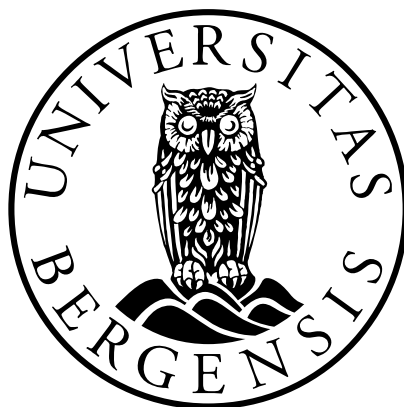


# Taktisk prising i offentlige anskaffelser

*Hvilken mulighet har en oppdragsgiver til å  
avvise taktisk prisede tilbud?*

Kandidatnummer: 111

Antall ord: 14 911



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

## **Innholdsfortegnelse**

<b>Del 1: Tema, problemstillinger og avklaringer .....</b>	<b>4</b>
1.1 Tema .....	4
1.2 Avgrensninger .....	6
1.3 Problemstillinger .....	6
1.4 Aktualitet.....	7
1.5 Metodiske særtrekk ved rettsområdet .....	8
<b>Del 2: Taktisk prising opp mot formål og grunnleggende prinsipper.....</b>	<b>9</b>
2.1 Om del 2.....	9
2.2 Taktisk prising opp mot formålet om effektiv ressursbruk .....	9
2.2.1 Hva er effektiv ressursbruk? .....	9
2.2.2 Gir ubalansert prising ineffektiv ressursbruk? .....	10
2.2.3 Gir reforhandlingsstrategien ineffektiv ressursbruk? .....	12
2.3 Taktisk prising opp mot de grunnleggende prinsippene .....	13
2.3.1 Hva er de grunnleggende prinsippene? .....	13
2.3.2 Prinsippet om likebehandling og taktisk prising .....	14
2.3.3 Prinsippet om forutberegnelighet og taktisk prising .....	15
2.3.4 Prinsippet om konkurranse og taktisk prising .....	16
2.3.5 Prinsippene om etterprøvbarehet og taktisk prising.....	17
2.3.6 Prinsippet om forholdsmessighet og taktisk prising .....	17
2.4 Oppsummering del 2 .....	17
<b>Del 3: Oppdragsgivers mulighet til å begrense taktisk prising.....</b>	<b>18</b>
3.1 Om del 3 .....	18
3.2 Avvik fra konkurransegrunnlaget.....	18
3.2.1 Avvik og taktisk prising .....	18
3.2.2 Eksempel 1: Krav om at tilbyder ikke skal prise taktisk.....	19
3.2.3 Eksempel 2: Krav om at prisene skal gjenspeile faktiske kostnader.....	20

3.2.3 Eksempel 3: Krav om at tilbyder skal varsle om feil i konkurransegrunnlaget .....	22
3.2.5 Avvik som er «vesentlige» .....	23
3.2.6 Avvik som ikke er ubetydelige.....	23
3.2.7 Oppsummering om krav i konkurransegrunnlaget.....	24
3.3 Kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet .....	25
3.3.1 Kvalifikasjonskravs relevans for taktisk prising .....	25
<b>Del 4: Avvisning der taktisk prising ikke er begrenset av oppdragsgiver .....</b>	<b>26</b>
4.1 Om del 4.....	26
4.2 Unormalt lavt i forhold til ytelsen .....	27
4.2.1 Relevans – unormalt lavt og taktisk prising .....	27
4.2.2 Når kan et tilbud virke unormalt lavt? .....	27
4.2.3 Kan et tilbud med lave enhetspriser og normal evalueringspris virke unormalt lavt? .....	29
4.2.4 Er taktisk prising en tilstrekkelig forklaring på lave priser? .....	33
4.2.5 Rammene for oppdragsgivers skjønn .....	35
4.2.6 Oppsummering om unormalt lavt tilbud .....	35
4.3 Uakseptabelt tilbud grunnet lignende forhold .....	36
4.3.1 Lignende forhold og relevans for taktisk prising .....	36
4.3.2 Hva er et «lignende forhold»? .....	36
4.3.3 Kan et ubalansert priset tilbud være et «lignende forhold som i bokstav a til d»? .	38
4.3.4 Er reforhandlingsstrategien et «lignende forhold»? .....	40
4.3.5 Oppsummering om «lignende forhold»-hjemmelen .....	41
<b>Del 5: Avsluttende bemerkninger .....</b>	<b>41</b>
Kilder.....	44

## Del 1: Tema, problemstillinger og avklaringer

### 1.1 Tema

Temaet i oppgaven er hvilket rom oppdragsgiver har til å avvise taktisk prisede tilbud i offentlige anskaffelser. Anskaffelsesloven (LOA) regulerer oppdragsgivers fremgangsmåte for inngåelse av kontrakter med en anslått verdi lik eller over 100 000 kroner, jf. LOA § 2 første ledd.<sup>1</sup> Overordnet må oppdragsgiver avholde en konkurranse som ivaretar likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet, jf. de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Nærere regler er gitt i anskaffelsesforskriften (FOA), hvor det aktuelle regelsettet avhenger av kontraktstypen og dens estimerte verdi, jf. FOA §§ 5-1 og 5-2.<sup>2</sup> En viktig regel er at oppdragsgiver må velge tilbud basert på tildelingskriterier gitt i konkurransegrunnlaget, og kan ikke fritt avvise tilbud.<sup>3</sup> Det overordnede målet med reglene er å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser», jf. LOA § 1 første punktum.<sup>4</sup>

I oppgaven viser *taktisk prising* til situasjoner hvor tilbyder utnytter svakheter i konkurransegrunnlaget for å få en lavest mulig evalueringssum, og samtidig ha gode utsikter til å øke totalprisen under gjennomføringen av kontrakten. Med evalueringssum menes totalprisen som oppdragsgiver bruker i sammenligningen av tilbudene. Ved taktisk prising kan et tilbud som «antas som det gunstigste i en lavpriskonkurranse til slutt ende opp som noe helt annet».<sup>5</sup> Uttrykket er ikke brukt i LOA eller FOA. Derimot er uttrykket brukt flere ganger av domstolene, Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og juridiske forfattere.<sup>6</sup> Definisjonen jeg bruker i oppgaven er inspirert av definisjonen til «sund strategisk anbudsgivning» i en utredning fra det svenske Konkurrensvirket, som stemmer med bruken av «taktisk prising», «strategisk prising» eller tilsvarende uttrykk i norske kilder.<sup>7</sup>

Som utgangspunkt er taktisk prising lovlig.<sup>8</sup> Problemet er at taktisk prising ikke nødvendigvis fremmer effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1.<sup>9</sup> Hvis tilbyder oppnår målet om å

---

<sup>1</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven - LOA), sist endret ved lov nr. 18/2017.

<sup>2</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften - FOA), sist endret ved forskrift nr. 498/2022.

<sup>3</sup> FOA §§ 8-11 (del II) og 18-1 (del III).

<sup>4</sup> Se Innst. 358 L (2015-2016) s. 15.

<sup>5</sup> Sagt av nemndsmedlem Krüger i KOFA-sak 2011/265 avsnitt 55 andre punktum.

<sup>6</sup> For eksempel Rt. 2003 s. 1541 Veidekke avsnitt 37, LB-2016-14778 (Total Uteservice) side 12, KOFA-sak 2015/31 avsnitt 19 og Thue mfl. (2018) s. 964.

<sup>7</sup> Sammenlign Lundvall og Pedersen «Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling» s. 39 med nemndsmedlem Krüger i KOFA-sak 2011/265 avsnitt 55 og tilbyders anførsel i LB-2016-14778 side 5.

<sup>8</sup> Lagt til grunn i Rt. 2003 s. 1531 Veidekke avsnitt 37 (obiter dictum). Utgangspunktet fulgt opp i blant annet LB-2016-14778 side 12 og KOFA-sak 2011/265 avsnitt 38.

<sup>9</sup> Se Ølykke og Nyström (2018), «Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison Between Sweden and Denmark», s. 670.

øke totalprisen under gjennomføringen av kontrakten, kan tilbudet vise seg å være dyrere enn øvrige tilbud i konkurransen ville vært. Hvis tilbyder *ikke* oppnår målet om å økte totalprisen, er det en fare for at tilbyderen ikke makter eller ønsker å gjennomføre kontrakten til den lave evalueringssprisen. I begge tilfeller kan oppdragsgiver påløpe ekstrakostnader.<sup>10</sup> Med vekt på risikoen for et slikt resultat kan man argumentere for at avvisning hadde vært effektiv bruk av samfunnets ressurser.

I oppgaven drøfter jeg hvordan avvisningshjemplene kan anvendes på to typetilfeller av taktisk prising. Det første typetilfellet er særlig aktuelt ved rammeavtaler.<sup>11</sup> Oppdragsgiver gir et mengdeestimat på ulike varer eller tjenester som brukes i prissammenligningen av tilbudene, uten at estimatet er bindende for den faktiske bruken under gjennomføringen. Her er mengdeestimatet en mulig svakhet som tilbyderen kan utnytte. Hvis tilbyderen vet at oppdragsgiver sitt estimat ikke stemmer med oppdragsgivers reelle behov, kan tilbyderen prise lavt de enhetene som er overvurdert, og høyt de enhetene som er undervurdert. I verste fall kan et tilbud som er billigst ut fra den evaluerte prisen bli dyrest dersom mengdeestimatene overstiges i stor nok grad, sammenlignet med de øvrige tilbudene i konkurransen.<sup>12</sup> I dansk og svensk teori er typetilfellet kalt «unbalanced bidding», nærmere bestemt «skewing».<sup>13</sup> Jeg kaller typetilfellet *ubalansert prising*.

Det andre typetilfellet er særlig aktuelt ved fastprisavtaler, hvor ubalansert prising ikke endrer totalprisen under gjennomføringen av kontrakten. Her kan svakheten ved konkurransegrunnlaget være at oppdragsgiver har glemt en viktig eller nødvendig del for at det som anskaffes skal bli funksjonelt.<sup>14</sup> For eksempel at oppdragsgiveren glemmer eller lar være å be om asfaltering når konkurransen handler om veibygging. For å vinne kontrakten kan tilbyderen tilby en pris langt lavere enn vanlig på det konkurransegrunnlaget ber om, for så å satse på at oppdragsgiver endrer kontrakten og ber om tjenesten som mangler. Siden det kan bli dyrt for oppdragsgiver å gjennomføre en ny konkurranse, kan tilbyderen ha stor frihet til å sette meget høye priser på tilleggstjenestene. Begrensningen ligger i oppdragsgivers

---

<sup>10</sup> Se pkt. 2.2.2 og 2.2.3 m/ henvisninger nedenfor.

<sup>11</sup> Ifølge Krüger i KOFA-sak 2011/265 avsnitt 55 første punktum.

<sup>12</sup> Se prisskjemaet i den svenske forskningsrapporten s. 45-46.

<sup>13</sup> Se Ølykke og Nyström 2018 s. 673 samt Lundvall og Pedersen 2011 s. 45.

<sup>14</sup> Se Ølykke og Nyström 2018 s. 672 samt Lundvall og Pedersen 2011 s. 44-45.

betalingsvillighet og adgang til å endre kontrakten.<sup>15</sup> Internasjonalt er typetilfellet ofte kalt «hold-up renegotiation».<sup>16</sup> Jeg kaller typetilfellet *reforhandlingsstrategien*.

Overordnet er spørsmålet hvorvidt LOA og FOA etter gjeldende rett åpner for å avvise tilbud hvor tilbyder har priset ubalansert eller brukt reforhandlingsstrategien.

## 1.2 Avgrensninger

Siden temaet er offentlige anskaffelser, avgrensner jeg mot spørsmål fra alminnelig avtalerett, konkurranserett og andre rettsområder. Innenfor rettsområdet offentlige anskaffelser ser jeg bare på avvisning av tilbud. Av hensyn til omfang fokuserer jeg på hjemlene i FOA del III, som gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdien for den aktuelle kontraktstypen.<sup>17</sup> De fleste av bestemmelsene i § 24-8 får likevel tilsvarende anvendelse for del II-anskaffelser, som gjelder anskaffelser over de norske terskelverdiene, men under EØS-verdiene.<sup>18</sup> Siden taktisk prising gjelder forhold ved tilbudet, er det i hovedsak FOA § 24-8 som er relevant. Av hensyn til relevans og ordgrensen behandler jeg likevel ikke § 24-8 (1) bokstav a og (2) bokstav c og d.

Når det gjelder typetilfeller av «taktisk prising», ser jeg utelukkende på ubalansert prising og reforhandlingsstrategien. Øvrige typetilfeller tatt opp i internasjonal teori har en konkurranserettslig eller avtalerettslig side, og faller derfor utenfor oppgavens rammer.<sup>19</sup>

Oppgaven gir ikke svar på om et konkret tilbud som er taktisk priset kan avvises. Et generelt svar er ikke mulig, ettersom taktisk prising er et gradsspørsmål med mange ulike varianter innenfor de to typetilfellene.

## 1.3 Problemstillinger

Etter at jeg like nedenfor redegjør for temaets aktualitet og rettsrådets metodiske særtrekk, går jeg i del 2 dypere inn i formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser (pkt. 2.2) og de grunnleggende prinsippene (pkt. 2.3), jf. henholdsvis LOA §§ 1 og 4.

Deretter ser jeg i del 3 på oppdragsgivers mulighet til å begrense taktisk prising i konkurransegrunnlaget. Fokuset er hvorvidt oppdragsgiver kan sette forbud mot taktisk

---

<sup>15</sup> Om adgang til å endre kontrakten, se FOA §§ 11-2 (del II) og 28-1 første ledd bokstav a nr. 2 jf. 28-2 bokstav b (del III).

<sup>16</sup> Se Ølykke og Nyström 2018 s. 672

<sup>17</sup> Se FOA §§ 5-1 (2) jf. 5-3.

<sup>18</sup> Se FOA § 9-6 (del II). Den eneste avvisningsgrunnen i § 24-8 (del III) som ikke har lik ordlyd eller som ikke henvises til i § 9-6, er § 24-8 første ledd bokstav c.

<sup>19</sup> Se de tre typetilfellene av «sund strategisk anbudsgivning» i Lundvall og Pedersen (2011) s. 39-41, og typetilfelle nr. en og fire i Ølykke og Nyström (2018) s. 671 og 673.

prising i konkurransegrunnlaget, slik at taktisk prisede tilbud kan avvises grunnet avvik fra konkurransegrunnlaget, jf. FOA §§ 24-8 (1) bokstav b og (2) bokstav a (pkt. 3.2). Deretter drøfter jeg kort om kvalifikasjonskrav rettet mot tilbyderes økonomiske og finansielle stilling etter FOA § 16-3 (1) er egnet til å motvirke taktisk prising, jf. FOA § 24-2 (1) bokstav a (pkt. 3.3).

I del 4 drøfter jeg avvisningshjemlene som kan anvendes der oppdragsgiver ikke har satt et dekkende forbud mot taktisk prising i konkurransegrunnlaget. Først tar jeg opp hvorvidt taktisk prisede tilbud dekkes av avvisningsbestemmelsen «unormalt lavt i forhold til ytelsen»; jf. FOA § 24-8 (1) bokstav c og (2) bokstav b (pkt. 4.2). Deretter drøfter jeg om taktisk prisede tilbud er noe som oppdragsgiveren «for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold», jf. § 24-8 (2) bokstav e (pkt. 4.3).

Avslutningsvis gir jeg i del 5 en oppsummering, hvor jeg fremhever hvilke rettsspørsmål som er usikre.

#### **1.4 Aktualitet**

Siden taktisk prising gjennom utsiktene til økt inntjening under kontraktgjennomføringen muliggjør en lavere evalueringspris enn det som ellers ville vært økonomisk rasjonelt, har taktisk prisede tilbud gode sjanser til å score best på priskriteriet. Siden pris ofte er et viktig tildelingskriterium, kan taktisk prising ha avgjørende betydning for om et tilbud blir valgt. Sammen med at tilbyders siktemål om å øke inntjeningen under kontraktgjennomføringen fremstår som problematisk opp mot formålet om å fremme effektiv ressursbruk, fremstår avvisning av taktisk prising som et aktuelt tema.<sup>20</sup>

I rettspraksis og i KOFA-avgjørelser har ubalansert prising kommet opp flere ganger. Det gjelder LB-2016-14778 (Total Uteservice), KOFA-sak 2015/31 (Brødrene Dahl AS), KOFA-sak 2011/265 (NCC Construction) og KOFA-sak 2005/57 (Medi 3). Nemndsmedlem Krüger tilføyde i KOFA-sak 2011/265 at «[t]aktisk prising er blitt svært vanlig i entrepriseforhold og skyldes oftest [ubalansert prising]». <sup>21</sup> Derimot har jeg ikke sett avgjørelser hvor reforhandlingsstrategien har blitt problematisert.

---

<sup>20</sup> Se for eksempel prisskjemaet i LB-2016-14778 (Total Uteservice) side 4. Uteservice hadde gjennom ubalansert prising markert lavere priser enn konkurrentene, men var i anførselene åpen om å ha «utsikt til en sunn avkastning» (s. 5). Mer om dommen i pkt. 4.2.3 nedenfor

<sup>21</sup> Se KOFA-sak 2011/265 (NCC Construction) avsnitt 55. Krüger bruker ikke uttrykket «ubalansert prising», men han beskriver typetilfellet som jeg kaller ubalansert prising.

Internasjonal juridisk og økonomisk litteratur viser forekomsten i EU-land som kan sammenlignes med Norge. Nyström og Ølykke har undersøkt svenske og danske avgjørelser om unormalt lav prising for å finne ut hvorfor de priser lavt. Ut fra et datasett på 258 svenske administrative avgjørelser om offentlige anskaffelser fant de 4 saker om reforhandlingsstrategien og 14 saker med ubalanserte priser.<sup>22</sup> Av de ubalanserte tilbudene var det en del som ga tilbud med en evaluert pris på nær null eller med negative priser.<sup>23</sup> Om reforhandlingsstrategien skriver Alexandersson mfl. at reforhandling «seems to be rather common» i Sverige, og at spørsmålet om det innebærer en for stor endring av avtalen sjeldent blir prøvd.<sup>24</sup> Ettersom Sverige sitt regelverk også baserer seg på EU-direktivene, er det liten grunn til å tro at situasjonen er en annen i Norge.

Sammenholdt er mulighetene for å avvise taktisk prisede tilbud et aktuelt tema fordi tilbydere priser taktisk, og fordi taktisk prising ikke nødvendigvis fremmer effektiv ressursbruk, jf. LOA § 1.

### **1.5 Metodiske særtrekk ved rettsområdet**

I tolkningen av avvisningsbestemmelsene er formålet om å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser» i LOA § 1 en viktig rettskilde. Relevante tolkningsfaktorer er også de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.

KOFA gir rådgivende avgjørelser om offentlige anskaffelser.<sup>25</sup> Selv om avgjørelsene er rådgivende, kan de ha stor vekt i mangel av andre rettskilder.<sup>26</sup> Den faglige kvaliteten styrker KOFA-avgjørelsers vekt.<sup>27</sup>

Bestemmelsene i FOA del III gjennomfører EU-direktivene om offentlige anskaffelser.<sup>28</sup> Er det tolkningstvil om en norsk avvisningsbestemmelse tilsier presumsjonsprinsippet at man velger tolkningsalternativet som harmonerer mest med EU-regelen.<sup>29</sup> For å finne forståelsen

---

<sup>22</sup> Nyström og Ølykke (2018) s. 688 fotnote 73 for reforhandlingsstrategien og 74 for ubalansert prising.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Se Alexandersson mfl. (2007), «High and Low Bids in Tenders: Strategic Pricing and Other Bidding Behaviour in Public Tenders of Passenger Railway Services», s. 171.

<sup>25</sup> Se Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser §§ 12 andre ledd jf. 6. Sist endret ved forskrift nr. 484/2017.

<sup>26</sup> Trygstad (2017) s. 29.

<sup>27</sup> Ibid s. 30.

<sup>28</sup> Regelverket gjennomfører EU-direktivene 2014/24/EU, 2014/25/EU og 2014/23/EU, se Innst. 358 L (2015-2016) s. 1.

<sup>29</sup> Om presumsjonsprinsippet, se f.eks. Fredriksen og Mathisen *EØS-rett* (2018) s. 387.



av direktiv-artikkelen er rettspraksis fra EU-domstolen en viktig rettskilde.<sup>30</sup> Rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen er også relevante.<sup>31</sup> Implementeringen av EU-direktivene i øvrige EØS-land har noe vekt,<sup>32</sup> men man må ta høyde for at reglene kan variere grunnet det nasjonale handlingsrommet.<sup>33</sup>

## **Del 2: Taktisk prising opp mot formål og grunnleggende prinsipper**

### **2.1 Om del 2**

I del 2 går jeg nærmere inn på formålet i LOA § 1 om å fremme effektiv ressursbruk og de grunnleggende prinsippene i § 4, opp mot taktisk prising. I pkt. 2.2.1 redegjør jeg først hvordan formålet om effektiv ressursbruk skal forstås, før jeg i pkt. 2.2.2 og 2.2.3 ser på hvorvidt ubalansert prising og reforhandlingsstrategien kan være problematisk opp mot formålet. Deretter ser jeg i pkt. 2.3 på de grunnleggende prinsippene opp mot taktisk prising. Problemstillingene er relevante fordi både formålet og de grunnleggende prinsippene kan være viktige rettskilder i tolkningen av avvisningsbestemmelsene jeg tar opp i del 3 og 4, samt at de grunnleggende prinsippene i tillegg kan danne hjemmel for rettigheter og forpliktelser.<sup>34</sup>

### **2.2 Taktisk prising opp mot formålet om effektiv ressursbruk**

#### **2.2.1 Hva er effektiv ressursbruk?**

Formålet med regelverket om offentlige anskaffelser er å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser», jf. LOA § 1. En naturlig forståelse er at det offentlige skal få mest mulig igjen for pengene sine. At det er snakk om *samfunnets* ressurser, og ikke bare oppdragsgivers, kan tale for at man ser effektiv ressursbruk utover hva som er lavest pris i den enkelte konkurransen.

Lovutvalget uttrykker i NOU 2014: 4 en vid forståelse, hvor det offentlige skal bidra til en bærekraftig og effektiv offentlig sektor, effektivitet og kostnadsbevissthet i privat sektor, utvikling av gode og brukervennlige tjenester til innbyggerne, og å legge til rette for

---

<sup>30</sup> Se TEUV artikkel 267. Avgjørelsene er en sterk rettskilde i EU-retten, se f.eks. Fredriksen mfl. 2018 s. 315

<sup>31</sup> EFTA-domstolen gir rådgivende uttalelser, jf. ODA artikkel 34. Et eksempel om direktiv 2014/24/EU er E-8/19.

<sup>32</sup> EØS-landene er medlemslandene i EU samt Norge, Island og Liechtenstein, jf. EØS-avtalen artikkel 2 bokstav b og c.

<sup>33</sup> Mindretallet i LB-2016-14778 brukte det nasjonale handlingsrommet som argument for at svensk rett ikke har (stor) vekt, se s. 16.

<sup>34</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

innovasjon og miljø- og livssyklusperspektiver.<sup>35</sup> Ifølge utvalget innebærer den vide forståelsen at oppdragsgivers mulige særinteresse i lav pris må avveies mot samfunnets interesser i effektiv ressursbruk.<sup>36</sup> Avveiningen skjer ut fra et «samfunnsøkonomisk perspektiv».<sup>37</sup> Slik utvalget skriver, krever effektiv ressursbruk mer enn at de laveste prisene oppnås.<sup>38</sup>

I Dragsten sin kommentarutgave gjentar hun at ikke bare innkjøpsprisen er avgjørende, men at en effektiv anskaffelse har «lavest mulig totalkostnader sett ut fra oppdragsgivers behov og ønsket kvalitet».<sup>39</sup> Thue skriver at formålet skal «tvinge offentlig sektor til best mulig ressursutnyttelse».<sup>40</sup>

Dermed skal «effektiv bruk av samfunnets ressurser» i § 1 forstås vidt, hvor man legger vekt på totalkostnaden og andre virkninger i tillegg til den evaluerte prisen.

### **2.2.2 Gir ubalansert prising ineffektiv ressursbruk?**

Faktum og anførselene i lagmannsrettsdommen LB-2016-14778 (heretter Total Uteservice- dommen) illustrerer hva som kan være problematisk med ubalansert prising. Som oppdragsgiver hadde Oslo kommune v/ Bymiljøetaten avvist et tilbud fra Total Uteservice AS om brøytetjenester. Begrunnelsen var at tilbudet var «unormalt lavt i forhold til ytelsen», jf. FOA 2006 § 20-13 andre ledd bokstav c.<sup>41</sup> Kommunen mente ikke at totalprisen virket ikke unormalt lav, men begrunnet avvisning med at flere tjenester var priset «nærmest vederlagsfritt» mens salting av vei var priset «svært høyt».<sup>42</sup> På sin side var Uteservice åpen om formålet om å ha en «mest mulig konkurransedyktig evalueringssum, og samtidig ha utsikt til en sunn avkastning».<sup>43</sup> Med andre ord var tilbudet priset ubalansert.<sup>44</sup>

Oslo kommune anførte at tilbudet fremstår som tapsbringende med mindre Uteservice kunne utføre salting av boligveier i større grad enn oppdragsgiver la til grunn i evalueringen.<sup>45</sup>

Derfor mente oppdragsgiver at det forelå en «uakseptabel risiko for problemer ved

---

<sup>35</sup> NOU 2014: 4 s. 69

<sup>36</sup> Ibid s. 70.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid. Departementet foreslo noen endringer fra utvalgets forslag, men var enig i den vide forståelsen av effektiv ressursbruk, se Prop. 51 L (2015-2016) s. 38. Tilsvarende for næringskomiteen i Stortinget, se Innst. 358 L (2015-2016) s. 16.

<sup>39</sup> Dragsten (2020) s. 3.

<sup>40</sup> Thue (2018) s. 43.

<sup>41</sup> LB-2016-14778 s. 4. Tilsvarende bestemmelse i FOA 2014 er § 24-8 andre ledd bokstav b.

<sup>42</sup> LB-2016-14778 s. 7.

<sup>43</sup> Ibid s. 5.

<sup>44</sup> Se beskrivelsen i pkt. 1.1.

<sup>45</sup> LB-2016-14778 s. 7.

gjennomføringen». <sup>46</sup> Argumentet illustrerer et problem med ubalansert prising, som er at tilbyder kan prise seg så lavt at han eller hun ikke gjennomfører kontrakten dersom *oppdragsgivers* mengdeestimat viser seg å være riktig. <sup>47</sup> Grunnen kan være at leverandøren ville gått konkurs eller velger mislighold framfor en tapsbringende gjennomføring. I så fall kan oppdragsgiver lide et tap av å måtte avholde en ny konkurranse, noe som ikke er effektiv ressursbruk. <sup>48</sup>

Total Uteservice-dommen gjaldt imidlertid en spesiell variant av ubalansert prising, hvor den evaluerte totalprisen ikke var særlig lav. Tilbudet var likevel ubalansert prising, blant annet ved at snørydding av boligveier var underpriset (kr. 1/stk.), mens saltstrøing av boligveier var overpriset (kr. 50 000/stk.). <sup>49</sup> Siden den oppgitte totalprisen ikke er så lav, er det mindre risiko for manglende gjennomføringen av kontrakten der *oppdragsgivers* mengdeestimat slår til. Derimot, hvis begge parter tar feil om mengdeestimatet og oppdragsgiver trenger mer av enhetene tilbyder underpriste, kan tilbudet «bli så billig for [oppdragsgiver] at det medfør[er] en uakseptabel risiko for tilbyders gjennomføringsevne». <sup>50</sup>

Uavhengig av om taktisk prising viser seg i totalprisen eller enhetsprisen, kan det for oppdragsgiver være problematisk hvis tilbyder oppnår formålet om «sunn avkastning». Under gjennomføringen viser oppdragsgivers mengdeestimat seg å være feil, mens tilbyders antagelser om oppdragsgivers faktiske behov stemmer. Som sagt av nemndsmedlem Krüger i KOFA-sak 2011/265, kan «et formelt lavpristilbud som antas som det gunstigste [...] ende opp som noe helt annet». <sup>51</sup> I verste fall kan det taktisk prisede tilbudet ende opp som konkurransens dyreste hvis man legger oppdragsgiverens faktiske bruk til grunn. I en slik situasjon er ikke ubalansert prising effektiv ressursbruk, jf. LOA § 1.

Foruten de økonomiske sidene ved tilbudet, illustrerer kommunens anførsel i Total Uteservice-dommen om motstridende interesser at taktisk prising kan medføre praktiske og politiske problemer. <sup>52</sup> Kommunen hadde satt som politisk mål å begrense saltstrøing, mens inntektene til Uteservice i stor grad var basert på strøing. Uteservice får da en oppfordring til å strø mer enn det som strengt tatt er nødvendig, noe som ifølge kommunen innskrenker dens

---

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Flertallet (3-2) i LB-2016-14778 godtok avvisning på det grunnlag, se pkt. 4.2.3 nedenfor.

<sup>48</sup> Å hindre tap gjennom at oppdragsgiver må avholde en ny konkurranse, er en del av begrunnelsen for avvisningshjemmelen «unormalt lavt i forhold til ytelsen» i FOA § 24-8 første ledd bokstav c og andre ledd bokstav b, se NOU 2014: 4 s. 208.

<sup>49</sup> Se skjemaet i LB-2016-14778 s. 4.

<sup>50</sup> Sitat fra LB-2016-14778 s. 14.

<sup>51</sup> Se KOFA-sak 2011/265 avsnitt 55.

<sup>52</sup> LB-2016-14778 s. 7.

fleksibilitet til å velge riktige veidriftstiltak. Konsekvensen kan være at oppdragsgiver må lyse ut en ny konkurranse i fremtiden for å nå det politiske målet, noe som kan gi ineffektiv ressursbruk i strid med LOA § 1.

Langt fra alle former for og grader av taktisk prising får de alvorlige konsekvensene beskrevet ovenfor. For eksempel trenger ikke evalueringssummen å være så lav at den ville gitt problemer dersom tilbyder ikke klarer å øke totalprisen under gjennomføringen. I så fall har oppdragsgiver gjort et effektivt kjøp hvis mengdeestimatene viser seg å stemme med det faktiske behovet. Hvis oppdragsgiver derimot trenger mer av enkelte enheter, trenger ikke merkostnaden grunnet taktisk prising å være betydelig. Merkostnaden avhenger av hvor mye den enkelte enhetsprisen er overpriset, og hvor mange flere av enheten oppdragsgiver trenger. Derfor er det ikke mulig å gi et generelt svar på om ubalansert prising gir ineffektivt ressursbruk.<sup>53</sup> Mens under- og overprising er synlig ut fra tilbudet, er det ikke alltid lett å vite oppdragsgivers faktiske behov.

Sammenholdt kan ubalansert prising gi ineffektiv ressursbruk fordi tilbyder ikke kan gjennomføre tilbudet, fordi oppdragsgiver risikerer å betale mye mer enn nødvendig, og fordi det vanskeliggjør oppnåelsen av politiske mål. Et kompliserende element er at ubalansert prising noen ganger leder til effektive anskaffelser.

### **2.2.3 Gir reforhandlingsstrategien ineffektiv ressursbruk?**

Reforhandlingsstrategien deler mange av problemene med ubalansert prising. Hvis tilbyder har tatt feil om oppdragsgivers villighet til å reforhandle for å inkludere enheten som «mangler», kan tilbyder være fanget med en veldig lav sum. Den samme risikoen for manglende gjennomføringsevne eller -vilje med ekstrakostnader ved ny konkurranse gjelder her som ved ubalansert prising. Hvis tilbyder under reforhandlingen priser høyt, kan det være en fare for at tilbudet i realiteten ikke blir det billigste sammenlignet med øvrige tilbud.

Farepotensialet for økte kostnader ved reforhandlingsstrategien skiller seg fra ubalansert prising. Der farepotensialet ved ubalansert prising varierer basert på hvor mye tilbyder under- og overpriser enhetene, er reforhandlingsstrategien begrenset av hvilke endringer i konkurransegrunnlaget som oppdragsgiver kan gjøre, jf. FOA §§ 28-1 og 28-2.

Oppdragsgiver kan gjøre endringer som «uavhengig av verdi, [...] ikke er vesentlige», jf. § 28-1 (1) bokstav f. Samtidig kan oppdragsgiver alltid endre kontraktsverdien innen visse

---

<sup>53</sup> Usikkerheten er bakt inn i definisjonen av «sund strategisk anbudsgivning» i Lundvall og Pedersen (2011) s. 39.

grenser, for eksempel opp til 50 % av verdien for «nødvendige tilleggsleveranser», jf. § 28-1 (1) bokstav d nr. 2. Uansett er det klart at en prisøkning på 50 prosent for en nødvendig tilleggstjeneste kan være ineffektiv ressursbruk, f.eks. der tilbyderen overpriser tilleggstjenesten.

I likhet med ubalansert prising leder ikke reforhandlingsstrategien alltid til et ineffektivt resultat. For det første kan det skyldes at oppdragsgiveren ikke er villig til å reforhandle, enten fordi tilbyder tok feil om oppdragsgivers behov eller fordi oppdragsgiver har en alternativ leverandør for det som «mangler». For det andre kan graden av taktisk prising være lav, som her betyr at tilbyder under reforhandlingen ikke krever veldig mye mer enn markedspris. I så fall er vi i grenseland for hva som er taktisk prising. For det tredje kan oppdragsgiver få medhold i at tjenesten som ifølge tilbyder manglet må innfortolkes i konkurransegrunnlaget, slik at det ikke er noe å hente i en reforhandling.<sup>54</sup>

Til forskjell fra ubalanserte enhetspriser, er ikke reforhandlingsstrategien synlig før i gjennomføringsfasen. Der oppdragsgiver ved ubalanserte priser kan se enhetsprisene etter at tilbudet er levert, er reforhandlingsstrategien avhengig av tilbyders intensjon om å prise en eventuell tilleggstjeneste høyt. Antageligvis er det bakgrunnen for at Ølykke og Nyström skriver at det kan være vanskelig å skille mellom reelle lave priser og reforhandlingsstrategien.<sup>55</sup> Om et aktuelt tilbud er ineffektivt, er derfor vanskeligere å finne ut på avvisningsstadiet enn ved ubalanserte priser.

## **2.3 Taktisk prising opp mot de grunnleggende prinsippene**

### **2.3.1 Hva er de grunnleggende prinsippene?**

De fem grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet er gitt i FOA § 4. Prinsippene gjennomfører artikkel 18 (1) i direktiv 2014/24/EU, som er basert på praksis i EU-domstolen.<sup>56</sup>

I motsetning til formålsbestemmelsen i § 1, kan de grunnleggende prinsippene i § 4 danne konkrete rettigheter og forpliktelser.<sup>57</sup> Disse får også anvendelse på del I-anskaffelser.<sup>58</sup> I likhet med formålsbestemmelsen i § 1, kan prinsippene i § 4 være viktige tolkningsfaktorer

---

<sup>54</sup> Se for eksempel Rt. 2012 s. 1729 Mika avsnitt 103. Jeg går ikke inn på denne problemstillingen, jf. avgrensningen mot avtalerettslige spørsmål i pkt. 1.4.

<sup>55</sup> Se Ølykke og Nyström (2018) s. 689

<sup>56</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 45.

<sup>57</sup> Ibid s. 81.

<sup>58</sup> Del I-anskaffelser er anskaffelser under terskelverdiene i FOA § 5-1 andre ledd.

for blant annet avvisningshjemlene i FOA § 24-8. Departementet skriver i forarbeidene at man ved tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, som utgangspunkt må legge til grunn løsningen som støttes av de grunnleggende prinsippene.<sup>59</sup> For taktisk prising kan prinsippene være relevant som tolkningsfaktor for avvisningshjemlene i § 24-8.

Forholdsmessighetsprinsippet gjør at rettighetene og forpliktelsene utledet av de andre forpliktelsene blir mindre strenge jo mindre og enklere anskaffelsen er.<sup>60</sup> Derfor er det ikke et generelt svar på hvordan prinsippene setter grenser for taktisk prising i hvert enkelt tilfelle.

### **2.3.2 Prinsippet om likebehandling og taktisk prising**

Prinsippet om «likebehandling» i LOA § 4 forstås i normal språkbruk at man skal behandle like tilfeller likt. Ifølge utvalget er tanken at oppdragsgiver «tenker forretningsmessig ved sine anskaffelser».<sup>61</sup> EU-domstolen presiserer i C-19/00 SIAC at tilbydere må være «in a position of equality both when they formulate their tenders and when those tenders are being assessed».<sup>62</sup> Eventuell forskjellsbehandling av sammenlignbare tilfeller må være «objectively justified».<sup>63</sup> Formålet er dels å sikre «effective competition», dels å hindre at oppdragsgiver favoriserer nasjonale tilbydere.<sup>64</sup>

At en tilbyder benytter seg av bedre kunnskaper enn oppdragsgiver til å prise taktisk, er ikke i strid med likebehandlingsprinsippet. Heller ikke er muligheten for å avvise tilbud i seg selv et inngrep i likebehandlingsprinsippet, da alle tilbud er underlagt de samme reglene om avvisning. Derimot kan oppdragsgiver ved bruk av skjønnsrommet i en bestemmelse behandle like tilbud ulikt. For eksempel kan likebehandlingsprinsippet være brutt hvis oppdragsgiver får to nærmest identiske taktisk prisede tilbud, hvor oppdragsgiver uten en objektiv grunn bare avviser ett av tilbudene.<sup>65</sup>

Skal likebehandlingsprinsippet brukes som tolkningsbidrag om avvisningsmuligheten av taktisk prisede tilbud, kan det være som argument mot et tolkningsresultat som åpner for veldig stor grad av skjønn. Grunnen er at et stort skjønnsrom kan legge til rette for forskjellsbehandling.<sup>66</sup> For eksempel har den danske forfatteren Ølykke i en de lege ferenda-

---

<sup>59</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> NOU 2014: 4 s. 82.

<sup>62</sup> C-19/00 SIAC avsnitt 34.

<sup>63</sup> C-21/03 Fabricom avsnitt 27.

<sup>64</sup> Første delformål fremgår av C-21/03 Fabricom avsnitt 26, andre delformål av C-285/99 Impresa Lombardini avsnitt 36-37.

<sup>65</sup> LOA § 4, jf. Prop. 51 L (2015-2016) s. 45.

<sup>66</sup> Se for eksempel NOU 2014: 4 s. 232, hvor utvalget skriver at en vid avvisningsgrett «vil kunne medføre misbruk, jf. likebehandlingsprinsippet [...]».

drøftelse om avvisningsgrunnen «abnormally low» argumentert mot at tilbyders gjennomføringsevne bør være avgjørende fordi «[t]his discretion may lead to unequal treatment of tenderers».<sup>67</sup>

Argumentet får svekket vekt fordi oppdragsgivers skjønn ikke er fritt. Prinsippet om likebehandling begrenser oppdragsgivers skjønnsutøvelse, og det samme gjør de øvrige prinsippene i LOA § 4. For å oppfylle likebehandlingsprinsippet er det derfor ikke et stort behov for å tolke avvisningsbestemmelser snevert.

Prinsippet om likebehandling har også en side til klarhetskravet for det som settes i konkurransegrunnlaget. Jeg kommer tilbake til klarhetskravet i pkt. 2.3.4 nedenfor om forutberegnelighetsprinsippet.

### **2.3.3 Prinsippet om forutberegnelighet og taktisk prising**

Prinsippet om forutberegnelighet forstås som et krav om at man skal kunne vite hva som skjer videre. I forarbeidene skriver utvalget at forutberegnelighetsprinsippet skal sikre at leverandørene kan stole på at anskaffelsesreglene blir fulgt, at informasjonen fra oppdragsgiver er korrekt, og at anskaffelsesprosessen gjennomføres på en forutsigbar måte.<sup>68</sup> Forutberegnelighet er utledet av det som i EU-retten blir kalt prinsippet om «transparency».<sup>69</sup>

I likhet med prinsippet om likebehandling, vil ikke en åpning for å avvise taktisk prisede tilbud i seg selv være et inngrep i tilbydernes forutberegnelighet.<sup>70</sup> Samtidig kan forutberegnelighetsprinsippet tale mot et tolkningsresultat hvis det gir oppdragsgiver et så stort skjønnsrom at tilbyder vanskelig kan vite når et tilbud vil bli avvist.<sup>71</sup>

EU-domstolen har fra prinsippene utledet et krav om at konkurransegrunnlaget må være formulert tilstrekkelig klart til at enhver «reasonably well-informed and normally diligent tenderers interpret them in the same way».<sup>72</sup> Klarhetskravet er naturlig å knytte til prinsippet om forutberegnelighet, men det kan også begrunnes av prinsippene om likebehandling og etterprøvbarehet.<sup>73</sup> Kravet om klarhet kan få betydning i spørsmålet om og i hvilken grad

---

<sup>67</sup> Argumentet er brukt i Ølykke 2010 s. 246 og s. 294, hvor sitatet er fra sistnevnte side. Merk at tolkningsresultatet hun argumenterer mot er gjeldende rett i Norge i dag, se pkt. 4.2.3 nedenfor.

<sup>68</sup> NOU 2014: 4 s. 78.

<sup>69</sup> Artikkel 18 (1) i direktiv 2014/24/EU, jf. fortale 1.

<sup>70</sup> Se pkt. 2.3.2 ovenfor.

<sup>71</sup> Sml. pkt. 2.3.2 om likebehandlingsprinsippet ovenfor.

<sup>72</sup> C-19/00 SIAC avsnitt 42.

<sup>73</sup> Trygstad 2017 s. 54-55.

oppdragsgiver kan forby taktisk prising gjennom et krav i konkurransegrunnlaget, jf. FOA § 24-8 (1) bokstav b og (2) bokstav a.<sup>74</sup>

#### **2.3.4 Prinsippet om konkurranse og taktisk prising**

Prinsippet om konkurranse i LOA § 4 er naturlig å forstå slik at oppdragsgivere må la flere tilbydere kjempe om å få selge den aktuelle varen eller tjenesten. I forarbeidene står det at prinsippet først og fremst har betydning for anskaffelser hvor FOA grunnet en kontraktsverdi under den nasjonale terskelverdien eller kontraktstypen ikke pålegger en plikt til å kunngjøre konkurransen i Doffin og TED.<sup>75</sup> Det samme er sagt av Dragsten og Thue i deres respektive kommentarutgaver.<sup>76</sup>

Dragsten skriver videre at konkurranseprinsippet innebærer at konkurransen må være «reell».<sup>77</sup> Handlinger som vil «svække konkurransen uten saklig grunn eller hjemmel i regelverket», kan utgjøre brudd på kravet om konkurranse. Som eksempel skriver hun at oppdragsgiver ikke skal fastsette vilkår i konkurransegrunnlaget som medfører at enkelte leverandører får en uberettiget konkurransefordel.

En side til taktisk prising kan være der oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget setter et krav som forbyr taktisk prising. Et slikt krav kan potensielt svekke konkurransen, ved at tilbydere blir motvirket fra å delta grunnet strenge begrensninger på måten de kan prise tilbud på. Kanskje kan man lese en implisitt henvisning til konkurranseprinsippet når nemndsmedlemmene i KOFA-sak 2011/265 drøfter om det aktuelle kravet i saken «på andre måter er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5», hvor de drøftet begrensningen i leverandørens frihet.<sup>78</sup> Samtidig kan det være mer naturlig å lese nemndens vurdering opp mot forholdsmessighetsprinsippet, siden kravets inngrep ble vurdert opp mot oppdragsgivers behov for begrensninger.<sup>79</sup> De mulige synsvinklene illustrerer at prinsippene noen ganger overlapper hverandre.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> Jeg kommer tilbake til spørsmålet i pkt. 3.2 nedenfor.

<sup>75</sup> Se Prop. 51 L (2015-2016) s. 42.

<sup>76</sup> Dragsten (2020) s. 16 og Thue (2018) s. 57.

<sup>77</sup> Dragsten (2020) s. 16. Sitatene i avsnittet er fra samme side.

<sup>78</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 44. Henvisningen i det siterte er fra FOA 2006 § 5, som tilsvarende FOA 2014 § 4.

<sup>79</sup> Se KOFA-sak 2011/265 avsnitt 44 nest siste punktum.

<sup>80</sup> Prinsippet om «reell» konkurranse slik sagt i Dragsten 2020 s. 16 synes å overlapse med prinsippet om likebehandling, jf. pkt. 2.3.2 ovenfor.



### **2.3.5 Prinsippene om etterprøvbarehet og taktisk prising**

Prinsippet om etterprøvbarehet i LOA § 4 pålegger oppdragsgiver å dokumentere alle viktige beslutninger.<sup>81</sup> Formålet er å sikre leverandørenes rettssikkerhet og allmennhetens tillit.<sup>82</sup> Om taktisk prisede tilbud kan avvise eller ei, har lite med prinsippet om etterprøvbarehet å gjøre.

### **2.3.6 Prinsippet om forholdsmessighet og taktisk prising**

Til sist i LOA § 4 står prinsippet om forholdsmessighet. I normal språkbruk sikter «forholdsmessighet» til at man ikke skal gjøre mer eller være strengere enn nødvendig. Utvalget skriver i forarbeidene at prinsippet har flere funksjoner, hvor ett er å justere de øvrige prinsippenes gjennomslagskraft.<sup>83</sup>

Forholdsmessighetsprinsippet begrenser også hvilke krav oppdragsgiver kan stille til tilbyderne.<sup>84</sup> I KOFA-sak 2011/265 ble nødvendigheten av vilkår som utelukker taktisk prising drøftet, uten at prinsippet om forholdsmessighet ble nevnt.<sup>85</sup> Kanskje kan man i avsnitt 44 lese en implisitt henvisning til forholdsmessighetsprinsippet, der nemdsmedlemmene under henvisning til «de grunnleggende kravene i § 5» viste til at det aktuelle vilkåret «ikke [grep] nevneverdig inn i leverandørenes frihet ved prisingen».

EU-domstolen har i C-376/08 Serrantoni vurdert at en nasjonal regel om automatisk avvisning av tilbud gitt av et «permanent consortium» hvis et medlemsselskap også har gitt tilbud, strider med «the principle of proportionality».<sup>86</sup> På lignende vis kan forholdsmessighetsprinsippet i LOA § 4 danne tolkningsbidrag om avvisningsbestemmelsene i FOA § 24-8 mot et tolkningsalternativ som gir en uforholdsmessig restriktiv regel eller et uforholdsmessig stort rom for skjønn for oppdragsgiver.

## **2.4 Oppsummering del 2**

Sett opp mot formålet om effektiv ressursbruk kan taktisk prising på to måter være problematisk.<sup>87</sup> For det første, hvis oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget har rett i mengdeestimatet sitt eller ikke har behov for ekstratjenester kan tilbyder mangle evne og vilje til å gjennomføre tilbudet. For det andre, hvis oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget tar feil i mengdeestimatet eller behovet for tjenester kan taktisk prising føre til at totalprisen øker

---

<sup>81</sup> NOU 2014: 4 s. 83 og Dragsten 2020 s. 22.

<sup>82</sup> NOU 2014: 4 s. 83.

<sup>83</sup> Ibid s. 79. Her skriver utvalget om gjeldende rett før 2014-forskriften, men den nye forskriften endret ikke innholdet.

<sup>84</sup> Dragsten 2020 s. 24.

<sup>85</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 42 og 44.

<sup>86</sup> C-376/08 Serrantoni avsnitt 38.

<sup>87</sup> Se pkt. 2.2.

betraktelig mer enn et ikke-taktisk priset tilbud. De problematiske sidene gjør det relevant å spørre hvordan avvisningsbestemmelsene i FOA § 24-8 treffer taktisk prisede tilbud.

De grunnleggende prinsippene tatt opp i pkt. 2.3 kan på flere måter være relevante for taktisk prising. For det første kan særlig prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet danne tolkningsmomenter for avvisningsbestemmelsene i FOA § 24-8, for eksempel som argument mot et usikkert tolkningsresultat som hadde åpnet for veldig stor grad av skjønn hos oppdragsgiver.<sup>88</sup> For det andre er prinsippene den viktige begrensningen i hvilke krav oppdragsgiver kan sette i konkurransegrunnlaget for å forby taktisk prising, hvor særlig forholdsmessighetsprinsippet og muligens konkurranseprinsippet er relevant.<sup>89</sup> For det tredje begrenser de grunnleggende prinsippene oppdragsgivers skjønnsfrihet, noe som også gjelder ved avvisning av taktisk prisede tilbud.<sup>90</sup>

### **Del 3: Oppdragsgivers mulighet til å begrense taktisk prising**

#### **3.1 Om del 3**

I del 3 drøfter jeg avvisningsbestemmelsene som forutsetter at oppdragsgiver har begrenset taktisk prising i konkurransegrunnlaget. Fokuset er på oppdragsgivers mulighet til å sette krav i konkurransegrunnlaget som forbyr taktisk prising, og om taktisk prising slik kan utgjøre avvik som gir grunn til avvisning, jf. FOA § 24-8 (1) bokstav b og (2) bokstav a (pkt. 3.2). Deretter ser jeg kort på om kvalifikasjonskrav om tilbyderes økonomiske og finansielle kapasitet er egnet til å motvirke taktisk prising (pkt. 3.3).

#### **3.2 Avvik fra konkurransegrunnlaget**

##### **3.2.1 Avvik og taktisk prising**

Oppdragsgiver har to grunnlag for å avvise tilbud som avviker fra anskaffelsesdokumentene.<sup>91</sup> For det første «skal» oppdragsgiver avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene», jf. FOA § 24-8 første ledd bokstav b. For det andre «kan» oppdragsgiver avvise et tilbud som har «avvik fra anskaffelsesdokumentene [...] som ikke må anses ubetydelige», jf. andre ledd bokstav a.

---

<sup>88</sup> Se pkt. 2.3.2 og 2.3.3.

<sup>89</sup> Se pkt. 2.3.4 og 2.3.6.

<sup>90</sup> Se pkt. 2.3.2.

<sup>91</sup> Anskaffelsesdokumentene er definert i FOA § 4-2 bokstav b.

I normal språkforståelse foreligger «avvik fra anskaffelsesdokumentene» når tilbudet bryter med krav eller forbud i anskaffelsesdokumentene. Utvalget presiserer i forarbeidene at det ikke er nødvendig å skille mellom forbehold og avvik.<sup>92</sup>

Taktisk prising gjør ikke uten videre at et tilbud bryter med anskaffelsesdokumentene. For motstrid må det være et konkret krav i konkurransegrunnlaget som forbyr taktisk prising. Anskaffelsesforskriften har ingen egen bestemmelse om hvilke krav oppdragsgiver kan sette for å regulere tilbyders prising. Utgangspunktet er derfor at oppdragsgiver etter prinsippet om avtalefrihet står fritt, men friheten innskrenkes av de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.<sup>93</sup>

Som sett i pkt. 2.4, setter de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 tre nivåer av begrensninger. For det første kan ikke kravet som forbyr taktisk prising stride mot forholdsmessighetsprinsippet i LOA § 4. For det andre kan et krav som etter dens innhold er lovlig, være ulovlig fordi det ikke er formulert tilstrekkelig klart, jf. prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet. For det tredje begrenser prinsippene oppdragsgivers skjønnsutøvelse, for eksempel slik at kravet må anvendes likt overfor alle tilbydere, jf. § 24-8 (2) bokstav a.

For å illustrere begrensningene prinsippene i LOA § 4 setter på oppdragsgivers frihet til å sette forbud mot taktisk prising i konkurransegrunnlaget, drøfter jeg i de tre neste delkapitlene eksempler på krav som forbyr taktisk prising.

### **3.2.2 Eksempel 1: Krav om at tilbyder ikke skal prise taktisk**

Første eksempel er at oppdragsgiver setter som vilkår i konkurransegrunnlaget at tilbyder *ikke skal prise taktisk*. Siden uttrykkene taktisk og strategisk prising ikke viser til et rettslig begrep med en klar definisjon, fremstår vilkåret som særlig problematisk opp mot klarhetskravet, jf. prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet i LOA § 4.

For det første kan det være naturlig å forstå uttrykkene videre enn definisjonen min i pkt. 1.1, for eksempel at all prising gjort for å oppnå et mål er taktisk. I så fall omfatter kravet ethvert tilbud, da alle tilbydere setter ned priser for å vinne kontrakten. Da er kravet klart et uforholdsmessig inngrep i konkurranseprinsippet i LOA § 4, og dermed ulovlig.<sup>94</sup>

For det andre er den snevrere forståelsen uttrykt i rettspraksis, KOFA-praksis og juridisk teori ikke klart definert eller avgrenset. Selv hvis den alminnelige tilbyderen forstår at den vide

---

<sup>92</sup> NOU 2014: 4 s. 229

<sup>93</sup> Slik gjort i KOFA-sak 2011/265, se avsnitt 36.

<sup>94</sup> Se pkt. 3.2.2 ovenfor.

språklige forståelsen ikke kan legges til grunn, er det langt fra sikkert at alle aktsomme tilbydere legger samme meningsinnhold i «taktisk prising» eller tilsvarende uttrykk. Dermed er det en fare for at tilbydere leverer grunnlag på ulike grunnlag, noe som åpner for at oppdragsgiver i etterkant kan hevde at en bestemt tolkning er korrekt for å få favorisere en spesiell tilbyder. Et krav om at tilbyder ikke skal prise taktisk uten at uttrykket er tilstrekkelig klart, fremstår derfor ikke som et tilstrekkelig klart tilbud.

Et krav som forbyr taktisk prising kan derimot være tilstrekkelig klart hvis oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget gir en presis definisjon av «taktisk prising». I så fall blir spørsmålet om vilkåret etter dets innhold strider med prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet, jf. LOA § 4. Et generelt svar på om et vilkår er forholdsmessig kan ikke gis, da det avhenger av kontraktens art, oppdragsgivers behov og det nøyaktige innholdet i vilkåret.

Vurderingstemaet i KOFA-sak 2011/265 avsnitt 44 kan ha overføringsverdi, noe jeg tar opp i andre underspørsmål i pkt. 3.2.3 nedenfor.

### **3.2.3 Eksempel 2: Krav om at prisene skal gjenspeile faktiske kostnader**

Et vilkår rettet mot taktisk prising som har kommet opp i KOFA-sak 2011/265 (NCC Construction), er at enkelte enhetspriser skulle *gjenspeile faktiske kostnader*.<sup>95</sup> Vilkåret er bare egnet til å gi en avvisningsgrunn ved ubalansert prising, hvor enhetene som er underlagt vilkåret er under- eller overpriset. NCC Construction-saken gjaldt en kontrakt om bygging av en tunnel og tilknyttede veier utlyst av Statens vegvesen region midt, som hadde avvist et tilbud med ubalanserte enhetspriser som avvek fra konkurransegrunnlaget.<sup>96</sup>

Vilkåret er særlig egnet til å treffe ubalansert prising, da det ofte gir utslag i noen veldig lave enhetspriser.<sup>97</sup> Vilkåret kan treffe reforhandlingsstrategien hvis kravet knytter seg til totalprisen, og hvis tilbyder har priset seg veldig lavt. På samme måte som i foregående punkt, avhenger lovligheten av kravet på om det er et forholdsmessig inngrep i konkurransen, og at det er formulert tilstrekkelig klart.

Første underspørsmål er klarhetskravets forhold til vilkåret om faktiske kostnader. For å bruke NCC Construction-saken som illustrasjon, anførte NCC Construction at tilbyderne «ikke har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud».<sup>98</sup> Begrunnelsen var at kravet ikke har en absolutt

---

<sup>95</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 35.

<sup>96</sup> Hjemmelen var FOA 2006 § 20-13 andre ledd bokstav a, som tilsvarer FOA 2016 § 24-8 andre ledd bokstav a.

<sup>97</sup> For eksempel LB-2016-14778, hvor det ikke var stilt et slikt krav. Flere enhetspriser var priset til kr. 1. Tatt opp i pkt. 4.2 nedenfor.

<sup>98</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 39.

øvre og nedre grense for hva som er «faktiske kostnader». Nemnda tolket kravet i lys av konkurransegrunnlaget for øvrig, slik at «faktiske kostnader» inkluderte «påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste».<sup>99</sup> Tilbyders risiko for å ha en for lav tilbudssum, er ifølge nemnda ikke større enn det som normalt foreligger i alle konkurranser grunnet avvisningshjemmelen for unormalt lave priser.<sup>100</sup> Derfor stred ikke kravet om faktiske kostnader for maskinprisene mot klarhetskravet.

Sammenlignet med det generelle vilkåret tatt opp i pkt. 3.2.2, har «faktiske kostnader» en tydeligere forståelse i normal språkbruk. De uklarheter som kan oppstå angående indirekte kostnader kan oppveies med en kort presisering i konkurransegrunnlaget, noe som er vanskelig med «taktisk prising». Videre er «faktiske kostnader» noe som kan dokumenteres av tilbyder der tvil oppstår, jf. FOA §§ 24-10 (2) jf. 23-5 (1). Konklusjonen på første underspørsmål er at kravet om faktiske kostnader er lite problematisk opp mot klarhetskravet.

Andre underspørsmål er om vilkåret om faktiske kostnader etter dets innhold er et uforholdsmessig inngrep i konkurransen, jf. LOA § 4. I KOFA-sak 2011/265 avsnitt 44 la nemnda vekt på at kravet bare var tilknyttet maskinprisene, som utgjorde en liten del av postene som leverandørene skulle prise. Videre vektla nemnda at leverandøren hadde kontroll over hvilke maskiner som skulle brukes, slik at det var «forståelig at innklagede ville sikre seg mot at det ble akseptert et tilbud som ville vise seg ikke å være det beste».<sup>101</sup> Nemnda kom til at kravet var lovlig.<sup>102</sup>

Om kravet hadde vært forholdsmessig dersom det knyttet seg til hele tilbudet, er mindre klart. På den ene siden hadde kravet vært mer effektivt i å hindre taktisk prising, og slik fremme effektiv ressursbruk ved å sikre at tilbudet som er evaluert billigst faktisk er det billigste. På den andre siden er kravet uheldig fordi det dekker tilfeller hvor tilbydere uten en baktanke om økte inntekter i gjennomføringen priser enkelte enhetspriser lavt for å vinne konkurransen. Hvis oppdragsgiver får rom til å avvise slike tilfeller, kan det føre til at tilbydere priser seg dyrere for å ikke omfattes av kravet. Det fremmer i så fall ikke effektiv ressursbruk, jf. LOA § 1. I tillegg kan et krav om faktiske kostnader som knytter seg til hele tilbudet fremstå som en omgåelse av fremgangsmåten for avvisning for unormalt lave priser i § 24-9, som til forskjell fra bestemmelsene om avvik krever at oppdragsgiver ber tilbyder om en forklaring.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 41.

<sup>100</sup> Ibid. Hjemmelen for unormalt lave priser er FOA § 24-8 første ledd bokstav c og andre ledd bokstav b.

<sup>101</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 44.

<sup>102</sup> Ibid, siste punktum.

<sup>103</sup> Bestemmelsene for å avvise unormalt lave tilbud er FOA §§ 24-8 (1) bokstav b og (2) bokstav a.

Formålet om effektiv ressursbruk taler dermed mot at vilkåret om faktiske kostnader kan dekke hele tilbudet.

Sammenholdt kan et vilkår i konkurransegrunnlaget om at prisene skal gjenspeile faktiske kostnader være tilstrekkelig klart med en kort definisjon i anskaffelsesdokumentene, og forholdsmessig der det bare knytter seg til de enhetsprisene som er sårbare for taktisk prising. Å knytte kravet til hele tilbudet kan imidlertid utgjøre et uforholdsmessig inngrep i kravet til konkurranse, da det er legitime grunner for å prise seg under faktiske kostnader. Hvor grensen for forholdsmessigheten går er vanskelig å si generelt, og det må gjøres en konkret vurdering.

### **3.2.3 Eksempel 3: Krav om at tilbyder skal varsle om feil i konkurransegrunnlaget**

En tredje mulighet er å stille som krav at tilbyder skal varsle om feil i konkurransegrunnlaget.<sup>104</sup> Hvis svakheter i konkurransegrunnlaget som tilbydere utnytter for å prise taktisk er en feil, kan et slikt krav være egnet til å motvirke taktisk prising. Ifølge nemndsmedlem Krüger er det vanlig å ta med slike krav i konkurransegrunnlaget.<sup>105</sup>

Imidlertid er det anstrengt å regne svakheter i konkurransegrunnlaget som åpner for taktisk prising, som noe tilbyder burde oppfattet som en feil. For eksempel er det vanskelig for tilbyder å vite om oppdragsgiveren har glemt å inkludere asfaltering i en kontrakt om veiarbeid, eller om oppdragsgiver har en alternativ leverandør. Et mengdeestimat er enda mindre naturlig å omtale som en feil, da usikkerhet ligger i et estimats natur.

Hvis den aktuelle svakheten likevel er en feil, er det vanskelig for en uvitende oppdragsgiver å bli oppmerksom på feilen i tide til å avvise en leverandør som ikke ha sagt fra ved tilbudsfristen. Blir oppdragsgiver oppmerksom på feilen før tilbudsfristen uten at tilbyderne har sagt fra, er ikke oppdragsgivers rom til å endre eller avlyse konkurransen mindre enn der tilbyderne faktisk sier fra.<sup>106</sup> Dermed virker det lite trolig at et krav om at tilbydere skal varsle om feil i konkurransegrunnlaget, er egnet til å motvirke taktisk prising.

Siden kravet om å varsle om feil i konkurransegrunnlaget ikke er egnet til å danne et «avvik» etter FOA § 24-8 (1) bokstav b eller (2) bokstav a, går jeg ikke nærmere inn på om kravet er tilstrekkelig klart eller forholdsmessig.

---

<sup>104</sup> Om et slikt vilkår, se Roald Hopsnes «Lojalitetsbetraktninger ved tolkning av avtaler inngått etter anskaffelsesforskriften» *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt s. 229-233.*

<sup>105</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 57.

<sup>106</sup> Endring av konkurransegrunnlaget regulert i FOA §§ 8-4 (4) (del II) og 14-2 (del III).

### 3.2.5 Avvik som er «vesentlige»

Hvis et tilbud avviker fra et lovlig vilkår i konkurransegrunnlaget som utelukker eller begrenser taktisk prising, er spørsmålet om avvikene er «vesentlige». I så fall «skal» oppdragsgiver avvise tilbudet, jf. FOA § 24-8 (1) bokstav b.

I normal språkbruk sikter «vesentlige» til store eller viktige deler av det som omtales. Flertallsformen har neppe betydning i seg selv, og ordlyden gir ikke ytterligere veiledning.

Forarbeidene, underrettspraksis og juridisk teori skiller mellom absolutte og ikke-absolutte krav. I NOU 2014: 4 skriver utvalget at det er best i tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at brudd på absolutte krav alltid er vesentlige.<sup>107</sup> Utvalget legger seg her på linje med EU-domstolen, som omtaler «mandatory conditions» som «fundamental elements» hvor oppdragsgiver grunnet likebehandlingsprinsippet ikke kan la være å avvise ved avvik.<sup>108</sup> Synet er fulgt opp i underrettspraksis og KOFA.<sup>109</sup> Dermed er avvik fra absolutte krav som forbyr taktisk prising «vesentlige».

For ikke-absolutte krav skriver utvalget at man «fortsatt» ut fra en «konkret vurdering» må vurdere om avvikene er vesentlige, uten å gå nærmere inn på spørsmålet.<sup>110</sup> I underrettspraksis og juridisk teori legger man vekt på hvor stort avviket er, hvor viktig kravet som ble avvikt er, betydningen for oppdragsgiver og i hvilken grad avviket vil forrykke konkurransen.<sup>111</sup> Prinsippene i LOA § 4 om likebehandling og forutberegnelighet tilsier at avvisningsplikten ikke skal tolkes for mildt, ettersom en åpning av å akseptere avvikende tilbud i realiteten er en endring av konkurransegrunnlaget.<sup>112</sup>

Konklusjonen er at avvik fra absolutte krav mot taktisk prising alltid er vesentlige, mens man for ikke-absolutte krav må foreta en helhetsvurdering av blant annet avvikets størrelse og kravets viktighet. Om oppdragsgiver med kravet mot taktisk prising har satt et absolutt forbud eller et ikke-absolutt forbehold om retten til å avvise, er et tolkningsspørsmål.<sup>113</sup>

### 3.2.6 Avvik som ikke er ubetydelige

Etter FOA § 24-8 andre ledd bokstav a «kan» oppdragsgiver avvise et tilbud som «inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige».

---

<sup>107</sup> NOU 2014: 4 s. 230.

<sup>108</sup> C-243/89 Storebælt avsnitt 42-43 og C-561/12 Nordencon avsnitt 38.

<sup>109</sup> F.eks. LE-2014-98029 s. 4-5 og KOFA-sak 2017/113 avsnitt 52.

<sup>110</sup> NOU 2014: 4 s. 230.

<sup>111</sup> LB-2015-72805 s. 8 og Dragsten 2020 s. 830.

<sup>112</sup> Dragsten 2020 s. 829.

<sup>113</sup> Jeg går ikke nærmere inn på spørsmålet, jf. avgrensningen i pkt. 1.1 mot avtalerettslige spørsmål.

I normal språkbruk betyr «ubetydelige» noe som er så lite at det ikke gjør noe. Utvalget skriver i forarbeidene at ubetydelige avvik er de som er så små at de «ikke har noen betydning for gjennomføringen av kontrakten, enten økonomisk eller av andre grunner».<sup>114</sup> I neste setning skriver utvalget at terskelen for hva som kan regnes som ubetydelig er lav, og henviser til KOFA-sak 2013/8. Der poengterte nemnda opp at det ikke kan «påregnes at [avviket] vil ha nevneverdige praktiske eller økonomiske konsekvenser [min kursivering]».<sup>115</sup>

Ved taktisk prising i strid mot et vilkår i konkurransegrunnlaget, kan det være vanskelig å påregne hvilke praktiske og økonomiske konsekvenser avviket vil få. Som sett i pkt. 2.2.2 og 2.2.3, avhenger konsekvensene av graden av taktisk prising og hva tilbyders faktiske behov er. Sistnevnte faktor er den ukjente, mens man ved ubalansert prising kan se graden av taktisk prising gjennom enhetsprisene.<sup>116</sup> For å unngå særs uheldige utfall er det i tråd med formålet i LOA § 1 om effektiv ressursbruk at oppdragsgiver kan vektlegge stort farepotensial fra avviket, selv om det ikke er sikkert at den taktiske prisingen vil få store økonomiske konsekvenser.

I samme retning taler KOFA-sak 2011/265, hvor nemnda aksepterte oppdragsgivers anførsel om at avviket fra vilkåret om å prise etter «faktiske kostnader» innebærer en «risikoforskyvning i strid med konkurransegrunnlagets forutsetninger».<sup>117</sup> Nemnda la vekt på at avviket stred mot formålet med kravet.

Avvik fra vilkår i konkurransegrunnlaget som utelukker taktisk prising, kan dermed være «ubetydelige» selv om de praktiske og økonomiske konsekvensene ikke er helt sikre.

### **3.2.7 Oppsummering om krav i konkurransegrunnlaget**

Oppdragsgiver kan på ulovfestet grunnlag sette krav i konkurransegrunnlaget som forbyr taktisk prising, og slik avvise taktisk prisede tilbud grunnet «avvik fra anskaffelsesdokumentene», jf. FOA § 24-8 (1) bokstav b eller (2) bokstav a.<sup>118</sup>

Innholdsmessig må kravet være forholdsmessig, jf. prinsippet om forholdsmessighet i LOA § 4.<sup>119</sup> Videre må kravet være utformet så klart at alminnelig aktsomme tilbydere forstår det på samme måte, jf. prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet i LOA

---

<sup>114</sup> NOU 2014: 4 s. 233. Sitatene omtaler gjeldende rett før FOA 2014, men utvalget er ikke endret.

<sup>115</sup> KOFA-sak 2013/8 s. 51. Nemnda brukte uttrykket «forbehold», men i FOA 2014 § 24-8 (2) bokstav a er dette kalt «avvik». I avgjørelsen var likevel avviket ubetydelig.

<sup>116</sup> Pkt. 2.2.2 og 2.2.3.

<sup>117</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 50.

<sup>118</sup> Se pkt. 3.2.1.

<sup>119</sup> Se pkt. 3.2.1 m/ henvisninger til pkt. 2.3.



§ 4. I KOFA-sak 2011/265 aksepterte nemndsmedlemmene et krav om at enkelte enhetspriser skal gjenspeile faktiske kostnader.<sup>120</sup> Vilkåret om faktiske kostnader dekker imidlertid bare ubalansert prising. Det er vanskelig å finne lovlige vilkår hvor reforhandlingsstrategien utgjør et avvik, siden typetilfellet avhenger av tilbyders intensjon snarere enn tilbudets sammensetning.

Oppdragsgiver «skal» avvise tilbud med «vesentlige» avvik, jf. § 24-8 første ledd bokstav b. Avvik fra absolutte krav mot taktisk prising er alltid «vesentlige», mens avvik ikke-absolutte krav kan være «vesentlige» ut fra en bred vurdering.<sup>121</sup> Oppdragsgiver «kan» avvise så lenge avvikene ikke er «ubetydelige». Et ubetydelig avvik fra et krav mot taktisk prising er der avviket ikke utgjør en risikoforskyvning med betydning for gjennomføringen av kontrakten.<sup>122</sup>

### **3.3 Kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet**

#### **3.3.1 Kvalifikasjonskravs relevans for taktisk prising**

En avvisningsgrunn som ligner på den omtalt i pkt. 3.2, er avvisning som følge av brudd på kvalifikasjonskrav, jf. FOA § 24-2 (1) bokstav a. Forskjellen er at kvalifikasjonskrav gjelder avvisning grunnet forhold ved oppdragsgiveren, og ikke tilbudet. Hvis oppdragsgiver ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, «skal» oppdragsgiver avvise leverandøren, jf. FOA §§ 9-5 første ledd bokstav a (del II) og 24-2 første ledd bokstav a (del III). I motsetning til de ulovfestede vilkårene omtalt i pkt. 3.2, er adgangen til å gi kvalifikasjonskrav regulert i FOA §§ 8-7 (del II) og 16-1 flg. (del III).

Mest relevant for taktisk prising er kvalifikasjonskrav mot leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet, jf. FOA §§ 8-7 (1) (del II) og 16-3 (del III). I sistnevnte bestemmelse følger det at oppdragsgiver «bare [kan] stille krav som er relevante for å sikre at leverandøren har den økonomiske og finansielle kapasiteten til å utføre kontrakten». Siden et problem både med ubalansert prising og reforhandlingsstrategien er at tilbyder kan få mindre inntekter enn forventet, fremstår slike kvalifikasjonskrav som egnet til å luke ut tilbydere som i en slik situasjon er minst forberedt på å gjennomføre en kontrakt med mindre inntekter enn forutsett.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Se pkt. 3.2.4.2.

<sup>121</sup> Se pkt. 3.2.5.

<sup>122</sup> Se pkt. 3.2.6.

<sup>123</sup> Se pkt. 2.2.2 og 2.2.3 for problemene med taktisk prising.

Kvalifikasjonskrav retter seg mot leverandøren, ikke mot tilbudet. Avvisning grunnet kvalifikasjonskrav kan likevel være egnet til å motvirke taktisk prisede tilbud i den grad leverandører med dårlig økonomi er de som priser taktisk. I utgangspunktet er det de som gir størst risiko for manglende gjennomføringsevne grunnet konkurs, noe som er et av problemene ved taktisk prising.<sup>124</sup>

At taktisk prising innebærer en risiko for at tilbyderen ikke får den tiltenkte merinntekten, tilsier imidlertid at det ikke er tilbydere med dårlig økonomi som priser taktisk. Samtidig øker taktisk prising sjansene for å vinne kontrakten ved at tilbyderen kan prise seg med tap i håp om å få inntektene i gjennomføringen. En desperat tilbyder i en vanskelig økonomisk situasjon har kanskje ingenting å tape på å prise taktisk.

Det faller utenfor oppgavens rammer å gå nærmere inn på hvilke leverandører som priser taktisk. Uansett er det et faktum at kvalifikasjonskrav om tilbydernes økonomiske og finansielle kapasitet hindrer tilbyderne med størst risiko til å ikke kunne gjennomføre tilbudet, fra å delta i konkurransen. Dermed får de ikke muligheten til å prise taktisk.

## **Del 4: Avvisning der taktisk prising ikke er begrenset av oppdragsgiver**

### **4.1 Om del 4**

I del 4 drøfter jeg oppdragsgivers mulighet til å avvise taktisk prisede tilbud der taktisk prising ikke er begrenset gjennom krav i konkurransegrunnlaget.<sup>125</sup> I pkt. 4.2 drøfter jeg om taktisk prisede tilbud kan være «unormalt lavt i forhold til ytelsen», jf. FOA § 24-8 (1) bokstav c og (2) bokstav b. Først spør jeg om taktisk prising kan gjøre at et tilbud «virker unormalt lavt», jf. FOA § 24-9 (1) (pkt. 4.2.2). Deretter drøfter jeg om ubalansert prisede tilbud hvor evalueringsprisen ikke er unormalt lav, likevel kan virke unormalt lavt grunnet enkelte lave enhetspriser (pkt. 4.2.3). Videre ser jeg på om taktisk prising kan være en legitim forklaring på det lave pris- og kostnadsnivået, jf. § 24-9 (2) (pkt. 4.2.4). Til sist går jeg kort inn på grensene for oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn (pkt. 4.2.5).

I pkt. 4.3 drøfter jeg hvorvidt et taktisk priset tilbud kan være noe som oppdragsgiveren «for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til d», jf. FOA § 24-8 (2) bokstav e. Etter å ha klargjort hvilke tilfeller av taktisk prising som kan være relevant (pkt. 4.3.1), går jeg nærmere inn i hva som er et «lignende forhold» (pkt. 4.3.2). Deretter ser jeg

---

<sup>124</sup> Se pkt. 2.2.2 og 2.2.3.

<sup>125</sup> Om krav i konkurransegrunnlaget, se pkt. 3.2.

om ubalansert prising og reforhandlingsstrategien kan være «lignende forhold (pkt. 4.3.3 og 4.3.4).

## **4.2 Unormalt lavt i forhold til ytelsen**

### **4.2.1 Relevans – unormalt lavt og taktisk prising**

Siden et kjennetegn med taktisk prising er at en tilbyder grunnet utsiktene til ekstrainntekter under gjennomføringen kan få evalueringsprisen lavere enn det som ellers er økonomisk forsvarlig, fremstår avvisningsbestemmelsen «unormalt lavt i forhold til ytelsen» som relevant, jf. FOA § 24-8 (1) bokstav c og (1) bokstav b. Det gjelder både reforhandlingsstrategien og ubalansert prising.

Bakgrunnen for at et tilbud er «unormalt lavt» bestemmer om oppdragsgiveren «skal» eller «kan» avvise et tilbud, jf. FOA § 24-8 (1) bokstav c og (2) bokstav b. Der tilbudet er unormalt lavt grunnet brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold, «skal» oppdragsgiver avvise tilbudet, jf. første ledd bokstav c. Oppdragsgiver «kan» velge å avvise tilbud som er unormalt lavt «av andre grunner enn dem som er nevnt i første ledd bokstav c», jf. andre ledd bokstav b. Taktisk prising innebærer ikke brudd på bestemmelsene nevnt i «skal»-hjemmelen i første ledd bokstav c, og jeg tar derfor bare opp «kan»-hjemmelen i andre ledd bokstav b.

Fremgangsmåten for avvisning står i § 24-9, hvor første ledd gir en plikt til å be om en forklaring når et tilbud «virker unormalt lavt i forhold til ytelsen». Oppdragsgiver kan bare avvise tilbudet hvis pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad, jf. § 24-9 (2). Tolkningen av § 24-9 er derfor avgjørende for om taktisk prisede tilbud kan avvises etter § 24-8 (2) bokstav b.

### **4.2.2 Når kan et tilbud virke unormalt lavt?**

Første steg mot avvisning etter § 24-8 (2) bokstav b er at et tilbud «virker unormalt lavt», jf. FOA § 24-9 (1). For å finne ut om taktisk prisede tilbud kan virke unormalt lave, går jeg generelt inn i bestemmelsen for å se om regelverket gir anvisning på en bestemt metode, terskel eller grense for når et tilbud «virker» unormalt lavt.

Verken §§ 24-8 (2) bokstav b eller 24-9 (1) angir når et tilbud «virker lavt i forhold til ytelsen». I forarbeidene bekrefter utvalget at verken forskriften eller EU-direktivene definerer vilkåret eller gir en metode for beregning av når et tilbud er unormalt lavt.<sup>126</sup> Det samme sa

---

<sup>126</sup> NOU 2014: 4 s. 234.

EU-domstolen i forente saker C-285/99 og C/286/99 Lombardini, og la til at definisjonen av «abnormally low tender» og metoden for å finne den er «a task for the individual Member States».<sup>127</sup>

Selv om forarbeidene ikke angir en bestemt utregningsmetode, er det gitt eksempler på hva oppdragsgiver kan gjøre. Tilbudet kan fremstå som lavt både i forhold til de øvrige tilbudene som har kommet inn, i forhold til den kvalitet eller oppgaveløsning som foreslås eller det som er vanlig praksis i den aktuelle bransjen.<sup>128</sup> Med andre ord forutsetter utvalget at *oppdragsgiver* kan velge hvilken metode den vil bruke.

Et eksempel på en metode som er kommet opp flere ganger i EU-domstolen, er en matematisk grense for hva som «virker unormalt lavt» basert på avviket fra gjennomsnittsprisen av tilbudene i konkurransen. I forente saker C-285/99 og C-286/99 Lombardini vedtok italienske myndigheter hvert år en prosentvis grense på hvor stort avviket fra gjennomsnittet kunne være.<sup>129</sup> Klageren anførte at kriteriet var i strid med direktivet fordi tilbyderen ved levering av tilbudet ikke visste hvor grensen gikk. EU-domstolen kom til at kriteriet ikke var i strid med direktivet, gitt at kriteriet bare identifiserte tilbud som «appear to be abnormally low», se avsnitt 73. Om saken skriver lovutvalget i NOU 2014: 4 s. 235 at *oppdragsgiver* kan oppstille et matematisk kriterium.

Dermed er det ingen absolutt grense eller en bestemt metode for når et tilbud «virker unormalt lavt i forhold til ytelsen», jf. § 24-9 (1). Vurderingen beror derfor på en konkret vurdering, hvor oppdragsgiver innenfor rammene av de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 kan beslutte at taktisk prisede tilbud med en lav evalueringspris «virker unormalt lavt», jf. FOA § 24-9 (2). Siden både reforhandlingsstrategien og ubalansert prising kan vise seg gjennom en lav evalueringspris, kan mange av disse tilfellene virke unormalt lave, jf. § 24-9 (1).

Før jeg i pkt. 4.2.4 fortsetter med spørsmålet om tilbyders siktemål om å økte den reelle totalprisen under gjennomføringen er en tilstrekkelig forklaring etter § 24-9, går jeg i neste pkt. inn på om et særlig tilfelle av taktisk prising kan virke unormalt lavt, jf. § 24-9 første ledd.

---

<sup>127</sup> Se forente saker C-285/99 og C-286/99 avsnitt 67 siste punktum.

<sup>128</sup> NOU 2014: 4 s. 234.

<sup>129</sup> C-285/99 og C-286/99 Lombardini avsnitt 7

#### 4.2.3 Kan et tilbud med lave enhetspriser og normal evalueringspris virke unormalt lavt?

En spesiell variant av ubalansert prising er der hvor evalueringsprisen ikke i seg selv er unormalt lav, men hvor oppdragsgiver mener at individuelle enhetspriser er unormalt lave. Selv om tilbudet fremstår normalt ut fra evalueringsprisen, kan den reelle totalprisen endre seg betydelig i begge retninger der oppdragsgiver gjennom rammeavtalen kjøper andre mengder enn mengdeestimatet forutså.<sup>130</sup> Spørsmålet er om et slikt tilfelle kan gjøre at hele tilbudet «virker unormalt lavt», jf. FOA § 24-9 (1).

Når man i normal språkbruk leser «et tilbud [som] virker unormalt lavt», forstås subjektet («tilbud») å være prisen på tilbudet, jf. § 24-9 (1).<sup>131</sup> Mest naturlig er å forstå tilbudets pris som å referere til den oppgitte totalprisen, altså evalueringsprisen. Presensformen i «virker» understreker at det er tilbudets pris slik den fremstår nå, som må være «unormalt lavt». Ordlyden må tolkes utvidende hvis oppdragsgiver skal kunne legge vekt på sammensetningen av enhetsprisene og risikoen det fører til for at den faktiske totalprisen ved endrede enhetsmengder kan bli «unormalt lavt». Spørsmålet er om det er rettskildemessig grunnlag for å tolke bestemmelsen utvidende.

I NOU 2014: 4 skriver utvalget at den tilsvarende bestemmelsen i FOA-2006 er ment blant annet til å forhindre at oppdragsgiver må akseptere tilbud «der gjennomføringen av kontrakten er i fare fordi leverandøren er i økonomiske vanskeligheter».<sup>132</sup> Den samme bakgrunnen står bak artikkel 69 i direktiv 2014/24/EU, som er gjennomført med FOA-2016 § 24-9.<sup>133</sup> Som sett i pkt. 2.2.2 ovenfor, kan også ubalansert prising med lave enhetspriser uten en særlig lav totalpris utgjøre en fare for gjennomføringen. Bestemmelsens formål om å sikre at tilbudet kan bli gjennomført, taler for at oppdragsgiver kan vektlegge lave enhetspriser i vurderingen av om et tilbud «virker unormalt lavt», jf. § 24-9 første ledd.

Forarbeidene er ikke entydige. På s. 236 i samme NOU skriver utvalget at risikoen for manglende gjennomføringsevne kan «komme til uttrykk gjennom en pris som er unormalt lav, i form av en unormalt lav totalpris». Imidlertid er det ikke sikkert at utvalget mente at bestemmelsen hindrer vektlegging av enhetspriser. Som utvalget skriver på side 234, viker både forskriften og direktivet fra å gi en definisjon eller en metode for hva som er «unormalt

---

<sup>130</sup> Se pkt. 2.2.2 ovenfor.

<sup>131</sup> Man kan tolke § 24-8 (2) bokstav b på samme måte.

<sup>132</sup> NOU 2014: 4 s. 234.

<sup>133</sup> Om bakgrunnen for art. 69 i 2014/24/EU, se C-285 og 286/99 Lombardini avsnitt 55 og Arrowsmith (2014) s. 802. Om FOA-2016 § 24-9, se Dragsten (2020) s. 844.

lavt i forhold til ytelsen». Forarbeidene gir derfor intet klart svar på om sammensetningen av enhetspriser kan vektlegges.

Uenigheten mellom fraksjonene i lagmannsrettsdommen Total Uteservice viser at spørsmålet om enhetspriser ikke er opplagt.<sup>134</sup> I saken mente oppdragsgiveren at tilbudets evalueringspris ikke var unormalt lav, men avviste likevel tilbudet fordi enkelte av enhetsprisene var unormalt lave. Oppdragsgiver hadde ikke satt vilkår i konkurransegrunnlaget som utelukket taktisk prising.<sup>135</sup> Flertallet (3-2) kom til at oppdragsgiver kunne legge vekt på enhetsprisene, mens mindretallet var uenig. Grunnet den skarpe dissensen og den uklare rettskildesituasjonen for øvrig, går jeg nærmere inn på fraksjonenes argumentasjon.

Flertallet i Total Uteservice-dommen la avgjørende vekt på formålet med bestemmelsen om å gi oppdragsgiver en mulighet til å avvise tilbud forbundet med en risiko for at den ikke blir gjennomført.<sup>136</sup> Mindretallet hadde en annen tilnærming, og mente at det bare er tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget avgjør hva som er relevant i det som «virker unormalt lavt», jf. FOA-2006 § 20-14 (1). I saken var det eneste tildelingskriteriet «lavest pris», noe som forstås som lavest evalueringspris. Mindretallet begrunnet ikke hvorfor tildelingskriteriene er avgjørende for avvisningsspørsmålet.<sup>137</sup> Om tildelingskriteriene sa flertallet at de er «uten betydning».<sup>138</sup>

Avvisning og tildeling er to separate faser, hvor tildelingskriteriene brukes til sistnevnte fase, jf. forskriften §§ 8-11 første ledd og 18-1 første ledd. Utenom mindretallet i Total Uteservice-dommen, taler ingen rettskilder for at tildelingskriteriene er relevante for hva som kan virke unormalt lavt, jf. FOA § 24-9 (1).

For å gå tilbake til flertallet, begrunner de formålsbetraktningen med at «oppdragsgiver [har] et behov for å kunne avvise tilbud som medfører en risiko for at kontrakten ikke kan gjennomføres også ved endrede mengder». Mindretallet mente på sin side at det ville være i strid med kravet til forutberegnelighet hvis man kan legge vekt på sammensetningen av tilbudet (enhetsprisene). Begge argumentene fremstår begrunnede. Som nevnt i pkt. 2.3 ovenfor, tilsier prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og forholdsmessighet at oppdragsgiver ikke bør ha et for stort skjønnsrom. Samtidig kan risikoen for manglende

---

<sup>134</sup> LB-2016-14778 s. 11.

<sup>135</sup> Om vilkår i konkurransegrunnlaget, se pkt. 3.2 ovenfor.

<sup>136</sup> LB-2016-14778 s. 12.

<sup>137</sup> Mindretallet skriver bare at «hvilke omstendigheter som [...] er relevante ved vurderingen [av unormalt lavt i forhold til ytelsen], må utledes av konkurransegrunnlaget».

<sup>138</sup> LB-2016-14778 s. 12.

gjennomføring være stor selv om evalueringsprisen ikke fremstår som særlig lav. En forening av de motstridende hensynene kan være at oppdragsgiver kan vektlegge risikoen for manglende gjennomføringen ved endrede enhetspriser, men at terskelen er høy for at tilbudet som helhet «virker unormalt lavt», jf. FOA § 24-9 (1).

En mulig innvending mot å kunne vektlegge sammensetningen av enhetsprisene i hva som «virker unormalt lavt», er at førstvoterende i Rt. 2003 s. 1531 Veidekke avsnitt 36 uttalte at «utgangspunktet er at anbudsinnbyderen forholder seg til totalprisen i anbudet». Videre sa førstvoterende at med mindre «noe annet er bestemt, vil det være opp til anbyderen å fordele totalsummen på de enkelte poster». Begrunnelsen er at oppdragsgivers «mulighet til å vurdere riktigheten av prisen på de enkelte poster vil ofte være svært begrenset».<sup>139</sup> Imidlertid mente flertallet i Total Uteservice-dommen at høyesteretts utgangspunkt ikke er til hinder for å se på enhetsprisene og tilbudet sammensetning i vurderingen av tilbyderens gjennomføringsevne ved endrede mengder. Merk at sitatene ovenfor fra Veidekke-dommen avsnitt 36 ikke var nødvendige uttalelser for den konkrete saken, slik at det siterte ikke utgjør et bindende prejudikat.<sup>140</sup>

I KOFA-sak 2015/31 avsnitt 21 uttalte nemnda at bestemmelsen i FOA-2006 som tilsvarende FOA 2014 § 24-9, «gjelder i utgangspunktet der den totale tilbudssummen virker unormalt lav». Samtidig «kan [det] ikke utelukkes at bestemmelsen kan være anvendelig også i et tilfelle som det foreliggende, hvor en selvstendig del av tilbudet fremstår som unormalt lavt».<sup>141</sup> Nemnda gikk ikke videre inn på spørsmålet.<sup>142</sup> Likevel har det vekt at nemnda synes å holde døren åpen for å vektlegge sammensetningen av enhetsprisene.

Synet uttrykt i KOFA sak 2015/31 avsnitt 21 er gjengitt i Dragsten (2013) s. 664. Der skriver hun at det som hovedregel er «tilbudet som helhet som må anses som unormalt lavt». Samtidig kan det «ikke utelukkes at oppdragsgiver også kan ha rett til å avvise et tilbud dersom en ytelse som kan anses som en selvstendig del, isolert sett er unormalt lavt». Som kommentar til § 24-8 skriver Dragsten at det har «vært en diskusjon» om det er tilstrekkelig at deler av tilbudet er unormalt lavt, uten at det er gitt en endelig konklusjon.<sup>143</sup> Thue tar ikke

---

<sup>139</sup> Rt. 2003 s. 1531 Veidekke avsnitt 36.

<sup>140</sup> Ibid, hvor førstvoterende i tredje punktum sier at han «[g]enerelt vil [...] bemerke».

<sup>141</sup> Se KOFA-sak 2005/31 avsnitt 21.

<sup>142</sup> Ibid, 2006-forskriften § 20-14 første ledd tilsvarende 2014-forskriften § 24-9 første ledd.

<sup>143</sup> Dragsten (2020) s. 840.

direkte stilling til spørsmålet, men omtaler Total Uteservice-dommen som «interessant».<sup>144</sup> Dermed gir ikke juridisk teori et klart bidrag.

Både Total Uteservice-dommen og Dragsten i kommentarutgaven viser til at det er i tråd med rettspraksis fra EU og Sverige at oppdragsgiver kan vektlegge enhetspriser isolert. I T-4/01 Renco var oppdragsgiveren Rådet for den europeiske union (ministerrådet), som mente at noen av enhetsprisene i et tilbud var unormalt lave og ba om forklaring, jf. artikkel 30 (4) i direktiv 93/37.<sup>145</sup> Tilbyderen ga ikke forklaring på de individuelle enhetsprisene, og viste til at det ikke er tilstrekkelig at noen enhetspriser er unormalt lave når totalprisen ikke virker unormalt lav.<sup>146</sup> Retten uttalte at oppdragsgiver kan be om detaljer for individuelle priser som «forekommer mistenkelige, ikke minst når de er talrige», og avviste tilbyderens anførsler.<sup>147</sup> Selv om retten ikke tok stilling til avvisningsspørsmålet direkte, tilsier muligheten til å be om forklaring på lave enhetspriser der totalprisen ikke er spesielt lav at oppdragsgiver kan avvise i samme situasjon der oppdragsgivers forklaring ikke er tilfredsstillende.

De svenske sakene referert til ovenfor er fra Högsta förvaltningsdomstolen. I sak nr. 6159-14/6160-14 Rexab/Flyttingsbyrån skriver domstolen at det er opp til oppdragsgiver «att bedöma om ett anbud  *innehåller priser som medför att anbudet kan misstänkas vara onormalt lågt [min kursivering]*».<sup>148</sup> I sak nr. 6578-14 NCC ble det samme gjentatt, da med en sak hvor noen av enhetsprisene var negative.<sup>149</sup>

Mindretallet i Total Uteservice-dommen la ikke vekt på EU-dommen T-4/01 Renco fordi domspremissene er «forholdsvis knappe», mens de svenske forvaltningsdomstolene ble regnet som lite relevant fordi det «foreligger et nasjonalt handlingsrom ved utformingen av avvisningsreglene». Det er riktig at forvaltningsavgjørelsene fra Sverige og underrettsdommen fra EU har begrenset vekt i tolkningen av de norske reglene. Samtidig viser dommene at direktivet ikke strider mot vektlegging av enhetspriser i hva som «virker unormalt lavt», jf. FOA § 24-9 (1).

Et argument mot å vektlegge enhetspriser er at det kan gi en vanskeligere og fordyrende regel. Argumentet har økt vekt med FOA-2014, hvor § 24-9 (1) påfører oppdragsgiver en plikt til å

---

<sup>144</sup> Thue (2018) s. 965.

<sup>145</sup> Dom av 25. februar 2003, Renco, T-4/01, EU:T:2003:37, avsnitt 16.

<sup>146</sup> Ibid avsnitt 40 siste punktum.

<sup>147</sup> Ibid, henholdsvis avsnitt 76 og 79.

<sup>148</sup> HFD 2016 nr. 6159-14 og 6160-14 s. 7.

<sup>149</sup> HFD 2016 nr. 6578-14 s. 7.



be om en redegjørelse hvis et tilbud «virker unormalt lavt i forhold til ytelsen».<sup>150</sup> Å måtte vurdere enhetsprisene i ethvert tilbud vil påføre oppdragsgivere en ekstra byrde, og dermed være fordyrende i strid med formålet LOA § 1. Argumentet mister imidlertid sin vekt av at plikten ikke bare er avhengig av den lave enhetsprisen i seg selv, men om den virker så lav at det er fare for gjennomføringen av tilbudet.<sup>151</sup> Der faren synes å være til stede er det i tråd med formålet i loven § 1 å bruke ekstra ressurser på å undersøke enhetsprisene.

For å oppsummere, er det overordnede formålet om effektiv ressursbruk i LOA § 1 og bestemmelsens bakgrunn om å sikre at oppdragsgiver kan avvise tilbud med risiko for manglende gjennomføring, de sterkeste argumentene for å tolke ordlyden utvidende. Lagmannsrettsdommen Total Uteservice er et støttemoment for den utvidende tolkningen, men vekten reduseres av dissensen 3-2. Støttemomenter av mindre vekt er KOFA i sak 2015/31 og Dragsten (2020), men de holdt døren åpen framfor å konkludere. EU-dommen T-4/01 Renco og de to avgjørelsene fra svenske Högsta förvaltningsdomstolen taler videre for at oppdragsgiver kan legge vekt på individuelle enhetspriser, men det nasjonale handlingsrommet i implementeringen av direktivet gjør at de norske reglene ikke nødvendigvis er like. På den andre siden taler hensynet til å ikke gi oppdragsgiver et for stort skjønnsrom, mot å tolke bestemmelsen utvidende, jf. prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling LOA § 4. I samme retning taler mindretallet i Total Uteservice-dommen.

Med vekt på formålsbetraktningene og støttemomentene, er konklusjonen under sterk tvil at det er grunnlag for å tolke «virker unormalt lavt» i FOA § 24-9 (1) utvidende, slik at oppdragsgiver kan vektlegge sammensetningen av enhetsprisene og risikoen for at tilbudet ved endrede mengder kan bli så billig at det er uakseptabel risiko for manglende gjennomføring av kontrakten.<sup>152</sup>

#### **4.2.4 Er taktisk prising en tilstrekkelig forklaring på lave priser?**

Uavhengig av om tilbudet er preget av reforhandlingsstrategien, ubalansert priset tilbud med lav totalpris, eller varianten av ubalansert prising gjennomgått like ovenfor, er andre spørsmål om taktisk prising kan være en tilstrekkelig forklaring der tilbudet «virker unormalt lavt» etter FOA § 24-9 (1), jf. (2). I andre ledd følger det at oppdragsgiver bare kan avvise et tilbud

---

<sup>150</sup> Tidligere var det bare en plikt til å be om forklaring hvis oppdragsgiver ville avvise, jf. FOA 2006 § 11-12 første ledd.

<sup>151</sup> Se pkt. 3.2.2 ovenfor.

<sup>152</sup> Formuleringen inspirert av flertallet i LB-2016-14778, se s. 14.

«dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra opplysningene».

Ordlyden i § 24-9 (2) sier ingenting om hva som er en tilstrekkelig forklaring. Derimot gir den ikke-uttømmende listen i første ledd bokstav a-e veiledning.<sup>153</sup> Ut fra bestemmelsens bakgrunn om at oppdragsgiver ikke må akseptere tilbud som er så lave at det er fare for at tilbudet ikke blir gjennomført, er det forklaringer som imøtegår oppdragsgivers bekymringer om gjennomføringsevnen som er akseptable forklaringer.<sup>154</sup>

I samme retning er lagmannsretten i Total Uteservice-dommen.<sup>155</sup> Flertallet avkreftet at oppdragsgiver kan avvise et ubalansert priset tilbud grunnet en mulighet for at tilbudet ikke blir det billigste. Samtidig bekreftet flertallet at oppdragsgiver kan avvise grunnet en risiko for at tilbudet blir så billig at det er en fare for gjennomføringsevnen.

At tilbyders gjennomføringsevne er avgjørende er blant annet uttrykt i KOFA-sak 2013/140 og Dragsten i kommentarutgaven hennes.<sup>156</sup> Normalt vil en slik forståelse være i tråd med det overordnede formålet gitt i loven § 1 om effektiv ressursbruk, da det avhenger av at oppdragsgiver velger lave og gode tilbud som kan gjennomføres. Imidlertid viste jeg i pkt. 2.2.2 og 2.2.3 at taktisk prising innebærer at det ikke alltid er effektiv ressursbruk å velge tilbudet som fremstår best, heller ikke når tilbudet kan gjennomføres. Riktignok kan taktisk prisede tilbud være forbundet med en fare for gjennomføringen, men det er fordi tilbyderen ikke har økonomisk kapasitet til å bære et evt. tap der *tilbyders* mengdeestimat ikke slår til eller der reforhandling ikke finner sted. Situasjonen der *oppdragsgivers* mengdeestimat ikke slår til eller der oppdragsgiver føler seg nødt til å reforhandle, adresseres ikke av § 24-8 andre ledd bokstav b. Grunnen er at økte priser i de tilfellene er et resultat av gjennomføringen av tilbudet.<sup>157</sup>

Imidlertid veier ikke formålet om å ivareta effektiv ressursbruk så sterkt at det begrunner en annen tolkning enn den forarbeidene, underrettspraksis, KOFA-praksis, juridisk teori og internasjonal rettspraksis tilsier. Dermed kan oppdragsgiver i vurderingen av forklaringer etter § 24-9 bare legge vekt på om tilbudet er gjennomførbart.

---

<sup>153</sup> Tilsvarende liste i FOA 2006 § 11-12 andre ledd var ikke uttømmende, jf. NOU 2014: 4 s. 234. Dagens bestemmelse i FOA § 24-9 første ledd endrer ikke det, jf. «for eksempel».

<sup>154</sup> Se NOU 2014: 4 s. 234.

<sup>155</sup> Se LB-2016-14778 s. 12.

<sup>156</sup> KOFA-sak 2013/140 avsnitt 21 og Dragsten 2020 s. 838.

<sup>157</sup> Se pkt. 2.2.2 og 2.2.3.

Konklusjonen er at taktisk prising bare er en akseptabel forklaring i den grad oppdragsgiver mener at faren ved tilbyders gjennomføringsevne er imøtekommet, jf. FOA § 24-9 (2).

Dermed kan FOA §§ 24-8 (2) bokstav b jf. 24-9 bare anvendes for å avvise taktisk prisede tilbud hvor den reelle totalprisen kan bli så lav at det er fare for manglende gjennomføring.

Derimot er risikoen for at den reelle prisen kan bli mye høyere gjennom taktisk prising, ikke relevant etter bestemmelsen om «unormalt lavt».

#### **4.2.5 Rammene for oppdragsgivers skjønn**

Selv om oppdragsgiver etter FOA §§ 24-8 andre ledd bokstav b jf. 24-9 har stort skjønnsrom i valget av metoden for når et tilbud virker unormalt lavt (pkt. 4.2.2), til å legge vekt på enhetspriser (4.2.3) og til å vurdere om et tilbud basert på forklaringen er gjennomførbart (4.2.4), betyr det ikke at oppdragsgiver står fritt. De grunnleggende prinsippene i loven § 4 setter grenser for oppdragsgivers skjønnsutøvelse.<sup>158</sup>

For eksempel kan det stride mot prinsippene om konkurranse og forutberegnelighet om oppdragsgiver avviser lave tilbud der det åpenbart ikke er fare ved gjennomføringen av tilbudet. Alternativt kan prinsippet om likebehandling være brutt der oppdragsgiver har avvist et tilbud grunnet utenforliggende hensyn, for eksempel for å favorisere favoritt-tilbyderen. Begrensningene gjelder like fullt ved taktisk prisede tilbud som ved ikke-taktisk prisede tilbud.

#### **4.2.6 Oppsummering om unormalt lavt tilbud**

Avvisningshjemmelen i FOA §§ 24-8 andre ledd bokstav b jf. 24-9 er relevant for taktisk prising.<sup>159</sup> Bestemmelsen angir ikke en bestemt metode for når et tilbud virker eller er unormalt lavt.<sup>160</sup> I vurderingen kan oppdragsgiver for eksempel vektlegge lave enhetspriser selv om totalprisen ikke virker unormalt lav, noe som gjør at flere tilfeller av ubalansert prising kan avvises.<sup>161</sup>

Imidlertid kan oppdragsgiver ikke avvise dersom tilbyder gir en tilstrekkelig forklaring på pris- eller kostnadsnivået, jf. § 24-9 andre ledd. Taktisk prising er bare en tilstrekkelig forklaring i den grad oppdragsgiver mener at forklaringen imøtekommer risikoen for

---

<sup>158</sup> Dragsten (2020) s. 25.

<sup>159</sup> Se pkt. 4.2.1.

<sup>160</sup> Se pkt. 4.2.2.

<sup>161</sup> Se pkt. 4.2.3.

manglende gjennomføringsevne.<sup>162</sup> Lagmannsrettsdommen LB-2016-14778 (Total Uteservice) er et eksempel på at forklaringen ikke ble godtatt.

Oppdragsgiver står ikke helt fritt til å mene at taktisk prisede tilbud virker unormalt lave, eller at forklaringen ikke imøtekommer gjennomføringsevnen. Skjønnsutøvelsen må være innenfor rammen gitt av de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.<sup>163</sup>

I alt imøtekommer «unormalt lavt»-bestemmelsen i FOA § 24-8 andre ledd bokstav b behovet for å avvise taktisk prisede tilbud fordi prisen kan bli for lav. Derimot imøtekommer ikke bestemmelsen problemet om at taktisk prising kan føre til at den reelle prisen blir høyere.<sup>164</sup>

### **4.3 Uakseptabelt tilbud grunnet lignende forhold**

#### **4.3.1 Lignende forhold og relevans for taktisk prising**

Som sett i forrige punkt, dekker «unormalt lavt»-hjemmelen taktisk prisede tilbud med fare for at totalprisen blir så lav at leverandøren ikke kan gjennomføre kontrakten. Det gjenstående scenarioet er taktisk prisede tilbud som ikke er unormalt lavt, og som har stor risiko for at tilbudet blir mye dyrere enn evalueringsprisen tilsier. Her fremstår FOA § 24-8 (2) bokstav e relevant, som dekker tilbud som «oppdragsgiveren for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til d».

Spørsmålet er om ubalansert prising og reforhandlingsstrategien kan være et slikt «lignende forhold» som oppdragsgiver «ikke kan akseptere». Først ser jeg i pkt. 4.3.2 generelt på hva et «lignende forhold» er. Deretter ser jeg i pkt. 4.3.3 og 4.3.4 om henholdsvis ubalansert prising og reforhandlingsstrategien kan være et slikt «lignende forhold».

#### **4.3.2 Hva er et «lignende forhold»?**

I utdraget fra FOA § 24-8 (2) bokstav e gjengitt i overskriften er det to interessante elementer: «ikke kan akseptere» og «lignende forhold». Ut fra ordlyden fremstår «lignende forhold» som det avgjørende vilkåret. Bindeordet «fordi» gjør at «ikke kan akseptere» fremstår som et resultat av at det foreligger et «lignende forhold». Samtidig er det naturlig å se uttrykkene i sammenheng, slik at «ikke kan akseptere» markerer en viss terskel for hva som er et «lignende forhold» foreligger.

---

<sup>162</sup> Se pkt. 4.2.4.

<sup>163</sup> Se pkt. 4.2.5.

<sup>164</sup> Om problemene med taktisk prising, se pkt. 2.2.2 og 2.2.3.

I normal språkbruk forstås «lignende forhold» som noe annerledes, men som likevel har store fellestrekk med det som sammenlignes. Siden det er et «lignende forhold *som i bokstav a til d* [min kursivering]», er det naturlig å spørre om det nye tilfellet har faktiske likhetstrekk med tilfeller som dekkes av de øvrige avvisningsgrunnene i § 24-8 (2). Videre er spørsmålet om avvisning ivaretar de samme formålene som de eksisterende hjemlene. Sett i sammenheng med «ikke kan akseptere» er det naturlig å lese «lignende forhold» strengt, for eksempel slik at behovet for å avvise det nye tilfellet må tilsvare behovet for avvisning som ligger bak de øvrige avvisningshjemlene.

Ifølge forarbeidene er bakgrunnen for bestemmelsen å gi oppdragsgiver en avvisningsgrunn der direktiv 2014/24/EU artikkel 26 nr. 4 bokstav b gir oppdragsgiver hjemmel til å avlyse en anbudskonkurranse og å gå videre med en forhandlet konkurranse.<sup>165</sup> FOA § 13-2 bokstav e gjennomfører artikkel 26 nr. 4 bokstav b i direktiv 2014/24/EU.<sup>166</sup> Imidlertid gjengir definisjonen i § 13-2 avvisningsgrunnene i § 24-8, inkludert «lignende forhold». Definisjonen i § 13-2 utelukker ikke at taktisk prising kan inngå i et «lignende forhold», men det er heller ikke et argument for at det er tilfelle.<sup>167</sup>

I NOU 2014: 4 skriver utvalget at den generelle avvisningsbestemmelsen «som minimum» vil omfatte definisjonen som nå står i FOA § 13-2.<sup>168</sup> Et eksempel på et «lignende forhold» er forventet kontraktsbrudd, for eksempel der leverandøren har tilbud helt urealistiske timetall. Utvalget ga bare et eksempel, og har dermed lagt opp til at også flere tilfeller kan omfattes av «lignende forhold».

Taktisk prising er derimot ikke et eksempel i overnevnte forarbeid. Mangelen på eksemplifisering kan ses i sammenheng med utgangspunktet fra Veidekke-dommen om at taktisk prising er lovlig, samt praksis fra domstolene og KOFA om at risikoen for at tilbudet blir dyrere, ikke er en avvisningsgrunn. Flertallet i Total Uteservice-dommen sa at en «mulighet for at tilbudet i realiteten ikke blir det billigste, gir i alle fall i utgangspunktet ikke grunnlag for avvisning».<sup>169</sup> Flertallet viser til «blant annet KOFA-2005-57». I KOFA-avgjørelsen avsnitt 29 sier utvalget at en slik avvisningsgrunn fremstår som ubegrunnet. Når

---

<sup>165</sup> NOU 2014: 4 s. 237 og Høringsnotat 2 s. 29.

<sup>166</sup> NOU 2014: 4 s. 149.

<sup>167</sup> I samme retning Dragsten (2020) s. 842.

<sup>168</sup> NOU 2014: 4 s. 238.

<sup>169</sup> Se LB-2016-14778 s. 14.

rettstilstanden for FOA-2006 var klar, bør det utøves forsiktighet med å regne slike tilfeller som et «lignende forhold» når forarbeidene ikke gir taktisk prising som et eksempel.

I samme retning taler de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet, jf. LOA § 4. Hvis oppdragsgiver innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet hadde vært stått fritt til å regne taktisk prisede tilbud som «lignende forhold», kunne det blitt vanskelig for tilbydere å vite hvordan de kan tilpasse tilbudene sine for å vinne konkurransen. Prinsippene underbygger at det er en høy terskel for å regne et taktisk priset tilbud som et «lignende forhold».

Dragsten skriver at hvis et tilbud er «utpreget taktisk priset, kan det også tenkes at tilbudet er uakseptabelt».<sup>170</sup> Samtidig understreker hun at ikke enhver taktisk prising vil gi en avvisningsrett, da regelverket ikke har et forbud mot taktisk prising. Synspunktet har ingen nærmere begrunnelse, men en mulig grunn kan være at formålet i LOA § 1 om å fremme effektiv ressursbruk får større betydning jo større farepotensialet ved den taktiske prisingen er. Juridisk teori og formålsbetraktningene taler derfor for at taktisk prising kan være et «lignende forhold», men at terskelen er høy.

Siden oppdragsgiver har et alternativt virkemiddel i å sette vilkår i konkurransegrunnlaget som utelukker taktisk prising, er det heller ikke et stort behov for å fremme effektiv ressursbruk å regne taktisk prising som et «lignende forhold», jf. FOA § 24-8 (2) bokstav e.<sup>171</sup> Rimelighetshensyn kan tilis at oppdragsgiver bør stå for sin feil i å eventuelt ikke ha gitt et vilkår i konkurransegrunnlaget. Argumentene er imidlertid ikke sterke, men de støtter resonnetet ovenfor om at terskelen bør være høy for å regne taktisk prising som et «lignende forhold».

Oppsummert utelukker ingen av rettskildene som omtaler FOA § 24-8 (2) bokstav e at taktisk prising forbundet med fare for at prisen blir mye høyere, kan være et «lignende forhold». Terskelen er høy, slik at det må være store likheter mellom situasjonene, hvor behovet for avvisning må tilsvare avvisningsbehovet til tilfeller som dekkes av øvrige avvisningsbestemmelsene.

#### **4.3.3 Kan et ubalansert priset tilbud være et «lignende forhold som i bokstav a til d»?**

Foreliggende situasjon er et ubalansert priset tilbud som ikke er unormalt lavt, men som har potensiale til å bli mye dyrere enn konkurrerende tilbud ved endrede enhetsmengder.

---

<sup>170</sup> Se Dragsten 2020 s. 842.

<sup>171</sup> Om vilkår i konkurransegrunnlaget, se pkt. 3.2 ovenfor.

Spørsmålet er om situasjonen har tilstrekkelig store likhetstrekk med situasjonene som inngår i de øvrige avvisningsbestemmelsene, og om avvisning ivaretar hensyn av samme styrke.

FOA § 24-8 (2) bokstav a gjelder «avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige». Som sett i pkt. 2.3, kan taktisk prising utgjøre et «avvik fra anskaffelsesdokumentene» hvis oppdragsgiver har satt et vilkår i konkurransegrunnlaget som utelukker taktisk prising. Avvisning grunnet avvik er imidlertid begrunnet i at alle tilbyderne skal konkurrere på like vilkår, jf. prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og forholdsmessighet.<sup>172</sup> Forskjellen er derfor stor mot foreliggende tilfelle, hvor behovet for å avvise det taktisk prisede tilbudet kommer av risikoen for at det ikke blir billigst.<sup>173</sup> Forholdet er derfor ikke «lignende [...] som i bokstav a», jf. FOA § 24-8 (2) bokstav e.

Neste avvisningsbestemmelse som kan sammenlignes, er «unormalt lavt» i FOA § 24-8 (2) bokstav b. Som sett i pkt. 4.2.3, er bakgrunnen for bokstav b å avvise tilbud som kan bli så lave at det er fare for gjennomføringen. Ved ubalansert prising som ikke er unormalt lav, er det gjenstående problemet at prisen under gjennomføringen ved endrede enhetsmengder kan bli så høy at tilbudet ikke lenger er billigst. Et slikt utfall er en konsekvens av gjennomføringen av tilbudet, og risikoen for utfallet er derfor ikke en fare for gjennomføringen av tilbudet. Ulikhetene taler mot at foreliggende tilfelle er «lignende» som bokstav b.

I forarbeidene utdypes utvalget at gjennomføringsevnen er sentral for å «beskytte oppdragsgiver».<sup>174</sup> Siden oppdragsgivers kostnader er samfunnets kostnader, kan fokuset på tilbyders gjennomføringsevne ses som et utslag av formålet i LOA § 1. Til sammenligning er avvisning av tilbud hvor ubalansert prising gir en risiko for at tilbudet blir mye dyrere, begrunnet i hensynet til effektiv ressursbruk. Er risikoen for et slikt utfall stor nok, vil avvisning av et ubalansert priset tilbud verne oppdragsgiver og samfunnets ressurser. At avvisning ivaretar de samme hensynene, taler for at foreliggende tilfelle kan være «lignende» som bokstav b.

Et mulig motargument er at ubalansert prising ikke alltid leder til ineffektiv ressursbruk, se pkt. 2.2.2. Imidlertid er avvisningsmuligheten for unormalt lave tilbud etter § 24-8 andre ledd

---

<sup>172</sup> Se NOU 2014: 4 s. 233, som viser til hensynet til «god forretningsskikk» for FOA 2006 § 11-11 andre ledd bokstav a. God forretningsskikk er i LOA 2016 en del av likebehandlingsprinsippet i § 4, jf. Prop. 51 L (2015-2016) s. 43.

<sup>173</sup> Se pkt. 2.2.2 ovenfor om hvordan ubalansert prising kan føre til dyrere tilbud enn evalueringsprisen tilsier.

<sup>174</sup> Se NOU 2014: 4 s. 234.

bokstav b begrunnet i *risikoen* for manglende gjennomføring og påfølgende ineffektiv ressursbruk.<sup>175</sup> På sin side er avvisning av ubalansert prisede tilbud som ikke er unormalt lave begrunnet i *risikoen* for en dyrere totalpris enn alternativene under gjennomføringen. At begge taler om en risiko for ineffektiv ressursbruk taler for at de er «lignende forhold», jf. § 24-8 andre ledd bokstav e.

En annen relevant avvisningsbestemmelse er FOA § 24-8 (2) bokstav d, som gir oppdragsgiver rett til å avvise et tilbud som «overstiger oppdragsgiverens budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen». Selv om evalueringsprisen til et tilbud ikke overskrider et fastsatt budsjettet, kan ubalansert prising i praksis gjøre at budsjettet overskrides hvis tilbyder har overpriset enheter som oppdragsgiver undervurderte i mengdeestimatet. Uavhengig av om et budsjett kan dokumenteres, er det en likhet mellom foreliggende tilfelle og bokstav d at avvisning i begge tilfeller verner oppdragsgiver fra tilbud som er for dyre.

Ut fra de faktiske likhetene med bokstav d og de formålmessige likhetene med bokstav c, er konklusjonen at ubalansert prising som ikke er unormalt lavt kan være et «lignende forhold som i bokstav a til d». Terskelen er imidlertid høy, slik at graden av ubalansert prising og risikoen for at oppdragsgivers mengdeestimat ikke stemmer, må være betydelig.

#### **4.3.4 Er reforhandlingsstrategien et «lignende forhold»?**

Reforhandlingsstrategien skiller seg fra ubalansert prising, og det er derfor et eget spørsmål om et slikt tilfelle kan være et «lignende forhold som i bokstav a til d», jf. § FOA § 24-8 andre ledd bokstav e.

Til forskjell fra ubalansert prising er reforhandlingsstrategien ikke nødvendigvis synlig ut fra tilbudet. Selv hvis oppdragsgiver forstår at tilbyderne håper på å få større inntekter gjennom en etterfølgende reforhandling, oppstår ikke behovet for avvisning på samme måte fordi oppdragsgiver ikke er bundet til å gi noe mer. Hvis oppdragsgiver finner det nødvendig å be om ekstratjenester, er han eller hun beskyttet av grensene i FOA § 28-1.<sup>176</sup> Oppdragsgivers valgmuligheter gjør at det som utgangspunkt ikke er naturlig å kalle reforhandlingsstrategien et «lignende forhold» til bokstav c om unormalt lave tilbud, jf. § 24-8 andre ledd bokstav e.

En spesiell variant av reforhandlingsstrategien er der tilbyderen har bestemt seg for å ikke gjennomføre tilbudet der oppdragsgiver ikke går med på å gi ekstraoppdrag, jf. FOA § 28-

---

<sup>175</sup> Se pkt. 4.2.3.

<sup>176</sup> Se pkt. 2.2.3.



1.<sup>177</sup> I så fall kan det være snakk om forventet kontraktsbrudd, som er et eksempel på lignende forhold gitt i NOU 2014: 4 s. 238.<sup>178</sup> En slik situasjon ligner både på «avvik» i bokstav a og på «unormalt lavt» i bokstav b.

Reforhandlingsstrategien kan dermed være et «lignende forhold» i den grad oppdragsgiver forventer et kontraktsbrudd. At oppdragsgiver føler seg tvunget til å godta en reforhandling med dyre tilleggstjenester, er imidlertid ikke en grunn til avvisning av tilbudet.

#### **4.3.5 Oppsummering om «lignende forhold»-hjemmelen**

Avvisningshjemmelen om «lignende forhold» i FOA § 24-8 (2) bokstav e kan dekke taktisk prisede tilbud som ikke er unormalt lave, men terskelen er høy.<sup>179</sup> Der tilbyder i stor grad har overpriset enheter som oppdragsgiver kan trenge mer av, og hvor risikoen er stor for at oppdragsgivers mengdeestimat er feil, kan et ubalansert priset tilbud være et «lignende forhold» som særlig § 24-8 (2) bokstav b og d.<sup>180</sup> Reforhandlingsstrategien kan være et «lignende forhold» der oppdragsgiver forventer et kontraktsbrudd.<sup>181</sup>

### **Del 5: Avsluttende bemerkninger**

Ingen av avvisningsbestemmelsene i FOA gir en generell adgang til å avvise taktisk prisede tilbud. En generell avvisningsmulighet er heller ikke ønskelig, da ikke alle tilfeller av taktisk prising er problematisk opp mot formålet om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1. Samtidig har taktisk prisede tilbud problematiske sider ved seg, og det er disse problematiske sidene som avvisningsbestemmelsene dekker. For det første kan taktisk prising føre til at den reelle prisen blir så lav at tilbyder ikke kan eller vil gjennomføre tilbudet. For det andre kan taktisk prising føre til at den reelle prisen blir mye høyere enn vurderingsprisen tilsier, slik at tilbudet i realiteten ikke var det billigste i konkurransen.

Oppdragsgiver kan verne seg mot begge problemene ved hjelp av den ulovfestede muligheten til å gi vilkår i konkurransegrunnlaget som utelukker taktisk prising. Hvis taktisk prising utgjør et «avvik» fra vilkåret som ikke er «ubetydelig», kan oppdragsgiver avvise tilbudet etter FOA § 24-8 (2) bokstav a. I KOFA-sak 2011/265 ble avvik fra et krav om at enkelte enhetspriser skal «gjenspeile faktiske kostnader» regnet som et ikke-ubetydelig fordi det stred

---

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> NOU 2014: 4 s. 238.

<sup>179</sup> Se pkt. 4.3.2.

<sup>180</sup> Se pkt. 4.3.3.

<sup>181</sup> Se pkt. 4.3.4.

mot formålet med vilkåret i konkurransegrunnlaget.<sup>182</sup> Det samme argumentet kan benyttes for tilsvarende avvik rettet mot taktisk prising. Begrensningen ligger i hvilke vilkår oppdragsgiver kan sette i konkurransegrunnlaget, jf. de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Vilkåret kan ikke være uforholdsmessig, og det må formuleres så klart at alminnelig aktsomme tilbydere forstår vilkåret på samme måte.

Avvisningsmuligheten om «avvik» i FOA § 24-8 (2) er mest aktuell for å verne seg mot ubalansert prising.<sup>183</sup> Grunnen er at ubalansert prising er synlig i konkurransegrunnlaget, mens reforhandlingsstrategien bygger på tilbyders intensjon om å kreve høye priser på eventuelle tilleggstenester som tilbyder tror at oppdragsgiver vil legge til kontrakten.<sup>184</sup> Å lage et lovlig vilkår hvor tilbyders intensjon utgjør et avvik, blir vanskelig.

En annen type krav i konkurransegrunnlaget som er lovfestet, er kvalifikasjonskrav om tilbydernes økonomiske og finansielle kapasitet.<sup>185</sup> Et slikt kvalifikasjonskrav kan være egnet til å luke ut tilbydere som, hvis de hadde priset taktisk, hadde utgjort den største faren for manglende gjennomføring der den reelle totalprisen hadde blitt lav. Som redskap mot et taktisk priset tilbud er ikke kvalifikasjonskrav egnet, da kravet anvendes før tilbudsleveringen.

Der oppdragsgiver ikke har foretatt seg noe i konkurransegrunnlaget for å motvirke taktisk prising, kan bestemmelsen om «unormalt lavt i forhold til ytelsen» være aktuell, jf. FOA § 24-8 (1) bokstav c og (2) bokstav b.<sup>186</sup> Bestemmelsen kan anvendes både på ubalansert prising og på reforhandlingsstrategien, men den imøtekommer bare risikoen for at tilbudet er så lavt at leverandøren ikke kan gjennomføre kontrakten. Et tilfelle som jeg drøftet særskilt, er ved ubalansert prising hvor totalprisen ikke er unormalt lav, men hvor enkelte enhetspriser fremstår veldig lave. Jeg konkluderte at oppdragsgiver kan vektlegge sammensetningen av enhetsprisene og risikoen for at den reelle totalprisen ved endrede enhetsmengder kan bli så lav at det er fare for gjennomføringen av kontrakten. Rettskildesituasjonen er imidlertid uklar, og det er ikke utenkelig at Høyesterett hadde kommet til motsatt konklusjon om spørsmålet kom til behandling.

Til sist drøftet jeg muligheten oppdragsgiver har til å avvise taktisk prisede tilbud etter FOA § 24-8 (2) bokstav e, som gjelder «lignende forhold».<sup>187</sup> Bestemmelsen er ny ved FOA 2016, og

---

<sup>182</sup> KOFA-sak 2011/265 avsnitt 50.

<sup>183</sup> Se pkt. 3.2.

<sup>184</sup> Se pkt. 2.2.2 og 2.2.3 ovenfor.

<sup>185</sup> Se pkt. 3.3.

<sup>186</sup> Se pkt. 4.2.

<sup>187</sup> Se pkt. 4.3.

jeg har ikke sett praksis fra domstolene eller KOFA som anvender den på et taktisk priset tilbud. Konklusjonen min om at bestemmelsen kan gi hjemmel til å avvise taktisk prising som ikke er unormalt lavt, og dermed dekke tilfeller med høy risiko for at den reelle prisen blir ekstremt mye høyere under gjennomføringen, er under sterk tvil. Mindre tvil er det ved reforhandlingsstrategien og forventet kontraktsbrudd.

## Kilder

### Lov

LOA Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser, sist endret ved lov nr. 18/2017.

### Forskrifter

Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser §§ 12 andre ledd jf. 6. Sist endret ved forskrift nr. 484/2017.

FOA-2006 Forskrift 7. april 2006 nr. 402, sist endret ved forskrift nr. 974/2017.

FOA og FOA-2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser, sist endret ved forskrift nr. 498/2022.

### Forarbeider

NOU 2014: 4 NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.

Høringsnotat 2 Nærings- og fiskeridepartementet, *Høringsnotat 2*, «Ny forskrift om offentlige anskaffelser», 17.03.2015. Lastet ned 15.03.2022. Lenke:  
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/?expand=horingsnotater>

Prop. 51 L (2015-2016) Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

Innst. 358 L (2015-2016)    Innst. 358 L (2015-2016) Om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

### **Direktiver og traktater**

ODA-avtalen                      Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av overvåkningsorgan og en domstol, med protokollene 1 – 7, 2. mai 1992 (ikrafttredelse 1. januar 1994).

EØS-avtalen                      Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (ikrafttredelse 1. januar 1994).

TEUV                              Traktaten om Den europeiske unions virkeområde, 13. desember 2007 (ikrafttredelse i EU 1. desember 2009).

Direktiv 2014/23/EU              Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsekjonskontrakter, EUT L 94/1.

Direktiv 2014/24/EU              Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF, EUT L 94/65.

Direktiv 2014/25/EU              Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF, EUT L 94/243.

### **Høyesterettspraksis**

Veidekke                          Rt. 2003 s. 1531.

Mika Rt. 2012 s. 1729.

### **Lagmannsrettspraksis**

LE-2014-98029

LB-2015-72805

Total Uteservice LB-2016-14778

### **Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)**

Medi 3 KOFA-sak 2005/57

NCC Construction KOFA-sak 2011/265

KOFA-sak 2013/8

KOFA-sak 2013/140

Brødrene Dahl KOFA-sak 2015/31

KOFA-sak 2017/113

### **EU-domstolen (C), Underretten (T) og EFTA-domstolen (E)**

Storebælt C-243/89

Impresa Lombardini C-285/99 og C-286/99

Siac C-19/00

Renco T-4/01

Fabricom	C-21/03
Serrantoni	C-376/08
Nordencon	C-561/12
	E-8/19

### Högsta förvaltningsdomstolen (Sverige).

Rexab/Flyttingsbyrå	HFD 2016 nr. 6159-14 og 6160-14
NCC	HFD 2016 nr. 6578-14

### Juridisk litteratur

- Alexandersson mfl. (2007)     Alexandersson, Gunnar og Hulten, Staffan, «High and Low Bids in Tenders: Strategic Pricing and Other Bidding Behaviour in Public Tenders of Passenger Railway Services» *Annals of Public and Cooperative Economics* 78:2 (2007), s. 161-194.
- Arrowsmith (2014)     Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*. Volume 1, third edition. Sweet & Maxwell (2014).
- Dragsten (2016)     Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser - regelverk, praksis, løsninger*, Universitetsforlaget (2013).
- Dragsten (2020)     Dragsten, Marianne, *Anskaffelsesloven, med forskrift, kommentarutgave*, Universitetsforlaget (2020). Lastet ned fra Juridika.no 24.03.2022, lenke: <https://juridika.no/fagbok/anskaffelsesloven/1/dokument>

- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Germund, *EØS-rett*, 3. utgave (2018).
- Hopsnes (2013) Hopsnes, Roald, Lojalitetsbetraktninger ved tolkning av avtaler inngått etter anskaffelsesforskriften» *Undring og erkjennelse : Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år s. 229-234*, Fagbokforlaget (2013).
- Lundvall og Pedersen (2011) Lundvall, Karl og Pedersen, Kristian, «Osund strategisk anbudsgivning i offentlig opphandling» *Uppdragsforskningsrapport 2011: 1*, Konkurrentverket 2011. Lastet ned 13.03.2022 fra konkurrentverket.se, lenke:<https://www.konkurrentverket.se/informationsmaterial/rapportlista/osund-strategisk-anbudsgivning-i-offentlig-upphandling/>
- Thue (2018) Thue, Anders mfl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgave, Gyldendal (2018). Lastet ned 8.2.2022 fra Rettsdata.no. Lenke: <https://min.rettsdata.no/Dokument/gLOVFORSKRz5FOFFANSKz2DKO M2018>
- Trygstad (2017) Trygstad, Kristian Jåtog, *Tildeing av offentlige kontrakter*, 2. utgave, Gyldendal (2017).
- Ølykke (2010) Ølykke, Grith Skovgaard, *Abnormally low tenders: with an emphasis on public tenderers*, DJØF Publ (2010).
- Ølykke og Nyström (2018) Ølykke og Nyström (2018) - Ølykke, Grith S og Nyström, Johan, «Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison Between Sweden and Denmark» *Journal of Competition Law & Economics*, volum 13 (2017) nr. 4, utgitt 2018, s. 666-709.