



KAN RAMMEAVTALER BRUKES OPP? NY AVKLARING FRA EU-DOMSTOLEN

Siden EU-domstolens dom i sak C-216/17 (ASST) fra 2018, har det vært usikkert hvorvidt oppdragsgiver plikter å angi bindende mengde-/verdiangivelser for rammeavtaler og hvorvidt rammeavtalen har uttømt sine virkninger når disse bindende mengdene eller verdiene er nådd. Den 17. juni 2021 kom EU-domstolen med en dom som bidrar til avklaring av disse spørsmålene.

18. juni 2021

Verdien av en offentlig kontrakt står sentralt i anskaffelsesregelverket. Verdien har blant annet avgjørende betydning for hvilke deler av anskaffelsesregelverket som kommer til anvendelse, herunder avgjørende betydning for om og hvordan kontrakten skal kunngjøres, og ved kunngjøringen av en offentlig kontrakt skal det opplyses om kontraktens omfang og verdi. Dermed må også kontraktens verdi forsvarlig estimeres av oppdragsgiver forut for kunngjøring og offentliggjøring av konkurransegrunnlaget. Disse utgangspunktene gjelder også for offentlige oppdragsgiveres anskaffelser av rammeavtaler.

Det har imidlertid i praksis blitt lagt til grunn at slike verdi- og mengdeestimerer ikke er bindende, men kun veiledende for interesserte leverandører. Og særlig for rammeavtaler har dette blitt lagt til grunn, ettersom rammeavtaler normalt benyttes og er særlig egnet for tilfeller der oppdragsgiver ikke kjenner det presise omfanget av de varer eller tjenester som skal anskaffes i avtaleperioden. Det har imidlertid blitt stilt i tvil hvorvidt denne praksisen er forenelig med anskaffelsesregelverket, i kjølvannet av EU-domstolens avgjørelse av 19. desember 2018 (C-2016/16). EU-domstolen bidrar til avklaring i ny dom 17. juni 2021, i sak C-23/20.

BAKGRUNNEN – SAK C-216/17 (ASST) OG ETTERFØLGENDE ANVENDELSE

Bakgrunnen for EU-domstolens dom i sak C-216/17 (ASST) var en rammeavtale for renovasjon, innsamling og fjerning av avfall, hvoretter en ytterligere oppdragsgiver tilsluttet seg rammeavtalen i etterkant av kontraktstildeling og -inngåelse. Et sentralt spørsmål i saken var hvorvidt oppdragsgivere plikter å oppgi verdi- eller mengdeangivelser i forbindelse med kunngjøringen av anskaffelsen. I dommens avsnitt 60 slår EU-domstolen fast at oppdragsgiver må oppgi verdi- eller mengdeangivelser gjeldende for rammeavtalen i konkurransegrunnlaget, jf. «it is nevertheless imperative that that authority state the total quantity which the subsequent contracts may comprise». I dommens avsnitt 61 sier EU-domstolen videre at rammeavtalen har uttømt sine virkninger når angitte mengder er oppnådd, jf. «once that limit has been reached the agreement will no longer have any effect».

Selv om uttalelsene kan fremstå klare, har det vært diskutert om dette er korrekt forståelse av dommen og rekkevidden av uttalelsene. KOFA har i flere saker unnlatt å ta stilling til dommen, selv om klager har anført at dommen medfører at rammeavtalen har uttømt sine virkninger når verdi- eller mengdeangivelser er nådd, se bl.a. sak 2019/61 avsnitt (39) og forenede saker 2019/354 og 2019/394 avsnitt (46). KOFA har imidlertid også tilsynelatende tatt til orde for at dommen ikke kan medføre at oppdragsgiver plikter å angi bindende verdi- eller mengdeangivelser. Sak 2020/804 gjaldt en anskaffelse av rammeavtale for levering av næringsmidler, hvor klager anførte at oppdragsgiver hadde brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å oppgi bindende mengdeangivelser. KOFA uttaler i avsnitt (32) at oppdragsgiver ikke hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å oppgi ikke-bindende estimer, og uttaler for øvrig – og uten begrunnelse – at sak C-216/17 (ASST) ikke er av relevans.

AVKLARINGER I SAK C-23/20 (SIMONSEN & WEEL) AV 17. JUNI 2021

Bakgrunnen for EU-domstolens dom i sak C-23/20 (Simonsen & Weel) var en rammeavtale for varekjøp, hvor en ny oppdragsgiver utløste opsjon for tilslutning til rammeavtalen. Verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget var det angitt verdi-/mengdeestimer eller maksimal verdi-/mengdeangivelse, og det sentrale spørsmålet var om oppdragsgiver derfor hadde brutt anskaffelsesregelverket. I sitt svar slår EU-domstolen fast at oppdragsgiver plikter å angi verdi-/mengdeestimer, samt at oppdragsgiver plikter å angi en maksimal verdi-/mengdeangivelse, se avsnitt 74. EU-domstolen slår i samme avsnitt fast at rammeavtalen har uttømt sine virkninger når de maksimale grensene er nådd, altså at det ikke kan gjennomføres ytterligere kjøp under avtalen.

EU-domstolen legger til grunn at selv om oppdragsgiver er pliktig til å angi anslått mengde og/eller verdi, samt maksimal mengde og/eller verdi i rammeavtaler, så er det fortsatt adgang til å underinndele denne samlede verdien eller mengden på hver oppdragsgiver som skal eller kan omfattes av rammeavtalen. Oppdragsgiver vil også kunne kun angi slike mengder og verdi for hver oppdragsgiver som skal eller kan omfattes av rammeavtalen, hvilket særlig vil være relevant der rammeavtalen består av flere delkontrakter/-områder.

Konsekvensen av at det ikke er opplyst i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen om verdi-/mengdeestimer, samt en maksimal verdi-/mengdeangivelse, er at det foreligger en anskaffelsesrettslig feil. Det betyr også at det er i strid med anskaffelsesregelverket å fortsette å gjøre kjøp under en rammeavtale hvis den maksimale mengde og/eller verdien er nådd. Slike brudd vil kunne medføre grunnlag for erstatning eller avlysning av konkurransen, etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. EU-domstolen uttrykker derimot at en slik anskaffelsesrettslig feil ikke medfører at rammeavtalen skal kjennes uten virkning dersom kontrakten er lovlig kunngjort.

HVORDAN HÅNTERE DETTE FREMOVER?

Det kan ikke være tvilsomt at resultatet etter EU-domstolens dommer vil være utfordrende for oppdragsgivere å håndtere, særlig ettersom rammeavtaler kjennetegnes ved at oppdragsgiver på forhånd ikke kjenner til det presise omfanget av de varer eller tjenester som skal anskaffes under rammeavtalen. En forbeskjeden angivelse av maksimale verdier og/eller mengder vil kunne lede til at rammeavtalen eksempelvis er uttømt kun halvveis i den planlagte avtaleperioden, og det vil kunne være utfordrende å planlegge gjennomføring av en ny anbudskonkurranse for rammeavtalen. Samtidig vil en overestimert av maksimale verdier og/eller mengde potensielt komme på tvers med kravet i anskaffelsesloven § 5-4 om forsvarlig beregning av kontraktsverdien, og vil også kunne gi leverandørene urealistiske forventninger til kontraktsomfanget. Etter vår vurdering vil EU-domstolens dommer derfor skjerpe både planleggingen av anskaffelsen, herunder konkretisering av behov, og oppdragsgivers oppfølging av rammeavtalen i avtaleperioden.

Vi understreker imidlertid at en overskridelse av maksimale grenser likevel vil kunne være tillatt dersom dette omfattes som en lovlig endring etter anskaffelsesforskriften kapittel 28. Med mindre det er tale om vesentlige overskridelser, vil derfor overskridelsen potensielt være å anse som en lovlig endring. Vi vil også understreke at en mulig innfallsvinkel potensielt kan være å la det øverste sjiktet i oppdragsgivers verdi- eller volumestimer være omfattet av opsjoner i rammeavtalen, som kan utløses når behovet oppstår.