlertid hefter det noe usikkerhet med om Ateas kontrakt vil virke ut hele 2022 og retten legger av forsiktighetshensyn til grunn et skjønnsmessig fratrukk på 4 millioner kroner i den positive kontraktsinteresse. Retten velger av samme grunn å benytte den laveste beregning av den positive kontraktsinteresse og fortjenestetap på MNOK 94.

Fortjentetapet som angitt i rapporten er et påregnelig tap og en adekvat følge av de feil kommunen begikk.

Erstatningsutmåling i saker som inneværende må bli svært skjønnsom, og retten viser i denne sammenheng til Torghatten dommen side 1412 og 1414.

Med grunnlag i KPMGs beregning og som redegjort for over kommer retten til at erstatningen settes til MNOK 90.

#### 8. *Årsakssammenheng*

Retten finner det bevist at rammekontrakten med klar sannsynlighetsovervekt ville gått til iTet om Ateas tilbud rettmessig hadde blitt avvist. Det foreligger årsakssammenheng mellom feilene til kommunen (ikke avvise Ateas tilbud grunnet manglende nettopprisliste eller annen dokumentasjon) og det tap Braathe har lidt ved ikke å bli tildelt rammekontrakten. Retten viser i denne sammenheng til Rt-2001-1062 (Nucleus) og Rt-

2007-983 avsnitt 89. Krav om tilstrekkelig årsakssammenheng er ikke tvilsomt og retten har heller ikke registrert at dette er bestridt av kommunen.

#### 9. Sakskostnader

Braathe har fullt ut vunnet saken, og har krav på full erstatning for sine sakskostnader dekket av kommunen, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd jf. første ledd. Retten har vurdert, men funnet at ingen av lovens unntaksbestemmelser for saksomkostninger kommer til anvendelse, jf. tredje ledd.

Det skal betales 5 ganger rettsgebyret i inngangsgebyr, deretter 3 ganger rettsgebyr per dag i til og med dag 5 og deretter 4 ganger rettsgebyret per dag, jf. rettsgebyrloven § 8. Totalt for de 10 rettsdagene blir det 37 ganger rettsgebyret. Ifølge rettsdata.no note 4 og kommentarene til rettsgebyrloven § 1 skal det ved utregningen av behandlingsgebyret legges til grunn størrelsen på rettsgebyret for det år saken innkom retten, i dette tilfelle 2016 da satsen var NOK 1025. Rettgebyrutgifter utgjør således totalt NOK 37 925.

Utgiftene til de fagkyndige meddommerne er fordelt slik at Torvund har krevd totalt NOK 367 292 hvorav NOK 40 042 i reise, kost og losji og NOK 327 250 for arbeid. 27 timer er medgått i forberedelse, 76 under og i tilknytning til hovedforhandling og 28 til domskonferanser og gjennomgang av utkast til dom. Tilsvarende for Hannemyr er totalt NOK 299 506, hvorav NOK 33 256 for reise, kost og losji. Hannemyrs timer før, under og etter hovedforhandling er henholdsvis 7, 74 og 26 utgjør NOK 213 000 i tillegg til NOK 53 250 i merverdiavgift. Totale kostnader til fagkyndige meddommere utgjør NOK 666 798. Partene var informert at Torvunds timepris var NOK 2 500 og samme sats ble avtalt med retten for Hannemyr, men som næringsinntekt med kr 2 000 i tillegg til merverdiavgift. Det er innbetalt NOK 450 000 i forskudd fra saksøker som er krevet dekket som angitt over. Braathe var den part som begjærte fagkyndige meddommere og hefter i utgangspunktet for kostnadene, men det er den tapende part som etter nevnte hovedregel som skal endelig dekke disse som angitt over. Retten legger til grunn kostnadene til de fagkyndige meddommerne som nødvendige og rimelige.

Utgiftene til de fagkyndige forskutteres av staten og det overskytende av forskuddet kan staten kreves dekket av partene, jf. rettsgebyrloven § 2 annet ledd. I dette tilfelle er det overskytende NOK 216 798. Omkostninger til fagkyndige meddommere kan kreves dekket av motparten etter tvisteloven kapittel 20, jf. Skoghøy: Tvisteløsning 3. utgave side 111 sammenholdt med side 834 og HR-2021-00086U.

Braathe har fremmet et krav på NOK 2 525 707 for advokatutgifter totalt 1 318 timer. I tillegg kommer innbetalt forskudd til fagkyndige meddommere på NOK 450 000, rettsgebyr på NOK 37 925, utlegg til KPMG knyttet til rapport NOK 223 400 og utgifter reise, kost og losji for Tron Braathe med NOK 36 416. Alle tall er eksklusiv

merverdiavgift og utgjør totalt. Braathe antas å ha fradrag for merverdiavgift i egenskap av næringsdrivende. Totalt NOK 3 273 448.

Til sammenligning har kommunen fremlagt en sakskostnadsoppgave på 2 123 750 inkludert merverdiavgift der ikke utgiftene til fagkyndige meddommere inngår. Det er angitt 790 timer arbeid for advokatene totalt.

Retten finner både generelt og konkret i denne saken det rettmessig at saksøker har høyere omkostninger enn saksøkte. Kommunen har ikke hatt innvendinger mot Braathes omkostningskrav og retten legger Braathes omkostningsoppgave til grunn sammenholdt med de faktiske krav angitt over. Braathes sakskostnader har vært nødvendige og ut i fra betydningen av saken rimelig å pådra.

Kommunen skal totalt dekke NOK 3 273 448 til Braathe og NOK 216 798 til staten.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er blant annet rettsferie i julen. Partene var kjent med fristoversittelsen som angitt i rettsboken.

## DOMSSLUTNING

1. Bodø kommune dømmes til å betale Braathe Gruppen AS 90 000 000 – nittimillioner– kroner.
2. I sakskostnader dømmes Bodø kommune betale 3 273 448 – tremillionertohundreogsyttitretusenfirehundreogførtiåtte – kroner til Braathe Gruppen AS.
3. I sakskostnader for fagkyndige meddommere dømmes Bodø kommune til å betale 216 798 – tohundreogsekstentusensyvhundreognittiåtte – kroner til staten.

Retten hevet

Leif Olav Haugen

Olav Torvund

Gisle Hannemyr

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

## Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

### Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

### Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

### Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

### Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

### Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

### **Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett**

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling dersom anken ikke reiser spørsmål av betydning utover den aktuelle saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. Anken kan også nektes fremmet dersom den reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.