

Avvisningsplikt ved unormalt lave tilbud

Hva er et unormalt lavt tilbud, og hvilke regler må være brutt for at avvisningsplikten skal oppstå

Kandidatnummer: 703

Leveringsfrist: 25.04.2018

Antall ord: 17 395



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema, aktualitet og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger og presiseringer	2
1.3	Begrepsbruk	2
1.4	Rettskildebildet	3
1.5	Fremstillingen videre	5
2	BAKGRUNN FOR REGLENE	5
2.1	Viktige prinsipper på anskaffelsesrettens område	5
2.2	Regelens utvikling.....	7
2.3	Formål med reglene	7
3	UNORMALT LAVE TILBUD	10
3.1	Plikt til å identifisere unormalt lave tilbud.....	11
3.2	Når virker tilbudet unormalt lavt	12
3.2.1	Vurdering av tilbyders gjennomføringsevne	13
3.2.2	Kostnadsvurdering.....	18
3.2.3	Hvilken vurdering skal legges til grunn	19
3.2.4	Enkeltposter unormalt lave	21
3.2.5	Matematisk vurdering.....	24
3.3	Nærmere undersøkelse av tilbudet.....	25
3.3.1	Plikten til å foreta nærmere undersøkelser	25
3.3.2	Innholdet i undersøkelsen	27
3.3.3	Dokumentasjon om overholdelse av regler om arbeidsforhold.....	28
3.3.4	Frist for innlevering av redegjørelser og dokumentasjon.....	30
3.4	Faktisk unormalt lavt	30
3.4.1	Tilbudet som helhet	30
3.4.2	Enkeltposter unormalt lave	35
4	REGELBRUDD	36
4.1	Nasjonale regler	37
4.1.1	Utstasjoneringdirektivet	37
4.1.2	Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter	38
4.1.3	Oppsummering	40
4.2	Kollektive avtaler.....	41
4.3	EØS-regler og internasjonale avtaler	41

4.4	Forholdet til underleverandør.....	42
5	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....	43
	LITTERATUR	45
	LOVER, FORSKRIFTER, FORARBEIDER OG DIREKTIVER	45
	Norske	45
	Utenlandske.....	46
	Traktater	46
	EU	46
	DOMMER OG AVGJØRELSER.....	47
	Norske	47
	Utenlandske.....	48
	Klagenævnet for Udbud (Danmark)	48
	EU-domstolen	48
	NETTBASERTE KILDER.....	49

1 Innledning

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

Oppgavens tema er avvisningsplikten ved unormalt lave tilbud i offentlige anskaffelser. Offentlig sektor er en stor aktør når det gjelder kjøp av varer og tjenester. I 2016 ble det kjøpt varer og tjenester for over 500 milliarder kroner, en økning på 4,8 % fra 2015.¹

Selskaper som ønsker å vinne en offentlig kontrakt kan strekke seg langt for å oppnå dette. Det kan gjøres ved å presse prisene så lavt at det medfører risiko for om leverandøren klarer å levere ytelsen og gjennomføre kontrakten som forventet av oppdragsgiver. Eksempelvis å levere rett kvalitet til rett tid. Den lave prisen kan også bidra til at tilbyder ikke klarer å gjennomføre kontrakten uten å bryte regler om arbeidsforhold.

Man har sett eksempler på at tilbydere som har vunnet en konkurranse ved å inngi svært lave tilbud, har hatt problemer med å gjennomføre kontrakten.² Veireno AS var et selskap som hadde kontrakt med Oslo kommune om avfallshåndtering. Kontrakten med Veireno AS ble sagt opp etter et halvt år fordi Veireno AS ikke hadde levert i henhold til kontrakten, samtidig som det forelå grove brudd på regler om arbeidsforhold.³

Reglene om avvisningsplikt ved unormalt lave tilbud som følge av brudd på regler om arbeidsforhold, er nye av anskaffelsesforskriften fra 2016⁴ (FOA). Tidligere har det bare foreligget en avvisningsrett for oppdragsgiver. Det er ikke utenkelig at tilbudet til Veireno AS skulle vært avvist hvis konkurransen hadde vært gjennomført i dag.

Avvisning av et tilbud innebærer at tilbudet ikke kommer videre til evalueringsrunden, og følgelig kan ikke tilbyder vinne kontrakten. Tilbyder sitter da igjen med utgifter ved utarbeidelse og innlevering av tilbudet, men ingen mulighet til å tjene det inn ved å vinne kontrakten. Innføringen av avvisningsplikten innebærer at tilbydere som ikke vinner kontrakten nå har fått en ny mulighet til å klage på oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt. Hvis tilbudet med lavest pris gis full score på priskriteriet og de andre forholdsmessig deretter, vil manglende avvisning kunne påvirke fordelingen av prispoengene, og følgelig rangeringen av tilbudene. I en konkurranse hvor vinneren er tilbudet med best forhold mellom pris og kvalitet, vil eksempelvis leverandør A's tilbud som er lavest, få maksimal score. Hvis tilbud A feilaktig ikke blir avvist som unormalt lavt, kan dette medføre at leverandør B vinner. Dersom leverandør A hadde

¹ SSB (2017).

² Torkelsen (2018).

³ Deloitte (2017) avsnitt 8.1.

⁴ Forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974.

blitt avvist, skulle det nest laveste tilbudet, leverandør C, fått full score på prispoengene. Følgelig kan det hende at leverandør C skulle fått best rangering og vunnet konkurransen. Manglende avvisning kan derfor føre til at feil leverandør vinner.

I oppgaven ønsker jeg å avklare når et tilbud er unormalt lavt, og i hvilke tilfeller det oppstår en avvisningsplikt for oppdragsgiver. Oppgaven søker å gi en analyse av hva som ligger i begrepet «unormalt lavt tilbud», samt når oppdragsgiver kan fastslå at tilbudet er unormalt lavt. Videre søker jeg å avklare hvilke regler om arbeidsforhold som må være brutt for at det skal oppstå en avvisningsplikt for oppdragsgiver.

1.2 Avgrensninger og presiseringer

I oppgaven vil jeg fokusere på den lovfestede avvisningsplikten i FOA § 24-8 (1) litra c. Jeg vil ikke behandle spørsmålene hvorvidt det foreligger en ulovfestet avvisningsplikt basert på hensynene til forutberegnelighet og likebehandling, ei heller avvisning av unormalt lave tilbud som får statsstøtte.

Den lovfestede avvisningsplikten inntreffer hvis tilbudet er unormalt lavt som følge av brudd på bestemmelser om arbeidsforhold, sosiale forhold og miljø. Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg kun fokusere på brudd på bestemmelser om arbeidsforhold. For oppdragsgiver er det viktig å vite om norske regler om arbeidsforhold kommer til anvendelse på en kontrakt. Jeg vil derfor fokusere på de overordnede spørsmålene om hvilke lands rett som kan legges til grunn. Følgelig vil jeg ikke gå inn i de materielle arbeidsbestemmelsene.

1.3 Begrepsbruk

I oppgaven vil det legges til grunn at et tilbud «virker unormalt lavt» frem til oppdragsgiver har gjennomført undersøkelsesprosedyren og fattet endelig beslutning om tilbudet er unormalt lavt eller ikke. Dette er i overensstemmelse med begrepsbruken EU-domstolen har lagt til grunn i flere av sine avgjørelser.⁵

Med et «unormalt lavt tilbud» menes et tilbud oppdragsgiver har, eller skulle ha, identifisert til å virke unormalt lavt, og som etter en nærmere undersøkelse har blitt fastslått av oppdragsgiver til faktisk å være unormalt lavt.

«Oppdragsgiver» blir i denne oppgaven brukt som betegnelse for dem reglene om offentlige anskaffelser gjelder for, jf. lov om offentlige anskaffelser⁶ (LOA) § 2 og FOA § 1-2.

⁵ Sak T-392/15 (European Dynamics) avsnitt 88.

⁶ Lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73.

Uttrykkene «tilbyder» og «leverandør» beskriver en som har levert inn et tilbud i en konkurranse i regi av offentlige oppdragsgivere som definert i FOA § 1-2.

«De forventede kostnadene ved gjennomføringen av kontrakten», eller «de forventede kostnadene», brukes i denne oppgaven om kostnadene som oppdragsgiver i utgangspunktet tror at det vil koste leverandøren å gjennomføre kontrakten.

I oppgaven vil «de reelle kostnadene ved gjennomføringen av kontrakten», eller «de reelle kostnadene», brukes om de kostnadene tilbyder har ved å gjennomføre kontrakten

1.4 Rettskildebildet

Oppgaven har et rettsdogmatisk perspektiv og problemstillingen løses basert på alminnelig juridisk metode.

Reglene om offentlige anskaffelser er gjennomført i LOA og FOA. Reglene om avvisningsplikt av unormalt lave tilbud følger av FOA § 24-8 (1) litra c og § 24-9.

Forarbeidene til reglene om offentlige anskaffelser er omfattende. Disse gjør i hovedsak rede for gjeldende rett, samt hvordan de EØS-rettslige forpliktelser skal gjennomføres i norsk rett. Tradisjonelt har forarbeider stor rettskildemessig verdi i norsk rett, men når det er forarbeider som dreier seg om gjennomføring av direktiver får de mindre vekt.⁷ I utgangspunktet er det «den EØS-rettslige forståelsen av bestemmelsene som vil være avgjørende.»⁸ De norske forarbeidene får derfor stor informasjonsverdi, men lav rettskildemessig verdi sammenlignet med tradisjonelt i norsk rett. Unntaket er på områder hvor EØS-retten gir oss et nasjonalt spillerom.⁹

For unormalt lave tilbud i offentlige anskaffelser foreligger det lite norsk rettspraksis. Det foreligger kun to lagmannsrettsdommer av betydning, LB-2015-186095 og LB-2016-14778.

Innenfor offentlige anskaffelser foreligger det mange avgjørelser fra Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA). Uttalelsene herfra er kun rådgivende, og KOFA kan bare ilegge overtredelsesgebyr der det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, jf. LOA § 12 (1). Tilbydere kan anlegge saker for de alminnelige domstolene selv om disse har vært avgjort av KOFA. Domstolene kan følgelig overprøve KOFAs avgjørelser. I utgangspunktet har rettspraksis derfor større vekt enn avgjørelser fra KOFA, og dette er i tråd med den tradisjonelle rettskildemetode.

⁷ Sejersted (2011) s. 203.

⁸ Dragsten (2013) s. 54.

⁹ Sejersted (2011) s. 203.

Etter den tradisjonelle rettskildelæren har ikke KOFAAs avgjørelser større vekt enn juridisk teori. Samtidig har omfanget av saker for KOFA medført at de har hatt en sentral rolle i rettsutviklingen innen offentlige anskaffelser.¹⁰ Det innebærer at den faktiske rettskildeværdien til uttalelser fra KOFA blir høyere enn den formelle. Rådgivende uttalelser fra KOFA bør derfor vektlegges ved avgjørelse av spørsmål om offentlige anskaffelser.

Det norske regelverket om offentlige anskaffelser er i hovedsak «en gjennomføring av Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen.»¹¹ For reglene over EØS-terskelverdiene ligger EU-direktivet 2014/24/EU (2014-direktivet) til grunn.¹² I FOA følger reglene om offentlige anskaffelser over EØS-terskelverdiene av forskriftens del III.

Et alminnelig lojalitetsprinsipp gjelder etter EU/EØS-retten. På bakgrunn av dette prinsippet har EU-domstolen lagt til grunn at det i EU gjelder et prinsipp om EU-rettskonform tolkning. Det går ut på at nasjonale domstoler plikter å tolke nasjonale regler i overensstemmelse med EU-regler.¹³ I dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1811 tok Høyesterett stilling til om det gjelder et tilsvarende prinsipp etter EØS-avtalen. Høyesterett kom til at et slikt prinsipp ikke strekker seg lengre enn det som følger av presumsjonsprinsippet i norsk rett. Presumsjonsprinsippet går ut på at norske lovbestemmelser så langt det er mulig, skal tolkes i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, herunder EØS-avtalen.¹⁴ Det innebærer at når norske regler åpner for flere tolkningsalternativer skal man velge det alternativet som er i best overensstemmelse med EØS-retten. Dette gir at norske regler om offentlige anskaffelser skal tolkes i overensstemmelse med reglene i 2014-direktivet.

På bakgrunn av dette blir 2014-direktivet med tilhørende rettskilder en sentral tolkningsfaktor. Spesielt gjelder dette for bestemmelsene i FOA del III som gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Avvisningsplikten av unormalt lave tilbud som følge av brudd på regler om arbeidsforhold følger av FOA § 24-8 (1) litra c, som er i FOA del III. Artikkel 69 i 2014-direktivet er den tilsvarende EU-regelen. Tolkningen av artikkel 69 i 2014-direktivet er derfor en viktig tolkningsfaktor for FOA § 24-8 (1) c.

Siden forståelsen av EU-reglene er en sentral rettskildefaktor, er også EU-domstolen en viktig rettskilde. Andre EU-institusjoner, medlemsstater og nasjonale domstoler plikter å legge EU-

¹⁰ Dragsten (2013) s. 54.

¹¹ Dragsten (2013) s. 54.

¹² Dragsten (2013) s. 54.

¹³ Dragsten (2013) s. 55.

¹⁴ Dragsten (2013) s. 55.

domstolens tolkninger til grunn.¹⁵ Dermed vil forståelsen av EU-reglene bli utviklet av EU-domstolen.

Videre blir litteratur angående forståelsen av EU-reglene om offentlige anskaffelser en relevant rettskilde. I tillegg kan rettskilder angående offentlige anskaffelser fra andre lands nasjonale rett få betydning for forståelsen av reglene om offentlige anskaffelser. Dette gjelder særlig rettskilder som omtaler forståelsen av reglene over EØS-terskelverdiene. Årsaken er at EUs krav om EU-rettskonform tolkning, og det norske presumsjonsprinsippet, gjør at reglene over EØS-terskelverdiene skal tolkes likt i samsvar med de overordnede EU-reglene.

1.5 Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen ser jeg på regelens utvikling og formålet med reglene i kapittel 2. I kapittel 3 redegjør jeg for hva som er et unormalt lavt tilbud. Kapittel 4 omhandler hvilke regler som må brytes for at avvisningsplikten skal inntre. Avslutningsvis beskrives oppsummering og konklusjon i kapittel 5.

2 Bakgrunn for reglene

2.1 Viktige prinsipper på anskaffelsesrettens område

Innenfor rettsområdet offentlige anskaffelser foreligger det generelle prinsipper som ligger til grunn for regelverket. Disse prinsippene følger av LOA § 4 og er: konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.

Prinsippet om konkurranse går ut på at det skal foreligge en reell konkurranse ved gjennomføring av anskaffelsen.¹⁶ Det innebærer at oppdragsgiver ikke kan foreta handlinger som vil svekke konkurransen uten saklig grunn eller hjemmel i regelverket.¹⁷ Oppdragsgiver kan ikke bare velge den leverandøren man selv ønsker, men skal legge til rette for at kontrakten blir tildelt det beste blant flere tilbud.

Likebehandlingsprinsippet innebærer at alle tilbydere skal behandles likt. Det betyr at oppdragsgiver har en plikt til å behandle alle likt gjennom anskaffelsesprosessen. Like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller ulikt.¹⁸

¹⁵ Dragsten (2013) s. 57.

¹⁶ NOU 2014: 4 s. 79.

¹⁷ Dragsten (2013) s. 179.

¹⁸ NOU 2014: 4 s. 77.

I likebehandlingsprinsippet kan det innfortolkes et prinsipp om ikke-diskriminering.¹⁹ Prinsippet gjelder generelt på EU-rettens område og gjelder også for reglene om offentlige anskaffelser. Det går ut på at det ikke er tillatt å diskriminere andre på bakgrunn av nasjonalitet.²⁰

Det kan i likebehandlingsprinsippet også innfortolkes et prinsipp om gjennomsiktighet. Dette har blitt gjort av EU-domstolen.²¹ Gjennomsiktighetsprinsippet gjelder også generelt på EU-rettens område. Prinsippet innebærer at tilbyderne skal ha innsikt og anledning til å gjennomgå oppdragsgivers vurdering. Det skal «sikre åpenhet om alle stadier i anskaffelsesprosessen».²²

Forutberegnelighetsprinsippet går ut på at anskaffelsesprosessen skal gjennomføres på en måte som er forutsigbar for tilbyderne.²³ I dette ligger at oppdragsgiver skal informere om hva som gjelder for denne anskaffelsen. Det medfører at tilbyderne har en klar forventning om at det som blir sagt, vil bli gjennomført. De forventer å kunne stole på informasjonen som blir gitt.²⁴

Prinsippet om etterprøvbarehet går ut på at tilbyderne skal ha anledning til å kontrollere at anskaffelsesregelverket blir fulgt jf. forarbeidene til FOA. De skal således sikre rettssikkerheten til tilbyderne.²⁵

Forholdsmessighetsprinsippet omtales også som proporsjonalitetsprinsippet. Prinsippet innebærer at det skal være forholdsmessighet mellom mål og middel.²⁶ Det betyr at oppdragsgiver kun kan stille krav til en leverandør som er nødvendig og passende i forhold til målet som skal oppnås.²⁷ Oppdragsgiver har da ikke anledning til å stille krav som går lengre enn det som er nødvendig.

I henhold til forarbeidene skal disse prinsippene vektlegges ved tolkningen av enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket. Hvis det foreligger tvil om hvordan innholdet i en bestemmelse skal forstås, skal man i utgangspunktet legge den forståelsen som støttes av de grunnleggende prinsippene til grunn.²⁸ EU-domstolen har uttalt at oppdragsgiver må særlig huske på

¹⁹ NOU 2014: 4 s. 74.

²⁰ Jf. TEUV art. 18.

²¹ Sak T-402/06 (Spania mot kommisjonen) avsnitt 67.

²² NOU 2014: 4 s. 77.

²³ NOU 2014: 4 s. 78.

²⁴ NOU 2014: 4 s. 78.

²⁵ NOU 2014: 4 s. 78.

²⁶ Dragsten (2013) s. 187.

²⁷ Dragsten (2013) s. 187.

²⁸ NOU 2014: 4 s. 73.

likebehandlings-, ikke-diskriminerings- og gjennomsiktighetsprinsippet ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.²⁹

2.2 Regelens utvikling

I EU ble begrepet om unormalt lave tilbud innført i regelverket om offentlige anskaffelser i direktiv 71/305/EØF, som gjaldt innenfor byggebransjen. Regelen om avvisning av unormalt lave tilbud har senere blitt videreført gjennom direktiv 92/50/EØF, direktiv 2004/18/EF (2004-direktivet) og ved 2014-direktivet. I sistnevnte direktiv ble det i tillegg innført en avvisningsplikt.

I norsk rett ble regler om avvisning av unormalt lave tilbud første gang inntatt i forskrift av 4. desember 1992 nr. 908. Forskriften var en implementering av direktiv 92/50/EØF. Den første regelen oppstilte kun en rett for oppdragsgiver til å avvise unormalt lave tilbud. Denne avvisningsretten har blitt videreført gjennom senere forskrifter om offentlige anskaffelser³⁰ og frem til dagens forskrift fra 2016. Ved implementeringen av 2014-direktivet i FOA ble også den nye regelen om avvisningsplikt implementert.

2.3 Formål med reglene

Reglene om avvisning av unormalt lave tilbud ivaretar flere formål. Den skal blant annet forhindre at oppdragsgiver vil være forpliktet til å inngå kontrakt med noen som ikke kan godtgjøre at de vil kunne gjennomføre kontrakten uten å gå konkurs e.l.³¹ Denne tolkningen har også lagmannsrettens flertall lagt til grunn i LB-2016-14778.

En slik tolkning kan ses som et utslag av formålsbestemmelsen i LOA § 1. I henhold til lovens formålsbestemmelse skal loven fremme "effektiv bruk av samfunnets ressurser". Hvis oppdragsgiver inngår en kontrakt med et selskap som eksempelvis er nær ved å gå konkurs, eller vil kunne gå konkurs ved gjennomføring av kontrakten, vil dette ikke være i tråd med reglens overordnede formål. Hvis tilbyder går konkurs, vil det kunne medføre at oppdragsgiveren enten må ta over og fullføre kontrakten selv, eller må gjennom en ny anskaffelsesprosess og tildele det resterende av kontrakten til en ny leverandør. Oppdragsgiver må da gjennomføre flere prosedyrer som alle medfører utgifter. I tillegg kan en leverandør som overtar et pågående prosjekt kreve større vederlag for ytelsen enn den opprinnelig valgte leverandøren.

²⁹ Sak C-568/13 (Data Medical Service) avsnitt 42.

³⁰ Forskrift offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

³¹ Dragsten (2013) s. 663.

Avvisningsplikten skal også verne om arbeidstakerne. Dette formålet følger av ordlyden i FOA § 24-8 (1) c. Avvisningsplikten blir utløst av at det foreligger brudd på regler om arbeidsforhold. Bestemmelsen skal forhindre at leverandører kan tilby en lavere pris som følge av lavere kostnader ved å bryte regler om arbeidsforhold.

Etter LOA § 1 fremgår det at reglene om offentlige anskaffelser skal bidra til at det «offentlige opptrer med integritet» som bidrar til at allmenheten har «tillitt til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.» I dette kan det innfortolkes ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, herunder arbeidsforhold. Hvis det offentlige kjøper varer og tjenester hvor leverandøren bryter regler om for eksempel minstelønn, vil dette kunne være med på å ødelegge tilliten og integriteten til offentlige oppdragsgivere.

Det følger av forarbeidene til reglene om offentlige anskaffelser, at anskaffelsesregelverket ikke «er eller skal være til hinder for å ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.» Videre følger det at 2014-direktivet heller ikke pålegger plikter til å vektlegge ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, men direktivet tillater vurderinger som går utover de rent anskaffelsesfaglige hensyn.³²

I henhold til forarbeidene til LOA fremstår det ikke som så viktig for EU å ta hensyn til ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Likevel fremgår det av EU-direktivet og forarbeidene der, at enkelte ikke-anskaffelsesfaglige hensyn skal særlig vektlegges. I henhold til forarbeidene til 2014-direktivet var noe av bakgrunnen for revideringen av anskaffelsesdirektivet at man lettere kunne møte målene som ble satt for Europa 2020, og de utfordringene Europa står overfor i fremtiden.³³ I 2014-direktivet er det tatt inn slike ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i blant annet artikkel 18 (2). Avvisningsplikten ved unormalt lave tilbud i artikkel 69 i 2014-direktivet oppstår ved brudd på artikkel 18 (2). Videre fremgår det av 2014-direktivets fortale premiss 37 at medlemsstatene må fatte nødvendige tiltak for å sikre overholdelse av reglene om arbeidsforhold for at reglene om arbeidsforhold skal bli ordentlig integrert. Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn som verner om arbeidsforhold, skal derfor særlig vektlegges.

Det synes følgelig som at det fra EUs side, er et klart formål at forhold som gjelder arbeidsforhold, er et ikke-anskaffelsesfaglig hensyn som det skal legges stor vekt på. Avvisningsplikten kan ses som et direkte utslag av dette. Det fremstår derfor som klart at formålet med bestemmelsen også er å verne arbeidstakere.

Selv om oppdragsgiver skal legge vekt på ikke-anskaffelsesfaglige hensyn som arbeidsforhold, har ikke dette blitt gitt et absolutt vern i 2014-direktivet. Her følger det av artikkel 56 (1) annet

³² NOU 2014: 4 s. 85-86.

³³ COM 2011 896 s. 2.

avsnitt, at oppdragsgiver kan avvise det vinnende tilbudet hvis det bryter regler i artikkel 18 (2). Denne bestemmelsen er gjennomført i FOA § 24-8 (2) litra c. Ved avvisningsplikten etter FOA § 24-8 (1) litra c, har arbeidsforhold et sterkere vern enn ellers, siden det da foreligger en plikt til å avvise tilbudet når det foreligger brudd på regler om arbeidsforhold. Derimot foreligger det kun en avvisningsrett for oppdragsgiver dersom tilbyder bryter regler om arbeidsforhold uten at tilbudet er unormalt lavt, jf. FOA § 24-8 (2) litra c. Arbeidsforhold gis dermed et visst vern, men ikke et fullstendig vern.

Videre er formålet med avvisningsplikten å sørge for at det faktisk skjer en avvisning av unormalt lave tilbud som skyldes brudd på gjeldende forpliktelser på det arbeidsrettslige området i henhold til nasjonal rett, EU-retten, kollektive avtaler og internasjonale avtaler.³⁴ Dette skal bidra til å fremme rettferdig konkurranse ved at tilbydere ikke skal kunne få en økonomisk fordel ved å bryte regler om arbeidsforhold og dermed kunne tilby en lavere pris for ytelsen. Avvisningsplikten bidrar dermed til å fremme en rettferdig konkurranse.³⁵ Dette har også blitt fremholdt av EU-domstolen som et viktig formål.³⁶

I skillet mellom reglene i FOA §§ 24-8 (1) litra c og (2) litra c, kan det se ut som hensynet til konkurranse er det avgjørende for EU. Når tilbyder bryter regler om arbeidsforhold, men prisen ikke er unormalt lav, gir ikke tilbydere seg selv en like stor konkurransefordel. Selv om de bryter regler om arbeidsforhold og derigjennom reduserer egne kostnader, utnytter de ikke den fordelene i konkurransen så mye som de kunne gjort. Det ligger nærmere de andre tilbudene på pris, og vinner ikke nødvendigvis en like stor potensiell fordel.

Både avvisningsplikten og avvisningsretten skal bidra til å fremme en rettferdig konkurranse. Det fremstår likevel litt tilfeldig hvordan det slår ut. Oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som bryter regler om arbeidsforhold når tilbyders tap er tilstrekkelig til at tilbudet anses som unormalt lavt, jf. kapittel 3.4 nedenfor. Samtidig er det kun en rett for oppdragsgiver til å avvise tilbud som bryter regler om arbeidsforhold når tilbyders tap ikke er tilstrekkelig stort til at tilbudet anses som unormalt lavt, eller tilbyder tjener penger på kontrakten. Så lenge tilbyder tjener penger på å bryte regler om arbeidsforhold foreligger det ingen plikt for oppdragsgiver til å avvise tilbudet.

Uavhengig av tilbudt pris på en kontrakt, vil det alltid foreligge risiko for at tilbyder ønsker å tjene ekstra på kontrakten. Eksempelvis ved å bryte regler om arbeidsforhold og oppnå større profitt. Så lenge tilbydere ikke gir seg selv uforholdsmessig store fordeler ved å bryte regler

³⁴ Fabricius (2017) s. 681.

³⁵ Ølykke (2017) s. 683.

³⁶ Forente sakene C-285/99 og C-286/99 (Impresa) avsnitt 57.

om arbeidsforhold og levere et tilbud som er unormalt lavt, foreligger det derfor bare en avvisningsrett. Når den prismessige fordelten blir så stor at tilbudet blir unormalt lavt, inntreer det en avvisningsplikt. Det virker som det avgjørende for EU har vært å sørge for at tilbyder ikke skal kunne oppnå konkurransemessige fordeler ved å bryte regler om arbeidsforhold.

Reglene om avvisning av unormalt lave tilbud oppstiller en prosedyre oppdragsgiver må gjennomføre for å kunne avvise tilbudet som unormalt lavt, jf. FOA § 24-9. Denne prosedyren har til formål å verne om tilbyderne, og sikre at de ikke blir utsatt for vilkårlighet. Dette følger av praksis fra EU-domstolen, se avgjørelsen i C-198/16P (Agriconsulting (2016)) avsnitt 91. I henhold til EU-domstolen, er dette hovedformålet med bestemmelsen.³⁷ Prosedyren angir at oppdragsgiver må hente inn redegjørelse fra tilbyder om tilbudets sammensetning, før det kan avvises som unormalt lavt. Tilbyderne skal ikke bli avvist uten å få anledning til å forklare hvordan tilbudet er sammensatt. På denne måten blir prinsippene om likebehandling, etterprøvbarhet, ikke-diskriminering og forutberegnelighet, som behandlet ovenfor i kapittel 2.1, ivare tatt.

Ikke-diskrimineringsprinsippet blir særlig ivare tatt ved at kravet om kontradiksjon forhindrer at oppdragsgiver avviser et tilbud som har en god forklaring på hvorfor det er lavt. Dette skal blant annet forhindre diskriminering av medlemsstater med lavere kostnader.³⁸

3 Unormalt lave tilbud

I henhold til FOA § 24-8 (1) litra c skal et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen "fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5", avvises.

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det er to kumulative vilkår for at det skal foreligge en avvisningsplikt. For det første må det foreligge et unormalt lavt tilbud. For det andre må årsaken til det unormalt lave tilbudet være at det foreligger brudd på bestemmelser om arbeidsforhold. I dette kapitlet belyses det første vilkåret, unormalt lave tilbud, og i kapittel 4 belyses det andre vilkåret, hva brudd på bestemmelser om arbeidsforhold kan innebære.

Ordlyden i FOA § 24-9 oppstiller en prosedyre som må følges, før det kan konstateres at det foreligger et unormalt lavt tilbud. Oppdragsgiver skal først identifisere tilbud som virker unormalt lave, og deretter skal slike tilbud undersøkes. Videre skal tilbyderne som har inngitt tilbud som virker unormalt lave, gis anledning til å redegjøre for tilbudets sammensetning innen en

³⁷ European Dynamics avsnitt 85.

³⁸ Arrowsmith s. 803.

angitt tidsfrist. Deretter skal oppdragsgiver undersøke om tilbydernes redegjørelser i tilstrekkelig grad forklarer tilbudets sammensetning. Basert på dette skal oppdragsgiver fatte endelig beslutning hvorvidt tilbudet skal aksepteres eller om det må avvises som unormalt lavt. Med unntak av plikten til å identifisere unormalt lave tilbud, har øvrig del av prosedyren for oppdragsgiver vært lagt til grunn av EU-domstolen.³⁹

3.1 Plikt til å identifisere unormalt lave tilbud

En alminnelig tolkning av FOA § 24-9 sammenholdt med FOA § 24-8 (1) litra c, tilsier at det etter de nye reglene foreligger en plikt for oppdragsgiver til å identifisere unormalt lave tilbud. Det har vært hevdet på bakgrunn av EU-domstolens avgjørelse i sak C-599/10 (Slovensko), at det allerede forelå en slik identifiseringsplikt etter artikkel 55 i 2004-direktivet.⁴⁰ I Slovensko avsnitt 28, uttaler EU-domstolen at det følger klart av reglene i direktivet at oppdragsgiver har en alminnelig plikt til å undersøke tilbud som virker unormalt lave, og i den sammenheng etterspørre nødvendig dokumentasjon. Samtidig har andre hevdet at dette kun taler for en undersøkelsesplikt når man har identifisert et unormalt lavt tilbud.⁴¹ Reglene i dagens forskrift og direktiv tilsier nå at det foreligger en alminnelig plikt til å identifisere unormalt lave tilbud.

Ordlyden i FOA § 24-9 (1) gir uttrykk for en plikt til å undersøke tilbud kun hvis det virker unormalt lavt. Ved å sammenholde undersøkelsesplikten i FOA § 24-9 (1) med avvisningsplikten i FOA § 24-8 (1) litra c må det foreligge en alminnelig plikt til å identifisere unormalt lave tilbud. Avvisningsplikten ville være innholdsløs hvis det ikke samtidig forelå en plikt for oppdragsgiver til å identifisere de unormalt lave tilbudene. Slik tolker også forarbeidene til FOA bestemmelsen i 2014-direktivet. De legger derfor dette til grunn i henhold til norsk rett.⁴²

Sue Arrowsmith hevder at man ikke har fått noen endelig klarhet om det foreligger en alminnelig undersøkelsesplikt, men mener at den ovenstående tolkningen av artikkel 69 i 2014-direktivet er den mest nærliggende.⁴³ Samtidig mener Ølykke at det nye direktivet må tolkes å inneholde en identifiseringsplikt. Ølykke begrunner det med at avvisningsplikten vil være innholdsløs uten at det foreligger en identifiseringsplikt.⁴⁴

³⁹ Impresa avsnitt 55.

⁴⁰ ICPS Bangor (2014).

⁴¹ Arrowsmith (2014) s. 803 – 804.

⁴² NOU 2014: 4 s. 234.

⁴³ Arrowsmith (2014) s. 814.

⁴⁴ Ølykke (2017) s. 681.

3.2 Når virker tilbudet unormalt lavt

FOA definerer ikke hva som er et unormalt lavt tilbud. En slik definisjon følger heller ikke av 2014-direktivet.

I forslaget til 2014-direktivet var det tatt inn konkrete regler om når et tilbud skulle anses som unormalt lavt. Et tilbud var å anse som unormalt lavt hvis det var mer enn 50% lavere enn gjennomsnittet av alle de andre tilbudene, eller det var 20% lavere enn det nest laveste tilbudet.⁴⁵ Dette ble fjernet etter forslag fra EUs Regionskomité. De mente det ville bli en byrde for oppdragsgivere og tilbydere, samt at det å ha en konkret grense ville frata medlemslandene og oppdragsgiverne deres handlingsrom.⁴⁶

EU-domstolen uttaler i de forente sakene C-285/99 og C-286/99 (Impresa) avsnitt 67, at det ikke foreligger noen definisjon av unormalt lave tilbud. Videre at det er opp til medlemsstatene å fastsette en metode til å beregne en terskel for når det foreligger et unormalt lavt tilbud. Dommen gjaldt direktiv 71/305/EØF, men utsagnet har blitt opprettholdt i senere praksis⁴⁷ og kan følgelig anses for å gi uttrykk for gjeldende rett.

Medlemsstatene og oppdragsgiver står ikke helt fritt i valg av fremgangsmåte. Den fastsatte metoden må være objektiv og ikke-diskriminerende. Dette følger av hensynene og prinsippene bak reglene om offentlige anskaffelser som det er redegjort for ovenfor i kapittel 2. Prinsippene om objektivitet og ikke-diskriminering er også fastslått av EU-domstolen.⁴⁸

At kriteriene skal være objektive og ikke-diskriminerende, er et utslag av likebehandlingsprinsippet og hensynet til etterprøvbarhet. Når kriteriene er objektive er det lettere å etterprøve vurderingen. På den måten kan man som oppdragsgiver vise at man behandler like tilfeller likt, og ulike tilfeller ulikt. Dette bidrar også til gjennomsiktighet i prosessen. Objektivitet og gjennom-siktighet bidrar dermed til å unngå at avvising av unormalt lave tilbud blir vilkårlig. Videre ivaretar ikke-diskriminerende kriterier overholdelse av reglene om fri flyt av varer og tjenester innenfor EU jf. TEUV artikkel 26.

Oppdragsgiver har ansvar for at deres beslutninger er i tråd med prinsippene som ligger til grunn for reglene om offentlige anskaffelser. Dermed er de forpliktet til å utarbeide og gjennomføre prosedyrer og vurderinger hvor disse overholdes.

⁴⁵ COM 2011/896 s. 93-94.

⁴⁶ 2012/C 391/09 amendment 25.

⁴⁷ Agriconsulting (2016) avsnitt 55.

⁴⁸ Agriconsulting (2016) avsnitt 55.

I henhold til FOA § 24-9 (1) må det foretas en konkret vurdering av tilbudet for å undersøke om det virker unormalt lavt. Hva som nærmere ligger i denne vurderingen, fremgår ikke av forskriften. FOA § 24-9 (1) gir kun uttrykk for en vurdering av om tilbudet er unormalt lavt i forhold til ytelsen. Ytelsen er det oppdragsgiver skal anskaffe, og konkurransegrunnlaget gir anvisning på hva som skal anskaffes, jf. FOA § 14-1 (3). En alminnelig språklig forståelse av ordlyden i FOA § 24-9 (1) tilsier derfor at det er snakk om ytelsen slik den er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Dette taler for at det må gjøres en konkret vurdering for hver enkelt konkurranse, hvor man må vurdere tilbudet opp mot ytelsen beskrevet i konkurransegrunnlaget. Følgelig vil det ikke være mulig å angi en fast terskel for når et tilbud kan anses unormalt lavt.

Ølykke mener at det er to mulige forståelser av hva som er et unormalt lavt tilbud.⁴⁹ Den ene går ut på tilbyders gjennomføringsevne, mens den andre går ut på kostnad og profitt. Dette medfører at det er flere måter å identifisere om et tilbud virker unormalt lavt, avhengig av hvilken forståelse man legger til grunn. Disse vil bli behandlet hver for seg nedenfor før jeg redegjør for hva jeg mener bør legges til grunn.

3.2.1 Vurdering av tilbyders gjennomføringsevne

Lav pris er i utgangspunktet en konkurransefordel.⁵⁰ En lav pris kan derfor ikke i seg selv være tilstrekkelig for å avvise tilbudet.⁵¹ Hva som anses som et unormalt lavt tilbud må følgelig forankres i formålet med bestemmelsen om unormalt lave tilbud. Oppdragsgiver skal ikke være nødt til å inngå en kontrakt med en tilbyder hvor det er usikkert om tilbyder klarer å gjennomføre kontrakten. For at tilbudet skal virke unormalt lavt, må prisen gi uttrykk for en «risiko knyttet til gjennomføringen av kontrakten».⁵² Det innebærer at det må foreligge omstendigheter som tyder på at leverandøren vil få problemer med å gjennomføre kontrakten i henhold til avtalen. En slik tolkning har blitt lagt til grunn av blant annet Dragsten⁵³ og Arrowsmith.⁵⁴

Man kan argumentere for at ordlyden i FOA § 24-9 (1) legger opp til en slik tolkning. I henhold til ordlyden skal vurderingen foretas på bakgrunn av den tilbudte prisen og kontraktens gjensidighet og vilkår.⁵⁵

⁴⁹ Ølykke (2010) s. 222.

⁵⁰ NOU 2014: 4 s. 235.

⁵¹ KOFA 57/2005 avsnitt 28.

⁵² KOFA 57/2005 avsnitt 28.

⁵³ Dragsten (2013) s. 664.

⁵⁴ Arrowsmith (2014) s. 802.

⁵⁵ Ølykke (2017) s. 677.

Ølykke mener en slik tolkning av unormalt lave tilbud kan anses å være i tråd med de andre avvisningsgrunnene i FOA §§ 24-1, 24-2 og 24-8. De går ut på at en tilbyder kan avvises kun når denne av personlige, tekniske, faglige eller finansielle grunner ikke er egnet til å gjennomføre kontrakten.⁵⁶ Å anse et tilbud som unormalt lavt fordi prisen gir uttrykk for en risiko hvorvidt tilbyder klarer å gjennomføre kontrakten, vil således være i overensstemmelse med de andre avvisningsgrunnene.

Etter innføringen av avvisningsplikten må utgangspunktet for vurderingen utvides. Det er ikke lenger tilstrekkelig å vurdere hvorvidt prisen medfører en risiko for om tilbyder klarer å gjennomføre kontrakten. Formålet med bestemmelsen er som nevnt i kapittel 2.3 også å forhindre en økonomisk fordel for tilbyder ved at regler om arbeidsforhold brytes.

Derfor må tilbudet også anses som unormalt lavt hvis prisen er så lav at det medfører en risiko for at regler om arbeidsforhold vil bli brutt ved gjennomføringen av kontrakten.⁵⁷ I sak T-392/15 (European Dynamics) uttalte EU-domstolen i avsnitt 85-86, at det foreligger en plikt til å undersøke tilbudet hvis det foreligger tvil om tilbudets pålitelighet. Som eksempel på at det foreligger en sånn tvil, nevner EU-domstolen at det foreligger tvil om tilbudet overholder lovgivning om lønn i landet hvor arbeidet utføres, og om de foreslåtte priser inneholder alle utgiftene som følger av tilbudets tekniske aspekter. Dommen gjaldt European Dynamics m. fl. som mente at tilbudene til vinnerne av kontrakt om tjenester vedrørende utvikling av informasjonssystemer for Det Europeiske Jernbaneagentur skulle vært avvist som unormalt lave, i hvert fall undersøkt nærmere. Uttalelsene om unormalt lave tilbud gjaldt forordning 1268/2012 (EU, Euratom), men artikkelen er tilsvarende 2004-direktivets artikkel 55. Det synes derfor som EU-domstolen også åpner for en slik tolkning.

Dette innebærer at det oppstilles to alternative vilkår for at et tilbud skal virke unormalt lavt. Vilkår en er når tilbudet virker unormalt lavt hvis oppdragsgiver ikke tror tilbyderen klarer å levere det forespurte i konkurransegrunnlaget, herunder mengde og kvalitet til den tilbudte prisen. Vilkår to er når oppdragsgiver ikke tror tilbyderen klarer å gjennomføre kontrakten til den tilbudte prisen uten å bryte regler om arbeidsforhold. Hvis et av vilkårene er oppfylt anses tilbudet å virke unormalt lavt.

Oppdragsgiver må her foreta en konkret vurdering hvor flere momenter spiller inn. Vurderingen kan være basert på tilbyderens generelle omstendigheter og innebærer derfor et vesentlig skjønnsmoment for oppdragsgiveren.⁵⁸ I utgangspunktet vil vurderingen være forholdsvis lik

⁵⁶ Ølykke (2017) s. 678.

⁵⁷ Arrowsmith (2014) s. 810.

⁵⁸ Ølykke (2017) s. 678.

for de to alternative vilkårene, men det skal mindre til for at et tilbud er å anse som unormalt lavt etter vilkår to. Vilkårene vil derfor være gjenstand for felles behandling nedenfor. Avvisningsplikten er kun utløst av vilkår to, mens avvisningsretten blir utløst av vilkår en. Oppdragsgiver må derfor alltid undersøke på bakgrunn av vilkår to.

Ved denne vurderingen kan man foreta en relativ og en absolutt vurdering. En relativ vurdering går ut på om tilbudet virker unormalt lavt sammenlignet med de andre mottatte tilbudene.⁵⁹ En indikasjon på at det er unormalt lavt etter en relativ vurdering, er hvis tilbudet uten noen lett forståelig årsak er påfallende lavere enn andre tilbud.⁶⁰ Ved denne vurderingen er det viktig for oppdragsgiver å være seg bevisst hva slags ytelse og hvilken bransje man opererer i, da dette kan ha stor innflytelse på prisspenet i tilbudene.⁶¹ Noen tjenester og bransjer kan være mer presset på pris enn andre.

Den relative vurderingen gir ikke nødvendigvis noen god indikasjon på om tilbudet er unormalt lavt. Det faktum at tilbudet er påfallende lavere enn de andre tilbudene, indikerer ikke alene at tilbyder kan ha problemer med å gjennomføre kontrakten. KOFA har også uttalt at det ikke kan utløses noen undersøkelsesplikt av tilbudet bare fordi det er stor prisforskjell mellom laveste og nest laveste tilbud.⁶²

EU-domstolen har i de forente sakene C-147/06 og C-148/06 (SECAP) uttalt at en relativ vurdering kan føre til at tilbud fra andre land kan fremstå som unormalt lave fordi de har en annen omkostningsstruktur og kan derfor utnytte stordriftsfordeler. Det fremgår videre av dommen at dette vil kunne være en indirekte forskjellsbehandling.⁶³ Dette er i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet og likebehandlingsprinsippet som omtalt over i kapittel 2.1. SECAP-dommen gjaldt i utgangspunktet automatisk avvisning som følge av at tilbudet ble ansett unormalt lavt etter en matematisk beregning, og på et område som ikke var dekket av direktivet. Domstolens uttalelse er generell i sin karakter, og gjaldt kontrakter som har en klar grenseoverskridende interesse. Den må derfor kunne gis anvendelse også på et område som er omfattet av direktivet.⁶⁴

I European Dynamics uttalte EU-domstolen at et tilbud som er vesentlig lavere enn de andre inngitte tilbudene, tyder på at det er unormalt lavt.⁶⁵ Ved bruken av ordet «vesentlig» indikerer

⁵⁹ NOU 2014: 4 s. 234.

⁶⁰ Fabricius (2017) s. 682.

⁶¹ Hamer (2016) s. 586.

⁶² KOFA 2016/71 avsnitt 43.

⁶³ SECAP avsnitt 26.

⁶⁴ Ølykke (2017) s. 678.

⁶⁵ European Dynamics avsnitt 88.

EU-domstolen at det må være en forskjell av en viss betydning. Enhver forskjell mellom tilbudene vil derfor ikke være tilstrekkelig.

På bakgrunn av det ovennevnte, følger det derfor at ikke en hvilken som helst prisforskjell mellom laveste og nest laveste tilbud er tilstrekkelig for at det skal anses til å virke unormalt lavt. Blir derimot forskjellen stor nok må tilbudet kunne anses til å virke unormalt lavt kun på bakgrunn av en relativ vurdering. Siden det ikke alltid er tilstrekkelig med en relativ vurdering må oppdragsgiver ofte foreta en absolutt vurdering i tillegg for å avdekke om tilbudet virker unormalt lavt.

En absolutt vurdering går ut på om tilbudet fremstår som unormalt lavt i forhold til den «kvalitet eller oppgaveløsning som foreslås eller det som er vanlig praksis i den aktuelle bransjen, herunder den vanlige margin for profitt».⁶⁶ En vurdering basert på formålet med bestemmelsen legger opp til en absolutt vurdering. Dette er en skjønnsmessig vurdering, hvor flere elementer er relevante.

Et relevant moment er om man tror tilbyder klarer å levere den forespurte kvaliteten til den tilbudte prisen. Hvis den leverte kvaliteten antas å bli lavere enn den forespurte som følge av at tilbyder ikke har priset dette tilstrekkelig, virker tilbudet unormalt lavt. Her må oppdragsgiver se hen til konkurransegrunnlaget og den der forespurte kvalitet. I praksis blir det en sammenligning av den tilbudte prisen og de forventede produksjons- og leveransekostnadene. Usikkerheten knyttet til gjennomføringsevnen er hvorvidt oppdragsgiver klarer å levere etterspurt kvalitet til tilbudt pris. Oppdragsgiver må da begrunne usikkerheten med at man forventer at det koster mer å levere etterspurt kvalitet enn det den tilbudte prisen tilsier.

Fabricius beskriver en måte å identifisere et unormalt lavt tilbud ved å se om tilbudet uten noen lett forståelig grunn er påfallende lavere enn det tidligere har kostet å utføre ytelsen. Eventuelt om det er påfallende lavere enn markedsundersøkelser har indikert som det sedvanlige prisnivået for ytelsen.⁶⁷ Dette kan være et godt utgangspunkt for vurderingen. Det er også i tråd med forarbeidenes uttalelser om den absolutte vurderingen. Vurderingen ligner litt på den relative vurderingen, men her er sammenligningsgrunnlaget tidligere tilbud eller markedsundersøkelser istedenfor de andre tilbudene i konkurransen. I *European Dynamics* har EU-domstolen også lagt vekt på at et tilbud kan virke unormalt lavt hvis det inngitte tilbudet er vesentlig lavere enn

⁶⁶ NOU 2014: 4 s. 234.

⁶⁷ Fabricius (2017) s. 682.

sedvanlig markedspris.⁶⁸ Likevel vil dette kun være et moment i vurderingen. KOFA har fastslått at det at prisen ligger lavere enn hos tidligere leverandører ikke i seg selv er tilstrekkelig til å begrunne at tilbudet virker unormalt lavt.⁶⁹ Det må således være tale om avvik av betydning. Dette bekreftes også av EU-domstolen hvor det gis uttrykk for at det må være «vesentlig lavere». Avviket må derfor være stort nok til å reise tvil om tilbyder klarer å levere ytelsen beskrevet i konkurransegrunnlaget til den tilbudte prisen, eller levere ytelsen uten å bryte regler om arbeidsforhold.

Et spørsmål blir om oppdragsgiver har anledning til å sammenligne tilbudet med konkurransens budsjett. EU-domstolen har fastslått at oppdragsgiver kan sammenligne mottatt tilbud med et foreløpig budsjett som var oppgitt i konkurransegrunnlaget, jf. *Agriconsulting* (2016) avsnitt 57. Saken gjaldt Kommisjonens forordning 2342/2002 artikkel 139, men ordlyden i artikkelen er tilsvarende ordlyden i artikkel 55 i 2004-direktivet. I henhold til dommen er det anledning til å identifisere et tilbud til å virke unormalt lavt, hvis det er vesentlig lavere enn budsjettet. Det blir dermed et spørsmål om det må oppstilles et krav om et forsvarlig budsjett. I bestemmelsen i FOA § 24-8 (2) litra d om avvisning av et tilbud som overstiger budsjettet, har det blitt innfortolket et krav om forsvarlig budsjett. Tilsvarende bør gjelde ved identifikasjon av unormalt lave tilbud etter sammenligning med budsjettet. Oppdragsgiver bør ikke kunne ha et urealistisk høyt budsjett for så å kunne identifisere et tilbud til å virke unormalt lavt fordi det er vesentlig lavere enn budsjettet.

Hvorvidt oppdragsgiver må ha oppgitt budsjettet i konkurransegrunnlaget for å kunne sammenligne mottatt tilbud med budsjettet tok ikke EU-domstolen stilling til. I dommen var budsjettet lagt inn i konkurransegrunnlaget. Hensynet til forutberegnelighet for tilbyderne kan tale for at det bør inngå i konkurransegrunnlaget.

Samtidig åpner FOA § 24-8 (2) litra d for avvisning av tilbud som overstiger budsjettet som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen. Denne bestemmelsen har blitt tolket slik at det er tilstrekkelig at oppdragsgiver kan dokumentere at budsjettet var fastsatt før iverksettelse av konkurranse. Det må ikke følge av konkurransegrunnlaget. Dette kan tale for at så lenge man kan dokumentere budsjettet før iverksettelse av konkurransen har oppdragsgiver anledning til å sammenligne tilbudene med budsjettene.

En slik tolkning stemmer også overens med Fabricius' uttalelse om at tilbud kan være unormalt lave hvis de er lavere enn de pleier eller det markedsundersøkelser tilsier.⁷⁰ Budsjettet for en

⁶⁸ *European Dynamics* avsnitt 88.

⁶⁹ KOFA 2015/30 avsnitt 17.

⁷⁰ Fabricius (2017) s. 683.

anskaffelse fastsettes på bakgrunn av hva oppdragsgiver forventer at det koster. Fastsettelsen kan skje på bakgrunn av lignende anskaffelser tidligere eller markedsundersøkelser, men like fullt gjenspeiler det hva oppdragsgiver tror det vil koste. Oppdragsgiver bør derfor kunne sammenligne tilbud med budsjettet selv om dette ikke er tatt med i konkurransegrunnlaget. Forutsetningen er at det kan dokumenteres at det ble fastsatt før iverksettelsen av konkurransen, samt at det er et forsvarlig budsjett.

Et annet viktig moment er om tilbyder får dekket sine kostnader ved den tilbudte prisen. Hvis prisen er så lav at den medfører en risiko for leverandørens økonomiske stilling kan dette være grunn til å identifisere tilbudet som unormalt lavt. Dette gjelder særlig hvis det er en kontrakt som gjelder over lengre tid. Når man inngår kontrakt med en leverandør på en avtale som løper over eksempelvis fire år, har oppdragsgiver en klar forventning om at leverandøren skal kunne levere i de fire årene. Er prisen på tilbudet så lav at den reiser tvil om selskapet vil overleve hele kontraktsperioden er det grunn til å identifisere det som unormalt lavt. Dette momentet har også fått støtte i EU-domstolen.⁷¹ Denne vurderingen behandles ytterligere i kapittel 3.2.2.

3.2.2 Kostnadsvurdering

Ølykke mener at man må forstå unormalt lave tilbud på en annen måte. Hun mener at et tilbud er unormalt lavt når de samlede omkostningene ved å levere i henhold til kontrakten ikke dekkes av den tilbudte prisen.⁷² En slik tolkning kan trekkes ut av ordlyden i 2014-direktivet hvor tilbudet skal være unormalt lavt i forhold til kontraktens gjenstand og vilkår. Dette tolker Ølykke til at prisen på tilbudet skal dekke de samlede omkostningene ved å gjennomføre kontrakten. De samlede omkostningene utgjør alle omkostningene ved å gjennomføre kontrakten, herunder å levere rett kvalitet til rett tid ved overholdelse av lovgivning og kontraktens vilkår. Hun mener at en slik tolkning har blitt forsterket ved innføringen av avvisningsplikten av unormalt lave tilbud som følge av brudd på regler om arbeidsforhold, sosiale forhold og miljø. Siden det ikke kan foreligge brudd på disse reglene må den tilbudte prisen dekke disse kostnadene.⁷³

Denne tilnærmingen kan sies å ha støtte blant EU-institusjoner. Europakommisjonen utstedte en rapport om unormalt lave tilbud i 1999. I den rapporten ble det laget en definisjon av unormalt lave tilbud. I henhold til rapporten er et tilbud unormalt lavt hvis det i lys av oppdragsgiverens foreløpige anslag og alle inngitte tilbud, virker unormalt lavt ved ikke å gi en margin for et normalt fortjenestenivå.⁷⁴

⁷¹ European Dynamics avsnitt 86.

⁷² Ølykke (2017) s. 679.

⁷³ Ølykke (2017) s. 679.

⁷⁴ Cauwelaert s. 10.

Ølykkes tolkning av et unormalt lavt tilbud vil medføre en forenklet undersøkelsesprosess. Oppdragsgiver trenger kun å vurdere de forventede kostnadene i kontrakten opp mot den tilbudte prisen.

Vurderingen blir i praksis veldig lik som sammenligning av tilbudt pris og konkurransens budsjett i kapittel 3.2.1. Oppdragsgiver må på bakgrunn av tidligere erfaringer, markedsundersøkelser eller egne beregninger ha kommet frem til hva de samlede kostnadene ved kontrakten vil være. Dermed kan oppdragsgiver bare sammenligne den tilbudte prisen med oppdragsgivers beregninger. Hvis den tilbudte prisen ligger lavere enn de beregnede omkostningene anses tilbudet å virke unormalt lavt.

Tolkningen til Ølykke åpner likevel for at et tilbud kan ha en lavere pris enn kostnadene i kontrakten uten å være unormalt lavt. Vurderingen kan derfor ha en viss grad av skjønn. Et eksempel hvor det er tillatt å ha en pris lavere enn omkostningene, er strategiske årsaker.⁷⁵ Dette kan være å etablere seg på et marked, øke sannsynligheten for å vinne senere tilsvarende kontrakter eller lignende årsaker. Disse forklaringene kan likevel bare bli avklart ved å foreta en nærmere undersøkelse av tilbudet. Tilbudet må derfor alltid anses å virke unormalt lavt og følgelig være gjenstand for nærmere undersøkelse når den tilbudte prisen ligger lavere enn de beregnede omkostningene.

3.2.3 Hvilken vurdering skal legges til grunn

Jeg mener oppdragsgiver må legge vurderingen om gjennomføringsevnen til grunn. Dette fordi det er den som har vært lagt til grunn i norsk rett både i litteraturen, forarbeider, KOFA-praksis og rettspraksis.⁷⁶ Dette taler for at den bør opprettholdes. Samtidig mener jeg at Ølykkes vurdering er interessant. Den gir vurderingen en større grad av objektivitet som er et viktig prinsipp i anskaffelsesreglementet, og gjør det enklere å ivareta prinsippene om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet.

Utgangspunktet bør derfor etter min mening være en vurdering av tilbudet opp mot oppdragsgivers gjennomføringsevne, men at oppdragsgiver foretar en kostnadsvurdering som et ledd i denne vurderingen. Den generelle vurderingen er nettopp generell og åpner dermed for å vurdere alt som er relevant, herunder kostnadene ved kontrakten og marginen for profitt. En slik tolkning er også i overensstemmelse med forarbeidene til FOA som spesifikt nevner «den vanlige margin for profitt» som et vurderingsmoment.⁷⁷

⁷⁵ Ølykke (2017) s. 679.

⁷⁶ Dragsten (2013) s. 664, NOU 2014: 4 s.234, KOFA 2015/30 avsnitt 14 og LB-2016-14778 under flertallets bemerkninger.

⁷⁷ NOU 2014: 4 s. 234.

Det kan også argumenteres for at EU-domstolen ser ut til å legge vekt på kostnadsvurderingen, men at det ikke er det eneste relevante momentet. I European Dynamics uttaler EU-domstolen i avsnitt 86 at det er tvil om tilbudets seriøsitet når tilbudet ikke dekker alle utgiftene som følger av tilbudets tekniske aspekt. Videre uttaler EU-domstolen at man må foreta en vurdering av tilbudet opp mot de andre tilbudene og sedvanlig markedspris for å identifisere hvorvidt tilbudet virker unormalt lavt.

Ved å legge kostnadsvurderingen til grunn blir det større grad av objektivitet. Kostnadsvurderingen er som nevnt over i kapittel 3.2.2, veldig lik en vurdering av tilbudet opp mot budsjettet. Likevel bidrar den generelle vurderingen om gjennomføringsevnen til at man kan identifisere tilbud som virker unormalt lave på bakgrunn av en relativ vurdering. I tillegg vil det være uheldig å legge oppdragsgivers egne beregninger til grunn som et absolutt krav. Hvis fire av fem tilbud ligger rett over kostnadsberegningen og et tilbud ligger rett under kostnadsberegningen er det ikke nødvendigvis grunn til automatisk å identifisere det tilbudet til å virke unormalt lavt. Øylkke åpner selv for en slik grad av skjønn. Jeg mener likevel at en vurdering om gjennomføringsevnen åpner opp for tilsvarende skjønnsmessige vurderinger i større grad enn Øylkkes kostnadsvurdering.

Etter forarbeider og KOFA-praksis fremkommer det at et tilbud ikke kan være unormalt lavt bare fordi kontrakten er beregnet med tap.⁷⁸ Det kan foreligge tilstrekkelige grunner fra tilbyder som forklarer hvorfor tilbudet er beregnet med tap. Disse årsakene får ikke oppdragsgiver kjennskap til før etter en nærmere undersøkelse av tilbudet. Jeg mener derfor at det bør være anledning til å identifisere tilbudet til å virke unormalt lavt basert på at kontrakten gjennomføres med økonomisk tap. Begrunnelsene som er nevnt i FOA § 24-9 (1) litra a til c, som kan forklare hvorfor et tilbud er unormalt lavt, er informasjon som tilbyder har. Det må derfor være anledning til å identifisere tilbudet til å virke unormalt lavt så lenge den tilbudte prisen ligger lavere enn de antatte omkostningene. Hvis man ikke avklarer denne usikkerheten foreligger det en risiko for at pristilbudet er lavere enn de tilbudte omkostningene som følge av brudd på regler om arbeidsforhold. For eksempel kan det skyldes at man betaler sine arbeidstakere mindre enn minstelønn. Som følge av avvisningsplikten ved brudd på regler om arbeidsforhold, bør det derfor være en lavere terskel for at et tilbud *virker* unormalt lavt enn at det faktisk *er* unormalt lavt.

⁷⁸ NOU 2014: 4 s. 235, KOFA 2015/30 avsnitt 14.

Hamer kombinerer disse modellene ved at det alltid vil være en konkret vurdering. Likevel er det en indikasjon på at tilbudet virker unormalt lavt når tilbyder ikke får dekket sine omkostninger hvis man vinner konkurransen.⁷⁹ Jeg mener dette bør være utgangspunktet for oppdragsgivers vurdering. Oppdragsgiver skal foreta en helhetlig vurdering og når omkostningene ved å gjennomføre kontrakten overstiger den tilbudte prisen bør det være mulig å identifisere tilbudet til å virke unormalt lavt.

3.2.4 Enkeltposter unormalt lave

Et spørsmål er om det foreligger anledning til å identifisere et tilbud til å virke unormalt lavt når enkeltposter i tilbudet fremstår som unormalt lave, mens totalprisen ikke fremstår som unormalt lav.

I følge forarbeidene er dette ikke mulig. Utvalget sier klart at det må være snakk om en «unormalt lav totalpris».⁸⁰ Lagmannsretten har også tolket utsagnet i forarbeidene slik.⁸¹ Det følger også av rettspraksis at taktisk prising er tillatt.⁸² Taktisk prising går ut på å prise enkeltposter lavt, mens man priser andre høyt. Man priser enkeltposter særlig høyt der hvor tilbyder antar at oppdragsgiver har underdimensjonert det reelle forbruket. Dette innebærer at den totale prisen på tilbudet blir konkurransedyktig lav, samtidig som tilleggsarbeidene gir større profitt for tilbyder.⁸³

KOFA har uttalt at oppdragsgiver i utgangspunktet må se på totalprisen. Samtidig holder de muligheten åpen for at tilbudet kan anses som unormalt lavt på bakgrunn av en selvstendig del av tilbudet.⁸⁴ Dragsten har også anført at ytelser med unormalt lav pris og «som kan anses som en selvstendig del», kan innebære at tilbudet virker unormalt lavt.⁸⁵

I en dom fra lagmannsretten⁸⁶ kom flertallet til at det forelå anledning til å identifisere tilbudet som unormalt lavt på bakgrunn av at enkeltposter var priset unormalt lavt. Lagmannsrettsdommen gjaldt i utgangspunktet enhetspriser på estimerte mengder. Det ble her lagt vekt på at det var estimerte mengder, og at en økning av de estimerte mengdene medførte en risiko for gjennomføringsevnen. Dommen ble nektet fremmet for Høyesterett.⁸⁷ Dette innebærer at norsk rett

⁷⁹ Hamer (2016) s. 586.

⁸⁰ NOU 2014: 4 s. 236.

⁸¹ LB-2016-14778.

⁸² Rt. 2003 s. 1531.

⁸³ KOFA 2011/265 avsnitt 55.

⁸⁴ KOFA 2015/31 avsnitt 21.

⁸⁵ Dragsten (2013) s. 664.

⁸⁶ LB-2016-14778.

⁸⁷ HR-2017-1408-U.

åpner for at det er anledning til å identifisere tilbud som unormalt lave på bakgrunn av unormalt lave enhetspriser. Lagmannsrettsdommen gir ikke noen avklaring om dette må gjelde generelt for alle enhetspriser, eller om det må være snakk om en selvstendig del som anført av Dragsten og KOFA.

Etter min mening må det på bakgrunn av unormalt lave enkeltposter knyttet til selvstendige deler være anledning til å identifisere tilbud til å virke unormalt lave. Nøyaktig hva som utgjør en selvstendig ytelse må følgelig være gjenstand for en konkret vurdering. En alminnelig tolkning tilsier at det må være en ytelse som kunne vært skilt ut som en selvstendig kontrakt. Den må være uavhengig av kontrakten som helhet. I dommen fra lagmannsretten gjaldt det postene under strøing med steinmateriale. Kontrakten som helhet gjaldt veidriftstjenester på enkelte veistrekninger i Oslo. Strøing med steinmateriale må klart anses som en selvstendig del.

Jeg mener det er i overensstemmelse med hensynene bak reglene at oppdragsgiver kan identifisere tilbud som virker unormalt lave basert på enkeltposter. Som nevnt i kapittel 2.3, er et av formålene at oppdragsgiver skal ha anledning til å avvise tilbud som medfører en risiko for at tilbyder ikke klarer å levere det forespurte i konkurransegrunnlaget. Enkeltposter kan være priset så lavt at de reiser tvil om tilbyder klarer å levere det forespurte. I de tilfellene må det være anledning til å identifisere tilbudet til å virke unormalt lavt på bakgrunn av de unormalt lave enkeltpostene. Som eksempel kan nevnes tilfellet i ovennevnte lagmannsrettsdom, hvor prisen for strøing med steinmateriale var satt til kroner en.

Innføringen av avvisningsplikten mener jeg har styrket adgangen til å identifisere tilbud til å virke unormalt lave basert på unormalt lave enkeltposter. Deler av formålet med regelen er som nevnt over i kapittel 2.3, å ivareta samfunnsmessige hensyn. De samfunnsmessige hensynene som gjør seg gjeldende her er miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold. Hvis poster som involverer arbeidskraft er unormalt lave fordi man eksempelvis bryter regler om minstelønn, vil regelen virke mot sitt formål dersom man ikke skal kunne identifisere tilbudet til å virke unormalt lavt på bakgrunn av den lave posten. Oppdragsgiver vil ikke kunne etterleve formålet hvis leverandøren betaler under minstelønn og samtidig øker prisen på andre tjenester i tilbudet for å unngå at tilbudets totalpris er unormalt lav. Dette ville fremstå som vilkårlig.

I en sak fra danske Klagenævnet⁸⁸ hadde en leverandør som tilbød kontorflytting, priset flytting utenfor kontortid til kroner null. Klagenævnet uttalte at offentlige myndigheter av hensyn til prinsippet om økonomisk saklig forvaltning, må antas å velge gratis flytting i den utstrekning det er mulig. Tilbudet ble derfor ansett som unormalt lavt.

⁸⁸ Kjennelse 14. januar 2013 NFB transport.

Formålet med anskaffelsesregelverket er blant annet å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser jf. LOA § 1. Det offentlige har ikke krav om å oppnå profitt slik som private aktører. Samtidig vil en oppdragsgiver, hvis det er mulig, redusere sine kostnader. Hvis oppdragsgiver hadde inngått en kontrakt som i ovenstående avsnitt, kan det antas at offentlige myndigheter i Norge ville valgt gratis flyttinger i den grad det er mulig. Et selskap skal ha god soliditet for å kunne dekke opp for arbeidskostnadene i en kontrakt over en lengre periode når leveransen må antas å gjennomføres med tap.

Det kan hevdes at EU-domstolen også mener at tilbud hvor enkeltposter fremstår som unormalt lave kan identifisere tilbud til å virke unormalt lave. Oppdragsgiver har en plikt til å angi hvilke konkrete deler i tilbudet som har reist tvil og spørsmål.⁸⁹ Videre har EU-domstolen i sak T-4/01 (Renco) uttalt at man kan se til enhetsprisene ved vurderingen av om et tilbud er unormalt lavt. Det følger av Renco-saken at det er grunn til å identifisere tilbudet til å virke unormalt lavt på bakgrunn av unormalt lave enhetspriser for å kunne be om ytterligere informasjon om prisene.⁹⁰ Renco-saken gjaldt artikkel 30 nr. 4 i direktiv 93/37/EØF som gjelder for bygge- og anleggskontrakter, men den har tilsvarende ordlyd som direktiv 92/50/EØF.

Ølykkes definisjon av et unormalt lavt tilbud uttrykker at enkeltposter som omhandler arbeidskraft ikke kan være lavere enn omkostningene ved å utføre arbeidet. Dette kan forstås på den måten at disse omkostningene må være dekket av tilbudets totale pris. Samtidig vil kostnadene rundt arbeidsforhold variere. I en kontrakt om konsulenttjenester vil for eksempel den totale lønnskostnaden for en seniorkonsulent avhenge av hvor stort behovet er for en seniorkonsulent. Poster er gjerne priset som timepriser, da oppdragsgiver sjelden har oversikt over nøyaktig behov for en seniorkonsulent. Hvis posten for seniorkonsulent er priset lavere enn minstelønnen til en seniorkonsulent er oppdragsgiver avhengig av å tjene inn mellomlegget andre steder i kontrakten. Viser det seg at behovet for seniorkonsulenter er større enn antatt er det ikke sikkert tilbyder tjener inn mellomlegget, og det kan resultere i brudd på regler om arbeidsforhold. Ølykkes tilnærming bør derfor forstås som at enkeltposter som involverer arbeidskraft må dekke omkostningen knyttet til arbeidsforholdet.

Det ovennevnte indikerer at det bør være større anledning til å identifisere tilbud til å virke unormalt lave på bakgrunn av unormalt lave enkeltposter når det er snakk om tjenester. Disse er lettere å skille ut i selvstendige ytelser, samtidig som de medfører en kostnad knyttet til arbeidskraft.

⁸⁹ Impresa avsnitt 53.

⁹⁰ Sak T-4/01 (Renco) avsnitt 75-76.

En bestemt vare har indirekte kostnader knyttet til arbeidskraft, men de gjelder ikke direkte ved utførelsen av anskaffelsen av varen. I en entreprisekontrakt kan det være en post som heter kubikkmeter betong. Dette kan være en ren materialkostnad hvor det ikke er involvert arbeidskraft. Det ville virke urimelig å anse hele tilbudet som unormalt lavt, bare fordi denne posten eksempelvis er satt til kroner ti. Hvis posten hadde vært medregnet arbeidene ved å legge betongen, vil det kunne være anledning til å anse tilbudet som unormalt lavt. Dette ville være underlagt en konkret vurdering, hvor man må se på prisen, størrelsen av posten og hva som inngår i denne sett opp mot hele tilbudet og relevante momenter.

3.2.5 Matematisk vurdering

Oppdragsgiver kan legge en matematisk vurdering til grunn for å identifisere tilbud som virker unormalt lave.⁹¹ Forutsetningen for å legge en slik matematisk beregning til grunn, er at den kun identifiserer hvilke tilbud som virker unormalt lave. Undersøkellesprosedyren som beskrives i kapittel 3.3 må fortsatt overholdes. Det er derfor ikke anledning til å bruke den matematiske vurderingen til å identifisere tilbud som virker unormalt lave for så automatisk å avvise dem.⁹²

Det er opp til oppdragsgiver å bestemme hva slags formel som skal benyttes, og hvordan den skal beregne hva som er å anse som et unormalt lavt tilbud. Samtidig er oppdragsgiver underlagt kravet til objektivitet og ikke-diskriminering. Den matematiske vurderingen må være basert på objektive, ikke-diskriminerende kriterier for at den skal kunne legges til grunn.

Det er uklart hvorvidt oppdragsgiver må informere om bruken av en slik formel i konkurransegrunnlaget for at den skal være gyldig. Oppdragsgiver er pålagt å identifisere unormalt lave tilbud. Samtidig taler hensynet til forutberegnelighet for at oppdragsgiver må oppgi at en formel blir brukt, og hvordan den brukes.

Oppdragsgiver må selv avgjøre hvorvidt man synes det er nødvendig med en matematisk formel. Flere land har hatt regler om slike matematiske formler. Det har vært omdiskutert hvor effektivt bruken av slike formler er.⁹³ Når et tilbud blir identifisert til å virke unormalt lavt plikter oppdragsgiver å informere om hvilke deler i tilbudet som har reist tvil.⁹⁴ Det må oppdragsgiver gjøre uavhengig om man legger en matematisk formel til grunn for identifikasjonen, eller om det er oppdragsgivers egen vurdering av tilbudet. Ved bruk av en matematisk formel

⁹¹ Impresa avsnitt 73.

⁹² Impresa avsnitt 45.

⁹³ Cauwelaert s. 12.

⁹⁴ Impresa avsnitt 53.

må denne være avansert nok til at den gir indikasjon på hvilke deler som har reist tvil for å kunne være et effektivt verktøy ved vurderingen av tilbudet.

3.3 Nærmere undersøkelse av tilbudet

3.3.1 Plikten til å foreta nærmere undersøkelser

I henhold til ordlyden i FOA § 24-9 (1) skal oppdragsgiver kreve en redegjørelse fra leverandøren for tilbudets sammensetning når tilbudet virker unormalt lavt i forhold til ytelsen. Dette tilsier at oppdragsgiver har en plikt til å undersøke tilbudet nærmere etter at han har identifisert tilbudet til å virke unormalt lavt. Oppdragsgiver skal etterspørre informasjon fra tilbyder som kan bidra til å forklare hvorfor tilbudet er unormalt lavt. Dette må gjøres skriftlig jf. FOA § 24-9 (1).

Denne undersøkelsesprosedyren må gjennomføres. Oppdragsgiver har ikke anledning til å forenkle prosessen eller sløyfe den. Dette følger av ordlyden i FOA § 24-9 (1) hvor det fremgår at oppdragsgiver «skal» kreve slik dokumentasjon når tilbudet virker unormalt lavt. I tillegg fremgår det av FOA § 24-9 (2) at tilbudet bare kan avvises som unormalt lavt hvis pris eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra «opplysningene». Når man ser FOA § 24-9 (1) og (2) i sammenheng, må «opplysningene» referere til den informasjonen som oppdragsgiver har mottatt fra tilbyder i den forespurte redegjørelsen. Innhenting og vurdering av opplysningene er derfor en forutsetning for å kunne avvise tilbudet som unormalt lavt. Dette har også blitt fastslått av KOFA.⁹⁵

EU-domstolen har også fastslått dette i de forente sakene *Impresa*, angående bestemmelsen om unormalt lave tilbud i direktiv 71/305/EØF.⁹⁶ Bestemmelsen inneholdt også krav om nærmere undersøkelse, og uttalelsen må gjelde for 2014-direktivet og derigjennom for FOA. Sakene gikk ut på at tilbudene var blitt automatisk avvist fordi de på bakgrunn av en matematisk formel ble ansett som unormalt lave. Det var brudd på bestemmelsen fordi tilbudene ble automatisk avvist uten at tilbyder ble avkrevd nærmere opplysninger om hvorfor tilbudene var så lave.

Etter praksis fra EU-domstolen, må oppdragsgiver informere om at tilbudet virker unormalt lavt når han skal innhente informasjon fra tilbyder. Dette må gjøres på en klar måte.⁹⁷

Hensynet til forutberegnelighet tilsier at oppdragsgiver bør informere tilbyder om at tilbudet virker unormalt lavt. Dette har KOFA uttalt i sak 2009/238 avsnitt 27. I avgjørelsen uttaler

⁹⁵ KOFA 2008/47 avsnitt 26.

⁹⁶ *Impresa* avsnitt 45.

⁹⁷ *Slovensko* avsnitt 31.

KOFA at det ikke var tilstrekkelig å informere i et forhandlingsmøte at prisene var lave sammenlignet med de andre tilbudene. Det ble vektlagt at det er stor forskjell på å svare på en skriftlig anmodning fra oppdragsgiver, sammenlignet med «å svare på spørsmål knyttet til tilbudspriser i et forhandlingsmøte».⁹⁸ Hensynet til forutberegnelighet tilsa derfor at tilbyder burde blitt gitt beskjed om at tilbudet virket unormalt lavt på en tydeligere måte.

I tillegg til å presisere overfor tilbyder at tilbudet virker unormalt lavt, må oppdragsgiver informere om hva ved tilbudet som virker unormalt lavt.⁹⁹ Tilbyder skal følgelig få beskjed om hvilke deler som har reist tvil, og som gjør at tilbudet virker unormalt lavt. Dette er for at tilbyder skal ha anledning til å gi en ordentlig redegjørelse for hvorfor tilbudet ikke bør anses unormalt lavt.¹⁰⁰

Oppdragsgiver har ikke anledning til å omgå prosedyren ved å innhente informasjon på forhånd. Dette har blitt fastslått av KOFA og EU-domstolen.¹⁰¹ I tillegg til å være i strid med ordlyden i bestemmelsen, er det begrunnet med at det vil være i strid med prinsippet om forutberegnelighet. Ved tilbudsinnngivelse vet ikke tilbyder hvilke deler ved tilbudet som gjør at det virker unormalt lavt. Tilbyder har derfor ikke anledning ved tilbudsinnngivelse til å gi tilstrekkelig detaljert informasjon om tilbudets sammensetning på disse delene. Oppdragsgiver plikter å påpeke hva ved tilbudet som har gjort at det virker unormalt lavt. Før tilbyder er gjort kjent med dette, vil det ikke være mulig å gi tilstrekkelig spesifikk informasjon som skal inngå i en redegjørelse om tilbudets sammensetning.

Det er heller ikke mulig for oppdragsgiver å unnlate å gjennomføre undersøkelsesprosedyren ved å legge negativ vekt på den unormalt lave prisen under tilbudsevalueringen. Dette følger både av praksis fra KOFA og EU-domstolen.¹⁰² Tilbudet er enten godkjent som helhet, eller avvist. Hvis tilbudet blir avvist som unormalt lavt, er det ikke lenger en del av konkurransen. Blir tilbudet ikke avvist som unormalt lavt, er hele tilbudet akseptert. Da foreligger det ikke en unormalt lav pris, og denne kan da ikke gis negativ vektning. Tilbudet med lavest pris må gis best poeng på priskriteriet. Dette gjelder uavhengig om det er tildeling kun på lavest pris eller beste forhold mellom pris og kvalitet.

⁹⁸ KOFA 2009/238 avsnitt 27.

⁹⁹ Impresa avsnitt 53.

¹⁰⁰ Slovensko avsnitt 31.

¹⁰¹ KOFA 2009/238 avsnitt 26, Impresa avsnitt 51-55.

¹⁰² KOFA 2003/161 avsnitt 12, Kommissjonen mot Spania avsnitt 74 og 94.

3.3.2 Innholdet i undersøkelsen

Etter FOA § 24-9 (1) skal oppdragsgiver kreve en redegjørelse om tilbudets sammensetning. Ordlyden kan tilsi at oppdragsgiver skal kreve opplysninger om hele tilbudets sammensetning. En slik tolkning er også mest nærliggende etter ordlyden i artikkel 69 i 2014-direktivet. Denne tolkningen er ikke forenlig med det som er beskrevet over i kapittel 3.3.1. Det vil være lite hensiktsmessig for oppdragsgiver å innhente en redegjørelse for hele tilbudets sammensetning da det kun er enkelte deler av tilbudet som gjør at det virker unormalt lavt. Ordlyden må derfor forstås som at oppdragsgiver skal kreve en redegjørelse om tilbudets sammensetning på de delene av tilbudet som har reist tvil.

I FOA § 24-9 (1) litra a til e listes det opp informasjon oppdragsgiver kan etterspørre. FOA § 24-9 (1) litra a, b, c og e gjelder forhold som kan begrunne at tilbudet faktisk ikke er unormalt lavt.¹⁰³ Litra d gjelder informasjon om overholdelse av regler om arbeidsforhold og vil bli behandlet nedenfor i kapittel 3.3.3, mens litra e gjelder statsstøtte og vil ikke bli behandlet videre. Litra a, b og c nevner besparelser ved fremstillingsmåten, tekniske løsninger, usedvanlig fordelaktige vilkår tilbyderen har tilgjengelig eller ytelsens nyskapende karakter som mulige begrunnelser for at tilbudet faktisk ikke er unormalt lavt. Disse momentene gjelder særlige forhold eller løsninger den enkelte tilbyder har som kan begrunne at tilbudet faktisk ikke er unormalt lavt. Ølykke mener derfor at for å belyse disse momentene bør oppdragsgiver etterspørre virksomhetsspesifikk dokumentasjon i tillegg.¹⁰⁴

Etter ordlyden i FOA § 24-9 (1) er listen av momenter i litra a-d «eksempler» på informasjon som kan hentes inn. Dette tilsier at listen ikke er uttømmende. En slik tolkning har også blitt fastslått av EU-domstolen når det gjelder artikkel 55 (1) annet avsnitt i 2004-direktivet.¹⁰⁵

Oppdragsgiver står likevel ikke helt fritt ved etterspørselen av dokumentasjon. De alminnelige prinsippene på anskaffelsesrettens område som følger av LOA § 4, og særlig proporsjonalitetsprinsippet, må overholdes.¹⁰⁶ Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at oppdragsgiver bare kan etterspørre dokumentasjon som står i forhold til formålet med etterspørselen, nemlig å avklare om tilbudet faktisk er unormalt lavt. Dette medfører at oppdragsgiver kun kan etterspørre dokumentasjon som er egnet til å forklare hvorvidt tilbudet ikke er unormalt lavt.

¹⁰³ Ølykke (2017) s. 685.

¹⁰⁴ Ølykke (2017) s. 685.

¹⁰⁵ Slovensko avsnitt 30.

¹⁰⁶ Ølykke (2017) s. 685.

EU-domstolen har uttalt i Slovensko-saken at listen i 2004-direktivet artikkel 55 (1) andre avsnitt ikke er rent indikerende.¹⁰⁷ Dette presiseres ved at listen ikke er uttømmende med tanke på hvilken dokumentasjon oppdragsgiver kan etterspørre, men den angir hva som er relevante faktorer ved vurderingen om tilbudet faktisk er unormalt lavt. Slik jeg forstår EU-domstolen innebærer dette at oppdragsgiver står fritt med tanke på hvilken dokumentasjon oppdragsgiver vil etterspørre, men listen angir hva slags forhold dokumentasjonen skal svare på. Dokumentasjonen som blir etterspurt må enten kunne bidra til å forklare forhold nevnt i artikkel 55 (1) andre avsnitt, eller lignende forhold hos tilbyder som kan forklare at tilbudet faktisk ikke er unormalt lavt.

Dette blir ytterligere forsterket av EU-domstolens uttalelse i sak C-568/13 (Data Medical Service). Der uttaler EU-domstolen at oppdragsgiver ikke kun kan se på momentene oppstilt i direktiv 92/50/EF artikkel 37 (2), men alle relevante momenter for å sikre en sunn konkurranse. Listen i direktivet kan følgelig ikke være uttømmende som vurderingsmomenter. Det ville i så fall medført at enkelte tilbydere som kan tilby en lavere pris på grunn av andre særlige fordeler enn dem nevnt i listen, ikke ville blitt godkjent. Begrensningen blir at det må være konkrete forhold som innebærer at tilbudet faktisk ikke er unormalt lavt.

Jeg mener at EU-domstolens uttalelse i Slovensko sammenholdt med Data Medical Service i praksis må forstås som en presisering av proporsjonalitetsprinsippet ved etterspørsel av dokumentasjon, for å avklare tilbudets sammensetning. Den etterspurte dokumentasjonen må stå i forhold til hva man vil oppnå med dokumentasjonen. Vurderingen etter proporsjonalitetsprinsippet blir derfor om den etterspurte dokumentasjonen er egnet til å belyse hvorvidt det foreligger særlige forhold eller løsninger hos tilbyder som medfører at tilbudet faktisk ikke er unormalt lavt. Slike særlige forhold eller løsninger vil gjerne relatere seg til kostnadsbeparelser for tilbyder. En slik forståelse skal også legges til grunn etter FOA § 24-9 (1).

3.3.3 Dokumentasjon om overholdelse av regler om arbeidsforhold

Ordlyden i FOA § 24-9 (1) litra d gir oppdragsgiver en rett til å etterspørre informasjon om tilbyders overholdelse av regler om arbeidsforhold. Slik informasjon er oppdragsgiver pliktig å etterspørre selv om ordlyden bare angir det som en rett. Det skyldes at avvisningsplikten utløses ved brudd på regler om arbeidsforhold. Oppdragsgiver må derfor avklare om det foreligger brudd på regler om arbeidsforhold.

Ølykke argumenterer for at det burde være anledning til å innhente slik dokumentasjon i forkant av konkurransen. Dette kan gjøres enten ved å ta inn overholdelse av reglene om arbeidsforhold

¹⁰⁷ Slovensko avsnitt 30.

som et kontraktsvilkår eller en del av anbudsbetingelsene.¹⁰⁸ Da må tilbyderne ved inngivelse av tilbud bekrefte at de overholder regler om arbeidsforhold.

Dette er i strid med det ovennevnte i kapittel 3.3.2 om at man ikke kan kreve inn dokumentasjon på forhånd. Samtidig er det lite sannsynlig at tilbyder vil innrømme at tilbudet deres ikke innebærer overholdelse av reglene om arbeidsforhold.¹⁰⁹ Tilbyders dokumentasjon vedrørende overholdelse av regler om arbeidsforhold antas derfor mest sannsynlig å være den samme uavhengig av når informasjonen må fremlegges.

Ølykke mener at innføringen av avvisningsplikten av unormalt lave tilbud som følge av brudd på regler om arbeidsforhold, åpner opp for en ny anledning til å bestride tildeling av kontrakten. De som ikke vinner kontrakten kan hevde at oppdragsgiver ikke har undersøkt om vinnerens tilbud er unormalt lavt som følge av brudd på regler om arbeidsforhold.¹¹⁰ For at ikke kontraktsinngåelse skal være gjenstand for konflikt, bør det derfor være anledning til å ta inn overholdelse av regler om arbeidsforhold som et kontraktsvilkår eller en anbudsbetingelse.

Ordlyden i FOA § 24-9 (1) litra d tilsier at oppdragsgiver kun skal avkreve informasjon fra tilbyder. Tilbyder selv antas sjeldent å ville innrømme at han planlegger å bryte regler om arbeidsforhold. Informasjonen fra tilbyder kan derfor antas ikke å være tilstrekkelig for å avklare om tilbyder faktisk vil overholde regler om arbeidsforhold. Oppdragsgiver bør av den grunn ha anledning til å innhente slik informasjon andre steder. Eksempler på slike steder kan være mediene eller fra konkurrentene.¹¹¹

En slik informasjonsinnhenting kan ikke være betingelsesløs. Oppdragsgiver er fortsatt underlagt de alminnelige prinsippene og spesielt proporsjonalitetsprinsippet som nevnt over i kapittel 3.3.2. Det medfører at oppdragsgiver bør ha anledning til å innhente informasjon som er relevant for å belyse om tilbyder kan forventes å ville overholde regler om arbeidsforhold. En slik tolkning tilsier at oppdragsgiver har en vid adgang til å innhente informasjon. Det vil være et brudd på regelverket hvis oppdragsgiver ikke avviser et tilbud som er unormalt lavt som følge av brudd på regler om arbeidsforhold. Dette taler for at oppdragsgiver bør ha større anledning til å innhente informasjon på dette punktet enn de andre forholdene etter FOA § 24-9 (1).

¹⁰⁸ ICPS Bangor (2014).

¹⁰⁹ Ølykke (2017) s. 686.

¹¹⁰ ICPS Bangor (2014).

¹¹¹ Ølykke (2017) s. 686.

3.3.4 Frist for innlevering av redegjørelser og dokumentasjon

Når oppdragsgiver etterspør redegjørelser og dokumentasjon fra tilbyder skal han fastsette en rimelig frist for når dette skal mottas, jf. FOA § 24-9 (4). En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må foretas en konkret vurdering hver gang for hva som er en rimelig frist. Momenter som kan spille inn i vurderingen av rimelig tid, er blant annet omfanget av anskaffelsen, hvor mange deler som har bidratt til at tilbudet virker unormalt lavt, samt vedståelsesfristen.

3.4 Faktisk unormalt lavt

Etter at oppdragsgiver har mottatt og vurdert den etterspurte redegjørelsen og dokumentasjonen, kan tilbudet avvises som unormalt lavt hvis pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i «tilstrekkelig grad», jf. FOA § 24-9 (2). I henhold til bestemmelsen må oppdragsgiver gjøre denne vurderingen på bakgrunn av de mottatte opplysningene. KOFA har også fastslått at det er brudd på reglene hvis man ikke vektlegger opplysningene oppdragsgiver har mottatt.¹¹²

Vurderingen for oppdragsgiver blir om den nye informasjonen i tilstrekkelig grad kan forklare hvorvidt tilbudet ikke er unormalt lavt. Dette er en konkret vurdering. Fortalens premiss 103 i 2014-direktivet gir uttrykk for at oppdragsgiver skal vurdere om opplysningene gir en tilstrekkelig forklaring. Hva som ligger i «tilstrekkelig» er ikke videre presisert. Uttalelsen er dermed ikke oppklarende.

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for at tilbudet ikke er unormalt lavt ut fra opplysningene i redegjørelsen.

Vurderingen om tilbudet faktisk er unormalt lavt skiller seg fra vurderingen over i kapittel 3.2 om når et tilbud virker unormalt lavt. Ved vurderingen om tilbudet er unormalt lavt vil utgangspunktet være tilbyders reelle kostnader ved gjennomføringen av kontrakten sammenlignet med den tilbudte prisen.

3.4.1 Tilbudet som helhet

3.4.1.1 *Den tilbudte prisen høyere enn de reelle kostnadene*

På bakgrunn av de mottatte opplysningene fra tilbyder må oppdragsgiver se på hva som er tilbyders reelle kostnader ved gjennomføringen av kontrakten. Momentene nevnt i FOA § 24-9 (1) litra a-c kan forklare at tilbyder har reelt et lavere kostnadsnivå enn oppdragsgiver forventet. Hvis dokumentasjonen i tilstrekkelig grad overbeviser oppdragsgiver om at tilbyders reelle

¹¹² KOFA 2008/47 avsnitt 27-28.

kostnadsnivå ligger lavere enn det oppdragsgiver forventet, må man legge de reelle kostnadene til grunn.

Ølykke mener at den tilbudte prisen må være lavere enn de reelle kostnadene for tilbyder for at et tilbud skal kunne avvises som unormalt lavt. Så lenge den tilbudte prisen dekker de reelle kostnadene kan ikke tilbudet være unormalt lavt.¹¹³ Dette er jeg enig i. Når alle kostnadene ved gjennomføringen av kontrakten er dekket av den tilbudte prisen innebærer det at kostnadene ved at regler om arbeidsforhold overholdes, også er dekket. Tilbyder har da ikke tilbudt en unormalt lav pris som følge av brudd på regler om arbeidsforhold.

Dette innebærer at hvis den tilbudte prisen er høyere enn de bevist reelle kostnadene, er ikke tilbudet unormalt lavt. Oppdragsgiver kan da ikke avvise tilbudet som unormalt lavt og det må være med videre i konkurransen.

Det kan argumenteres for at et tilbud som har blitt identifisert til å virke unormalt lavt på bakgrunn av en relativ vurdering bør kunne avvises som unormalt lavt, selv om den tilbudte prisen dekker de reelle kostnadene til tilbyder. Grunnen til det kan være at tilbudets pris er så lav sammenlignet med de andre tilbudene at oppdragsgiver ikke tror at tilbyder klarer å levere ytelser som er forespurt og beskrevet i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgivers reelle grunn for å ønske å avvise tilbudet som unormalt lavt, skyldes her at oppdragsgiver ikke har tillit til den mottatte dokumentasjonen. Redegjørelsen fra tilbyder er ikke overbevisende nok til at oppdragsgiver tror tilbyders reelle kostnadsnivå ligger så lavt. Siden dokumentasjonen ikke har vært overbevisende nok, må oppdragsgiver legge til grunn de forventede kostnader ved gjennomføring av kontrakten. Den tilbudte prisen ligger da lavere enn oppdragsgivers forventede kostnadsnivå for gjennomføringen av kontrakten. Oppdragsgiver må dermed foreta en nærmere vurdering av tilbudet.

3.4.1.2 Den tilbudte prisen lavere enn de reelle kostnadene

Hvis den tilbudte prisen ligger lavere enn de reelle kostnadene må oppdragsgiver foreta nærmere undersøkelser av tilbudet. Som nevnt over i kapittel 3.2.4, er ikke et tilbud å anse som unormalt lavt bare fordi tilbyder har beregnet å tape penger på kontrakten. Det kan finnes en tilstrekkelig god forklaring på hvorfor tilbudet ikke er unormalt lavt. Dragsten gir som eksempel at tilbyder velger å tape penger på en kontrakt av strategiske årsaker. Tilbyder er for eksempel en ny aktør og ønsker å etablere seg på markedet.¹¹⁴ Dette kan være en tilfredsstillende forklaring, og andre forhold kan også gi tilfredsstillende forklaringer på hvorfor man velger å tape penger på kontrakten.

¹¹³ Ølykke (2010) s. 264-265.

¹¹⁴ Dragsten (2013) s. 664.

Samtidig bør det foreligge en grense. Enhver tapsbringende kontrakt kan ikke bli bortforklart med at det skyldes strategiske årsaker. Formålet med avvisningsplikten er å forhindre brudd på regler om arbeidsforhold og forhindre at oppdragsgiver må inngå en kontrakt hvor man er usikker på gjennomføringsevnen. På et tidspunkt må derfor det økonomiske tapet på kontrakten anses som så stort at det må kunne avvises som unormalt lavt selv om tilbyder har strategiske grunner for å inngi et såpass lavt tilbud.

Innføringen av avvisningsplikten må medføre et strengere krav til det økonomiske tapet enn tidligere. Siden oppdragsgiver skal forhindre brudd på regler om arbeidsforhold kan ikke tapet på kontrakten være for stort. Hvis leverandøren taper for mye på kontrakten oppstår det en risiko for at han får økonomiske problemer underveis i kontraktperioden. Dette kan igjen føre til at tilbyderen får problemer med å gjennomføre kontrakten.¹¹⁵ I en slik situasjon kan tilbyder ønske å bryte regler om arbeidsforhold for å kunne gjennomføre kontrakten. Det kan være at tilbyder bryter regler om minstelønn eller arbeidstid i håp om å klare og levere i henhold til forpliktelsene i kontrakten. Oppdragsgiver som har plikt til å avvise unormalt lave tilbud som følge av brudd på regler om arbeidsforhold, må da ha anledning til å avvise disse tilbudene.

Basert på det ovenstående bør det foreligge en terskel for når tilbudet er så lavt at det må anses som unormalt lavt, selv om tilbyder mener dette er av strategiske årsaker. Fabricius uttaler at en leverandør ikke kan sikre seg mot å få tilbudet avvist som unormalt lavt, bare fordi han bevisst har kalkulert med tap da kontrakten anses som strategisk viktig. Uavhengig av tilbyders strategiske motivasjon har oppdragsgiver en rett til å avvise et tilbud som er tapsbringende for tilbyderen. Dette gjelder i hvert fall hvis tapet ikke kan anses som ubetydelig i forhold til tilbyders økonomiske situasjon.¹¹⁶ Retten til å avvise innebærer også en plikt til å avvise hvis tapet er så stort at det medfører risiko for brudd på regler om arbeidsforhold.

Uttalelsen støtter også opp om betraktningen at det bør foreligge en terskel for når det økonomiske tapet blir for stort til tross for strategisk motivasjon. Hvor denne terskelen ligger må avgjøres konkret for hver kontrakt og leverandør. Her må oppdragsgiver foreta en skjønnsmessig vurdering.

I den skjønnsmessige vurderingen er utgangspunktet hvorvidt tapet medfører en risiko for at det vil forekomme brudd på regler om arbeidsforhold. Momenter som kan være av betydning

¹¹⁵ Fabricius (2017) s. 684.

¹¹⁶ Fabricius (2017) s. 685.

her er størrelsen på tapet, lengden på kontrakten, hva slags type kontrakt, ytelsen som skal leveres og tilbyders økonomi. Oppdragsgiver må derfor sørge for å innhente informasjon om dette fra tilbyder under undersøkelsesprosedyren.

Tilbydere må få dekket alle sine kostnader for å overleve på lang sikt.¹¹⁷ Et selskap kan likevel på kort sikt tåle større eller mindre tap så lenge selskapet har økonomi til å dekke opp for det. Et økonomisk solid selskap har større mulighet til å gå med tap på kontrakter enn det mindre solide selskaper har. Derfor er kravet til selskapets økonomi avhengig av størrelsen på tapet. Det stilles strengere krav til selskapets økonomi jo større tapet er.

Ved vurderingen av størrelsen på tapet, må oppdragsgiver vurdere differansen mellom tilbudt pris og de reelle kostnadene. I tillegg må man ta i betraktning lengden på kontrakten. Selskapet må forventes å ha større økonomisk soliditet hvis kontrakten er for en lengre tidsperiode. En tapsbringende kontrakt over flere år medfører at det er lengre tid hvor leverandøren må dekke opp for det tapet gjennom andre kontrakter eller interne tiltak. Gjelder kontrakten en kortere periode, blir det mindre økonomisk belastning. Samtidig har selskapet større mulighet til å inngå nye kontrakter for å dekke opp for tapet siden den tapsbringende kontrakten er av begrenset varighet.

Oppdragsgiver må se kontraktens varighet opp mot størrelsen på tapet. Eksempelvis gir leverandør A et tilbud som medfører et tap på to millioner kroner over en kontraktperiode på fire år. Dette gir et årlig tap på 500.000. Leverandør B gir et tilbud med et tap på to millioner over en kontraktperiode på seks måneder. Selv om leverandør B får frigitt kapasitet raskere og dermed kan inngå nye kontrakter etter at denne er ferdigstilt, lider han et mye større økonomisk tap i angitt tidsperiode. Leverandør A har låst sin kapasitet over lengre tid, og det tar derfor lengre tid før kapasiteten blir tilgjengelig for inngåelse av ny kontrakt. Samtidig trenger han ikke dekke opp et tilsvarende stort tap hvert år som leverandør B må i eksempelet over. Hvilket av selskapene som tåler tapet best avhenger av den økonomiske soliditeten og størrelsen på selskapet ellers. Dette må oppdragsgiver ta med i sin vurdering.

Et større selskap vil ha anledning til å gjennomføre flere forskjellige kontrakter parallelt og er dermed mindre sårbare når det gjelder lengden av kontrakten. Hvis leverandør A er et lite selskap kan et årlig tap på kroner 500.000 over fire år være vanskelig å finne inndekning for dersom man ikke har så mange andre kontrakter samtidig.

For oppdragsgiver er det også viktig å være seg bevisst hva slags type kontrakt det gjelder. I en varekontrakt forventes det mindre bruk av arbeidskraft. Det medfører at det er færre regler om

¹¹⁷ Ølykke (2010) s. 267.

arbeidsforhold, og det må antas en lavere kostnad knyttet til overholdelse av regler om arbeidsforhold. Tapet kan derfor være større uten at det medfører risiko for brudd på regler om arbeidsforhold.

I en ren tjenestekontrakt er det stor bruk av arbeidskraft. Hvis tilbyder taper penger på en slik kontrakt, er det derfor større risiko for at det medfører brudd på regler om arbeidsforhold.

Oppdragsgiver må gjøre en helhetlig vurdering for hvert tilbud uavhengig av type kontrakt. Samtidig kan det på bakgrunn av ovenstående argumenteres for at det bør være en strengere terskel ved vurderingen av tjenestekontrakter enn av varekontrakter.

Jeg oppfatter at Ølykke oppstiller en absolutt nedre terskel. Hun mener at avvisningsplikten tilsier at den tilbudte prisen skal dekke alle kostnadene ved å overholde regler om arbeidsforhold.¹¹⁸ Slik jeg tolker Ølykke, betyr det at det finnes en nedre terskel som den tilbudte prisen aldri kan gå under. Hvis den tilbudte prisen er lavere enn den absolutte terskelen, må tilbudet anses unormalt lavt. Ølykke mener denne terskelen ligger ved de reelle totale kostnadene ved overholdelse av reglene om arbeidsforhold. Det innebærer at tilbudet er unormalt lavt hvis den tilbudte prisen er lavere enn de reelle kostnadene ved å overholde reglene om arbeidsforhold. Følgelig er det bare når den tilbudte prisen er høyere enn kostnadene ved å overholde regler om arbeidsforhold, men lavere enn de totale reelle kostnadene, at det kan finnes tilstrekkelige grunner til å forklare at tilbudet faktisk ikke er unormalt lavt.

Hensynet til konkurranse tilsier at den nedre terskelen til Ølykke bør legges til grunn. Hvis det er anledning til å prise seg lavere enn kostnadene ved at regler om arbeidsforhold overholdes, vil dette gagne store konserner. Små nyetablerte selskaper som har interesse av å komme inn på markedet vil trolig ikke ha anledning til å tilby så lav pris, da de ikke har den nødvendige økonomiske soliditeten.

En utfordring ved vurderingen av om tilbudet skal anses unormalt lavt som følge av brudd på regler om arbeidsforhold, ligger i at det er en fremtidig vurdering. Oppdragsgiver skal vurdere om kontrakten vil bli gjennomført med brudd på regler om arbeidsforhold før den er tildelt. Man kan aldri være sikker på om tilbyder vil bryte regler om arbeidsforhold fordi prisen er så lav. I praksis må det derfor være et spørsmål om tilbudets unormalt lave pris reiser en risiko for at det vil foreligge brudd på regler om arbeidsforhold. Når denne risikoen blir tilstrekkelig stor vil det være anledning til å avvise tilbudet som unormalt lavt som følge av brudd på regler om arbeidsforhold.

¹¹⁸ Ølykke (2017) s. 679.

Hvor stor denne risikoen må være er uvisst. Etter ordlyden i FOA § 24-8 (1) litra c oppstår avvisningsplikten når tilbudet er unormalt lavt «som følge av» brudd på regler om arbeidsforhold. Bruddet på reglene om arbeidsforhold skal derfor være årsaken til den lave prisen. Det taler for at det må legges en streng terskel til grunn. Det skal foreligge stor risiko for at kontrakten vil bli gjennomført med brudd på regler om arbeidsforhold.

Jeg mener derfor man ikke kan oppstille en absolutt terskel slik jeg oppfatter at Ølykke gjør. Avvisningsplikten inntreffer når det foreligger en risiko for at det vil foreligge brudd på regler om arbeidsforhold. Hvis det er et selskap som har stor kapasitet og solid økonomi, er det ikke sikkert det foreligger en slik risiko selv om den tilbudte prisen ligger lavere enn kostnadene ved å overholde regler om arbeidsforhold. Når det ikke foreligger tilstrekkelig risiko for at tilbyder vil bryte regler om arbeidsforhold foreligger det heller ingen avvisningsplikt. Det vil være formålsstridig å avvise tilbudet i disse tilfellene da arbeidstakerne ikke blir utsatt for regelbrudd. Samtidig må det stilles strenge krav til selskapets økonomiske soliditet for at tilbyder skal kunne tilby en pris som ligger under de reelle kostnadene ved å overholde reglene om arbeidsforhold.

3.4.2 Enkeltposter unormalt lave

Juridisk teori og KOFA har åpnet for at det er mulig å identifisere et tilbud som unormalt lavt på bakgrunn av unormalt lave enkeltposter, jf. kapittel 3.2.4. For at det skal være mulig å avvise hele tilbudet som unormalt lavt basert på unormalt lave enkeltposter, må det være selvstendige ytelser som er priset unormalt lavt. Utformingen av tilbudet må gjøre det mulig å skille ut de unormalt lave enkeltpostene som selvstendige ytelser, uavhengig av kontrakten som helhet.

Avvisningsplikten gjelder når det foreligger brudd på regler om arbeidsforhold. Dette taler for at det må være selvstendige ytelser som omhandler kostnader knyttet til arbeidsforhold. Det tilsier at et tilbud vanskelig kan avvises som unormalt lavt, basert på unormalt lave enkeltposter knyttet til varer. Postene må omhandle tjenester av noe slag.

Problemstillingen kan oppstå når prisen på hele tilbudet er høyere enn de reelle totale kostnadene eller når tilbudets totalpris er lavere enn de reelle totale kostnadene.

Når tilbudets totalpris er høyere enn de reelle totale kostnadene virker det tilsynelatende vanskelig å avvise et tilbud som unormalt lavt, basert på lave enkeltposter. I utgangspunktet blir hele tilbudets kostnader dekket inn andre steder. For at det skal være anledning til å avvise et tilbud som unormalt lavt i denne situasjon, må enkeltposten gjelde regulerbare mengder. Hvis det er en fast mengde som ikke kan øke, må tilbyder forventes å tjene inn kostnaden andre steder. Den posten vil ikke oppstille en risiko for at det kan foreligge brudd på regler om arbeidsforhold. Hvis det derimot er en regulerbar mengde kan det oppstå ekstra kostnader for tilbyder som da

ikke blir dekket. Risikoen for at tilbyder ikke klarer å overholde regler om arbeidsforhold oppstår når oppdragsgiver får et økt behov for de regulerbare mengdene. Hvis det økte behovet blir stort nok, kan det resultere i en kostnadsøkning for tilbyder som ikke lenger blir dekket andre steder i tilbudet. I praksis innebærer det at mengdeøkningen i de regulerbare mengdene har medført at det reelle kostnadsnivået overstiger den tilbudte prisen.

Et eksempel er Klagenevnets sak omtalt i kapittel 3.2.4. Der var arbeidet om flytting i tidsrommet utenfor klokken 8-16 priset til kroner null. Hvis oppdragsgiver ikke benyttet seg av denne muligheten ville det ikke oppstå noen risiko for at tilbyder ikke ville overholde regler om arbeidsforhold. Samtidig ville tilbyderen trolig ha liten inntjening hvis oppdragsgiver bare benyttet seg av flytting utenfor tidsrommet 8-16. Da kunne det oppstå en risiko for brudd på regler om arbeidsforhold.

I slike tilfeller må det være anledning til å avvise tilbudet som unormalt lavt. Det samme gjelder hvis tilbyder prissetter timebasert arbeid under minstelønn. Hvis det skulle bli stort behov for slikt arbeid under gjennomføringen av kontrakten, vil det kunne oppstå risiko for at tilbyder ikke klarer å gjennomføre kontrakten uten å bryte regler om arbeidsforhold.

Når prisen på et tilbud er lavere enn de reelle kostnadene ved tilbudet, er vi i utgangspunktet i helhetsvurderingen som nevnt i kapittel 3.4.1.2. Likevel er det klart at hvis prisen er lav som følge av unormalt lave enkeltposter som nevnt ovenfor, må dette veie tungt for at tilbudet skal anses som unormalt lavt. Da må det stilles strengere krav til selskapets økonomiske soliditet enn hvis enkeltposten gjaldt en vare og denne ble priset lavere enn de reelle kostnadene.

Av hensyn til risikoen for manglende overholdelse av regler om arbeidsforhold bør det være adgang til å avvise tilbud som unormalt lavt basert på unormalt lave enkeltposter. Dette er også fastslått i LB-2016-14778 som omtalt i kapittel 3.2.4. Forutsetningen er at den unormalt lave enkeltposten gjelder regulerbare mengder og selvstendige ytelser.

4 Regelbrudd

Etter FOA § 24-8 (1) litra c, foreligger det en plikt til å avvise tilbudet når det er unormalt lavt som følge av brudd på bestemmelser om arbeidsforhold «som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5». En alminnelig språklig forståelse tilsier at det er tilstrekkelig at det foreligger brudd på en av de angitte bestemmelsene for at det skal foreligge brudd på regler om arbeidsforhold.

4.1 Nasjonale regler

Ordlyden i bestemmelsen gir ikke svar på hvilke nasjonale regler som skal legges til grunn for vurdering av mulig brudd på bestemmelser om arbeidsforhold. Når en norsk oppdragsgiver mottar et tilbud fra en norsk leverandør for arbeider utført i Norge, er det klart at nasjonale regler må oppfattes ensbetydende med norske regler. Usikkerheten oppstår når en norsk oppdragsgiver mottar et tilbud hvor hele eller deler av ytelsen gjennomføres av et utenlandsk selskap. Da blir det et spørsmål hvorvidt det er norske eller selskapets hjemlands regler om arbeidsforhold som skal legges til grunn ved vurderingen.

4.1.1 Utstasjoneringsdirektivet

Norge implementerte utstasjoneringsdirektivet¹¹⁹ i norsk rett ved forskrift om utsendte arbeidstakere¹²⁰ (utsendingsforskriften) i 2005. Jamfør utsendingsforskriften § 1, gjelder denne for arbeidstakere som er sendt til Norge i forbindelse med tjenesteyting av en utenlandsk virksomhet. Det er en forutsetning at det foreligger et arbeidsforhold mellom den utsendte og den utenlandske virksomheten, jf. § 1 i samme forskrift. Utsendingsforskriften gjelder bare for arbeid utført i Norge.

Forskriften gjelder uavhengig om den utsendte arbeidstakeren skal utføre arbeid for en privat eller offentlig virksomhet. I § 3 litra a-d i utsendingsforskriften, er det listet opp norske lover og bestemmelser om arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for utsendte arbeidstakere. Blant reglene som er listet opp, er deler av arbeidsmiljøloven,¹²¹ herunder regler om arbeidstid. Det fremgår videre av § 3 (2) at forskrift om allmenngjort tariffavtale skal gjelde hvis arbeidsforholdet for utsendte arbeidstakere faller inn under anvendelsesområdet for en allmenngjort tariffavtale.

I henhold til utsendingsforskriften § 1 kommer forskriften til anvendelse når oppdraget gjennomføres i Norge. Da har oppdragsgiver mulighet til å avvise et tilbud som unormalt lavt som følge av brudd på bestemmelser nevnt i utsendingsforskriften § 3 litra a-d. Forskriften gjelder kun på den delen av arbeidet som utføres her i landet, jf. utsendingsforskriften § 1. Den får dermed mest praktisk betydning på tjenestekontrakter, samt bygge- og anleggskontrakter hvor det skal utføres større mengder arbeid i Norge. I en varekontrakt kan det eksempelvis kun være selve vareleveransen som skjer i Norge. Alt av produksjon som skjer i utlandet, er da ikke omfattet av forskriften.

¹¹⁹ Direktiv 96/71/EF.

¹²⁰ Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

¹²¹ Lov av 17. juni 2005 nr. 62.

Dette bidrar til at det kan være utfordrende for oppdragsgiver å kalkulere hva som er det faktiske kostnadsnivået for at tilbyder skal overholde regler om arbeidsforhold. Oppdragsgiver må derfor fra gang til gang, fastsette de arbeidsrettslige forpliktelsene som konkret kommer til anvendelse for gjennomføring av kontrakten.¹²²

Oppdragsgiver kan også bli nødt til å vurdere tilbudene i konkurransen forskjellig. Det er ikke sikkert det foreligger samme arbeidsrettslige forpliktelser ved utførelsen av samme kontrakt.¹²³ En leverandør kan eksempelvis utføre 50 % av arbeidet i Norge, og resten i sitt hjemland, mens en annen leverandør utfører alt i Norge. For leverandøren som bare gjør halve jobben i Norge, vil man etter utsendingsforskriften bare være forpliktet til å overholde de norske reglene for halve jobben. Leverandøren som gjør alt i Norge, må overholde norske regler for hele kontrakten.

Utsendingsforskriften gir et visst vern for utsendte arbeidstakere på enkelte områder, blant annet arbeidstid. Likevel gir den ikke et fullverdig vern. Eksempelvis har Norge ingen regler om minstelønn fastsatt i lov. Disse følger i hovedsak av tariffavtale. Etter utsendingsforskriften er det derfor bare for utstasjonerte arbeidstakere som er omfattet av en allmenngjort tariffavtale at oppdragsgiver kan stille krav om minstelønn. I Norge er det ni allmenngjorte tariffavtaler (18.03.2018).¹²⁴ I bransjer som ikke er omfattet av en allmenngjort tariffavtale, foreligger det ikke krav om minstelønn som kommer til anvendelse etter utsendingsforskriften.

4.1.2 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Etter LOA § 6 kan departementet i forskrift pålegge offentlige oppdragsgivere å ta inn klausuler som skal «sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjene.» Dette gjelder for bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter. I 2008 vedtok departementet forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter¹²⁵ (heretter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår) som gjennomfører dette. Etter forskriftens § 3 gjelder den for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Disse regnes som offentlige oppdragsgivere etter LOA § 2 (2) litra a-c og FOA § 1-2 (1) litra a-c.

Forskriften om lønns- og arbeidsvilkår gjelder for «tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,1 millioner kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.» Disse terskelverdiene tilsvarer EØS-

¹²² Ølykke (2017) s. 683.

¹²³ Ølykke (2017) s. 683.

¹²⁴ Arbeidstilsynet, *Minstelønn*.

¹²⁵ Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

terskelverdiene etter FOA § 5-3 (1) litra a og b om vare- og tjenestekontrakter. EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er på 44 millioner kroner ekskl. mva. jf. FOA § 5-3 (1) litra c. Det innebærer at forskriften om lønns- og arbeidsvilkår kommer til anvendelse før EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter inntreffer. Forskriften om lønns- og arbeidsvilkår kommer derfor alltid til anvendelse på tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter som overstiger EØS-terskelverdiene i FOA § 5-3 (1).

Oppdragsgiver har en plikt til å stille krav om overholdelse av lønns- og arbeidsvilkårene, jf. § 5 (1) i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår. Videre plikter oppdragsgiver å opplyse om disse vilkårene enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jf. § 6 (3) i forskriften om lønns- og arbeidsvilkår.

Etter forskriften om lønns- og arbeidsvilkår, skal oppdragsgiver stille krav i samsvar med forskrift om allmenngjort tariffavtale på de områdene det foreligger en slik forskrift, jf. § 5 (2). Hvis det ikke foreligger en forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal kravene til lønns- og arbeidsvilkår være i samsvar med landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransjen, jf. forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 (3).

I henhold til § 5 (3) i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår betyr lønns- og arbeidsvilkår bestemmelser om «minste arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempe-tillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen.» En alminnelig språklig forståelse tilsier at dette gjelder kun som en definisjon etter § 5 (3). Det følger av at det foreligger en begrensning i ordlyden «i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen.» Allmenngjorte tariffavtaler blir gjort ved forskrift. Da følger reglene av forskriften selv om det opprinnelig har vært en tariffavtale. Det taler for at definisjonen i § 5 (3) ikke kan gjelde generelt. En slik forståelse har også vært intensjonen til Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementet ved innføringen av regelen.¹²⁶

Hvis det ikke foreligger en allmenngjort tariffavtale innenfor bransjen, er det dermed bare krav om arbeidstid, lønn og utgifter til reise, kost og losji som fremkommer i den landsdekkende tariffavtalen, som kan legges til grunn.

Etter forskriften om lønns- og arbeidsvilkår § 5 (3) skal oppdragsgiver stille «krav om at ansatte hos leverandør og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten», har lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med allmenngjort tariffavtale eller landsdekkende tariffavtale. Forskriften legger derfor i utgangspunktet ingen begrensning på hvor kontrakten

¹²⁶ Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementet (2010) punkt 4.2.

må utføres. En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at vilkårene må legges til grunn ved gjennomføring av hele kontrakten.

Hvor langt dette strekker seg er diskutabelt. Hvis det skal tolkes bokstavelig innebærer det at norske oppdragsgivere pålegger utenlandske selskaper å ha norske minimumsvilkår for lønns- og arbeidsvilkår i hele prosessen. Det gjelder selv om deler av tjenestekontrakten eller bygge- og anleggskontrakten gjennomføres i selskapets hjemland. Dette kan legge begrensninger på tilbyderne.

I fortalens premiss 37 i 2014-direktivet fremgår det at oppdragsgiver og medlemsstatene skal treffe egnede tiltak for å sikre overholdelse av reglene på det stedet kontrakten blir utført. Det vil i praksis si det landet hvor kontrakten blir utført. Det følger videre av fortalen at reglene skal være i overensstemmelse med EU-regler, herunder fri flyt av varer og tjenester. Mye taler derfor for at oppdragsgiver ikke kan legge norske lønns- og arbeidsvilkår til grunn for delen av kontrakten som utføres utenfor Norge.

Videre er formålet med forskriften å forhindre at offentlige oppdragsgivere inngår kontrakter med selskaper som tilbyr «dårligere vilkår enn det som er normalt på det norske arbeidsmarkedet»¹²⁷ for derigjennom å forhindre sosial dumping.¹²⁸ Sosial dumping innebærer at utenlandske arbeidere i Norge får dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn norske arbeidere. At jobben utføres i et land med lavere lønninger enn norske er ikke sosial dumping så lenge arbeidstakeren får lønn i henhold til det landets standard. Forskriften kan derfor ikke sette krav om minste lønns- og arbeidsvilkår for delene av kontrakten som blir utført i et annet land enn Norge. Da må man legge det landets regler til grunn.

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår kommer ikke til anvendelse på varekontrakter, jf. § 1. For varekontrakter gjelder kun regler som følger av utsendingsforskriften. Følgelig skal oppdragsgiver bare avvise tilbud som er unormalt lave som følge av brudd på regler om arbeidsforhold som følger av utsendingsforskriften. Krav om minstelønn gjelder da kun innenfor områdene som er dekket av allmenngjorte tariffavtaler. Utenom de områdene er det tilbyders hjemlands regler som må legges til grunn for minstelønn.

4.1.3 Oppsummering

I og med at minstelønn følger av tariffavtaler gir forskrift om lønns- og arbeidsvilkår et bedre vern enn utsendingsforskriften når det gjelder krav om minstelønn Etter forskriften om lønns- og arbeidsvilkår gjelder landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransjen dersom det ikke

¹²⁷ Prop. 5 L s. 1.

¹²⁸ Prop. 5 L s. 2.

foreligger en allmenngjort tariffavtale. Forutsetningen for at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår kommer til anvendelse, er at tilbudet gjelder en tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt. Når forskrift om lønns- og arbeidsvilkår kommer til anvendelse, gjelder avvisningsplikten når unormalt lave tilbud skyldes brudd på regler som følger av allmenngjort tariffavtale, eller bestemmelsene i en landsomfattende tariffavtale som omhandler arbeidstid, lønn og utgifter til reise, kost og losji. For varekontrakter gjelder avvisningsplikten når unormalt lave tilbud skyldes brudd på regler om arbeidsforhold som følger av utsendingsforskriften.

Det følger dermed at oppdragsgivere plikter å avvise tilbud som er unormalt lave som følge av brudd på norske regler om arbeidsforhold som kommer til anvendelse på grunn av enten forskrift om lønns- og arbeidsvilkår eller utsendingsforskriften.

4.2 Kollektive avtaler

I FOA § 24-9 står kollektive avtaler som et selvstendig punkt slik som i 2014-direktivets artikkel 18 (2). Kollektive avtaler henviser både til europeisk kollektive avtaler og nasjonale. Brudd på nasjonale kollektive avtaler er redegjort for i kapittelet over om forskriftene.

I artikkel 18 (2) i 2014-direktivet er kollektive avtaler nevnt uttrykkelig. Det kan derfor hevdes at ordlyden i artikkel 18 (2) oppstiller et selvstendig rettsgrunnlag for å kunne anvende norske kollektive avtaler på kontrakter om offentlige anskaffelser. Hvis dette er mulig, betyr det at norske oppdragsgivere alltid skal avvise tilbud som er unormalt lave som følge av brudd på regler som følger av kollektive avtaler i Norge. Hvorvidt det er mulig å oppstille ordlyden i artikkel 18 (2) som selvstendig rettsgrunnlag for å anvende norske kollektive avtaler er uvisst. Som redegjort for i kapittel 4.1, kan norske oppdragsgivere i stor grad legge norske regler om lønns- og arbeidsvilkår til grunn overfor utenlandske selskaper gjennom utsendingsforskriften og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår. Varekontrakter yter et begrenset vern, men de delene av ytelsen som blir gjennomført i Norge er omfattet av utsendingsforskriften. I Norge har derfor oppdragsgivere stor anledning til å legge norske regler til grunn. Jeg vil ikke gå nærmere inn på dette i denne oppgaven, da det er av mindre praktisk betydning for vurderingen av unormalt lave tilbud.

4.3 EØS-regler og internasjonale avtaler

Etter FOA § 24-9 er det avvisningsplikt hvis tilbudet er unormalt lavt som følge av brudd på EØS-regler og internasjonale avtaler som angitt i FOA Vedlegg 5. I Vedlegg 5 listes konvensjoner som regulerer arbeidsforhold. Hvis det foreligger brudd på en eller flere bestemmelser som er angitt i en av konvensjonene, foreligger det avvisningsplikt for oppdragsgiver. Jeg behandler ikke innholdet i de enkelte konvensjonene, da disse gjelder for alle EU-land. Det vil alltid foreligge en avvisningsplikt når et tilbud er unormalt lavt som følge av brudd på en eller flere av disse konvensjonene.

Henvisningen til EØS-reglene i FOA § 24-8 (1) litra c, er en henvisning til regler på EU-nivå som oppstiller regler om arbeidsforhold. Reglene kan komme til uttrykk gjennom direktiver eller forordninger. Alle medlemsland er pliktig til å følge direktivene og forordningene vedtatt av EU. Et eksempel på en EØS-regel er utstasjoneringsdirektivet som er gjennomført i utsendingsforskriften. Derfor vil anvendelse av norske regler etter utsendingsforskriften være i overensstemmelse med EØS-regler. Det innebærer at et brudd på norske regler om arbeidsforhold som følger av utsendingsforskriften i praksis er et brudd på EØS-regler.

4.4 Forholdet til underleverandør

Etter artikkel 69 i 2014-direktivet gjelder avvisningsplikten også brudd på regler om arbeidsforhold hos underleverandør. Det følger av artikkel 69 (2) litra e at oppdragsgiver i undersøkellesprosedyren skal innhente informasjon om overholdelse av forpliktelsene som følger av artikkel 71 som gjelder underleverandører. Etter artikkel 71 (1) skal medlemsstatene treffe egnede tiltak for å sikre underleverandørers overholdelse av regler om arbeidsforhold omtalt i artikkel 18 (2). Det følger videre i artikkel 71 (4), at nr. 1 til 3 ikke påvirker hovedleverandørens ansvar overfor oppdragsgiver. Etter 2014-direktivet foreligger det dermed en avvisningsplikt av unormalt lave tilbud når det foreligger brudd på regler om arbeidsforhold, uavhengig av om bruddet skyldes hovedleverandør eller underleverandør.

En tilsvarende regel følger ikke direkte av FOA §§ 24-8 og 24-9. Bestemmelsene er tause om avvisningsplikten gjelder kun for brudd på regler om arbeidsforhold hos hovedleverandør eller om den også omfatter underleverandør.

Det følger av FOA § 19-2 (1) at bruk av underleverandører ikke har «betydning for leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiveren.» En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier her at tilbyder er ansvarlig for sin underleverandør. Dette følger også av forarbeidene til FOA.¹²⁹ Det innebærer at hovedleverandøren må anses å være ansvarlig også for underleverandørens eventuelle brudd på regler om arbeidsforhold.

Videre følger det av FOA § 24-4 (2) at oppdragsgiver har rett til å kreve utskiftning av en underleverandør hvis oppdragsgiver blir kjent med at underleverandøren har begått alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold eller sosiale forhold.

Bestemmelsene i FOA §§ 19-2 (1) og 24-4 (2) sett sammen med FOA § 24-8, taler for at det også etter den norske regelen foreligger en avvisningsplikt av unormalt lave tilbud som følge av brudd på regler om arbeidsforhold hos underleverandør. Det vil kunne virke vilkårlig dersom

¹²⁹ NOU 2014: 4 s. 142.

oppdragsgiver har anledning til å kreve utskiftning av en underleverandør når han er kjent med at underleverandøren har begått alvorlige og gjentatte brudd på regler om arbeidsforhold, men at det ikke foreligger avvisningsplikt når tilbudet er unormalt lavt som følge av brudd på regler om arbeidsforhold hos underleverandøren.

Hvis avvisningsplikten ikke omfatter brudd på regler om arbeidsforhold hos underleverandør, kan dette åpne for omgåelse av regelverket. Ved en slik omgåelse vil hovedleverandør kunne tilby en unormalt lav pris uten å være omfattet av avvisningsplikten så lenge bruddet på regler om arbeidsforhold skjer hos hans underleverandør. Dette vil være i strid med formålene med avvisningsplikten om å verne arbeidstakere og fremme en rettfærdig konkurranse som omtalt i kapittel 2.3.

Videre følger det av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 (1) at oppdragsgiver skal stille krav til leverandør og eventuelle underleverandører. Oppdragsgiver pålegger da underleverandørene å overholde regler om arbeidsforhold som følger av den forskriften. Dette gjelder bare for de tilfellene hvor forskrift om lønns- og arbeidsvilkår kommer til anvendelse. Oppdragsgiver har da plikt til å kreve overholdelse av reglene fra underleverandør, og kan legge inn kontraktsvilkår som regulerer eventuelle brudd på disse reglene. Hvis underleverandøren bryter regler om arbeidsforhold vil det da foreligge kontraktsbrudd fra leverandørens side. Det vil kunne virke vilkårlig dersom en underleverandørs brudd på regler om arbeidsforhold medfører kontraktsbrudd, men at det samme forholdet ikke utløser avvisningsplikten i FOA § 24-8 (1) litra c når tilbudet er unormalt lavt som følge av regelbruddet.

På bakgrunn av det ovennevnte må underleverandøren bli identifisert sammen med hovedleverandøren. Avvisningsplikten omfatter derfor også brudd på regler om arbeidsforhold foretatt av underleverandør.

Et spørsmål som kan oppstå på bakgrunn av at underleverandør må identifiseres med hovedleverandør, er hvorvidt hovedleverandøren kan kreve å få skifte ut underleverandøren før eventuell avvisning av unormalt lavt tilbud finner sted. Gitt oppgavens tema og avgrensning vil jeg ikke gå nærmere inn i denne problemstillingen.

5 Oppsummering og konklusjon

I denne oppgaven har jeg belyst når oppdragsgiver plikter å avvise et unormalt lavt tilbud som følge av brudd på regler om arbeidsforhold. Per dags dato angir verken direktiv eller forskrift en definisjon av hva som er et unormalt lavt tilbud. Følgelig er det ingen anledning til å trekke opp en fast linje for når et tilbud er unormalt lavt. Oppdragsgiver må derfor foreta en skjønnsmessig vurdering for hvert tilbud i hver konkurranse hvorvidt det er unormalt lavt. I denne

vurderingen er det flere momenter man kan se på, men den tilbudte prisen sett opp mot kostnadene ved gjennomføringen av kontrakten er et viktig moment. Dette gjelder spesielt kostnadene knyttet til overholdelse av regler om arbeidsforhold.

For å verne om hensynet til tilbyder, må oppdragsgiver følge en fast prosedyre før et tilbud kan avvises som unormalt lavt. Prosedyren ivaretar at tilbyder får redegjøre for sammensetningen i tilbudet, og den er viktig for å verne om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i beslutningen.

Avvisningsplikten oppstår som følge av risikoen for brudd på regler om arbeidsforhold. Så lenge det ikke er en risiko for brudd på regler om arbeidsforhold, er det heller ingen plikt til å avvise tilbudet. For oppdragsgiver er det derfor viktig å ha oversikt over hvilke regler som er omfattet av avvisningsplikten, herunder hvilket lands nasjonale regler som gjelder. Oppdragsgiver har i stor grad anledning til å legge vekt på norske regler. Forutsetningen er at anskaffelsen gjelder en tjeneste-, eller bygge- og anleggskontrakt, eller en varekontrakt som blir utført i Norge. Så lenge det skal inngås en tjeneste-, eller bygge- og anleggskontrakt kan oppdragsgiver stille krav om norsk minstelønn som følger av enten allmenngjorte tariffavtaler eller landsdekkende tariffavtaler. Minstelønn etter allmenngjorte tariffavtaler gjelder også for varekontrakter utført i Norge.

Utfordringen for oppdragsgiver blir å skille hvor stor del av kontrakten som er omfattet av norske regler, og hvor stor del som er omfattet av tilbyders hjemlands regler. Dette er nødvendig for å kunne fastslå kostnadene ved å overholde reglene om arbeidsforhold. Når tilbudets pris er lavere enn kostnadene som er nødvendig for å overholde regler om arbeidsforhold, kan risikoen for brudd på regler om arbeidsforhold øke.

Avvisningsplikten ved unormalt lave tilbud som følge av brudd på regler om arbeidsforhold, er en ny regel i Norge og EU. Gjennom erfaringer med praktisering av dagens regelverk vil det kunne komme avgjørelser som tydeligere vil definere hva som er et unormalt lavt tilbud, eller når risikoen for at det oppstår brudd på regler om arbeidsforhold er tilstrekkelig stor. Enn så lenge er den eneste forutsetningen for at et tilbud skal kunne anses som unormalt lavt, at den tilbudte prisen er lavere enn tilbyders reelle kostnader ved å gjennomføre kontrakten. Oppdragsgiver må foreta en helhetsvurdering for å avgjøre om tilbudet er unormalt lavt på bakgrunn av tilbyders tap på kontrakten. Videre må oppdragsgiver vurdere om det unormalt lave tilbudet skyldes at det foreligger en tilstrekkelig risiko for at det vil foreligge brudd på regler om arbeidsforhold. I så fall vil det foreligge en avvisningsplikt.

Litteratur

- Arrowsmith, Sue, Peter Kunzlik (red) *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009
- Arrowsmith, Sue, *THE LAW OF PUBLIC AND UTILITIES PROCUREMENT REGULATION IN THE EU AND UK VOLUME 1*, tredje utgave, London: Sweet & Maxwell 2014
- Bovis, Christopher, *Public Procurement in the European Union*, Hampshire: Palgrave Macmillan 2005
- Corvaglia, Maria Anna, *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Oxford og Portland, Oregon: Hart Publishing 2017.
- Dragsten, Marianne, *HÅNDBOK I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER*, Oslo: Universitetsforlaget 2006
- Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser - regelverk, praksis og løsninger*, Oslo: Universitetsforlaget 2013
- Fabricius, Jesper, *Offentlige inndyk i praksis*, 4. utgave, København: Karnov Group 2017
- Hamer, Carina Risvag, *Grundlæggende udbudsret*, København: Jurist- og Økonomforbundets forlag 2016
- Nielsen, Ruth, *EU Labour Law*, 2. utgave, København: DJØF Publishing Jurist og Økonomforbundets forlag 2013
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2011.
- Semple, Abby, *A PRACTICAL GUIDE TO PUBLIC PROCUREMENT*, Oxford: Oxford University Press 2015
- Ølykke, Grith Skovgaard, *ABNORMALLY LOW TENDERS WITH AN EMPHASIS ON PUBLIC TENDERERS*, København: Jurist- og Økonomforbundets forlag 2010
- Ølykke, Grith Skovgaard, Albert Sanchez-Graells, *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2016 (Sitert fra Elgar Online)
- Ølykke, Grith Skovgaard, Ruth Nielsen, *EU's UDBUDSREGLER – i dansk kontekst*, 2. utgave, København: Jurist- og Økonomforbundets forlag 2017

Lover, forskrifter, forarbeider og direktiver

Norske

Lover

- | | |
|------|---|
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) |
| 2016 | Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) [LOA] |

Forskrifter

1992	Forskrift 4. desember 1992 nr. 908 om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 3 om tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp (Forskrift om EØS-avtalen, varekjøp)
2001	Forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser
2005	Forskrift 16. desember nr. 1566 om utsendte arbeidstakere
2006	Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser
2008	Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter
2016	Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) [FOA]

Forarbeider

NOU 1997: 21	Offentlige anskaffelser
NOU 2014: 4	Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

Prop. 5 L (2012-2013)	Endringer i lov om offentlige anskaffelser m.m. (offentlig tilsyn med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter)
Prop. 51 L (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Utenlandske

Udbudsloven	LOV nr. 1564 af. 15. desember 2015 om udbud (Udbudsloven) [Danmark]
-------------	---

Traktater

TEUV	Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte. Konsolidert versjon 2016 (EUT 2016/C 202/01)
------	--

EU

Direktiver/forordninger

Rdir 71/305/EØF	Rådets direktiv 71/305/ECC av 26. juli 1971 om samordning av fremgangsmåtene med hensyn til inngåelse av offentlige bygge- og anleggskontrakter
Rdir 92/50/EØF	Rådets direktiv 92/50/ECC av 18. juni 1992 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige tjenesteytelsesavtaler

EP/Rdir 96/71/EF	Europa Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF av 16. desember 1966 om utstasjonering av arbeidstakere som ledd i utveksling av tjenesteytelser
EF/Euratom 2342/2002	Kommisjonens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 av 23. desember 2002 om gjennomførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 om finansforordningen vedrørende Den Europeiske Fellesskaps alminnelige budsjett
EP/Rdir 2004/18/EF	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter.
Kfo 1268/2012	Kommisjonen delegerende forordning (EU) nr. 1268/2012 av 29. oktober 2012 om gjennomførelsesbestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens alminnelige budsjett.
EP/Rdir 2014/24/EU	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26 februar 2014 om offentlige anskaffelser og om opphevelse av direktiv 2004/18/EF
Andre dokumenter	
COM/2011/896	European Commission <i>Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on public procurement</i>
2012/C 391/09	Opinions of the Committee of the Regions on «Public procurement package»

Dommer og avgjørelser

Norske

Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2003 s. 1531

HR-2017-1408-U

Lagmannsretten

LB-2015-186095

LB-2016-14778.

KOFA

Klagenemdas avgjørelse 23. februar 2004 i sak 2003/161

Klagenemdas avgjørelse 30. mars 2005 i sak 2005/57

Klagenemdas avgjørelse 26. februar 2007 i sak 2006/73
Klagenemdas avgjørelse 14. januar 2008 i sak 2007/127
Klagenemdas avgjørelse 23. juni 2008 i sak 2008/47
Klagenemdas avgjørelse 9. august 2010 i sak 2009/238
Klagenemdas avgjørelse 26. august 2013 i sak 2011/265
Klagenemdas avgjørelse 29. juni 2015 i sak 2015/30
Klagenemdas avgjørelse 6. mai 2015 i sak 2015/31
Klagenemdas avgjørelse 9. august 2016 i sak 2016/71

Utenlandske

Klagenævnet for Udbud (Danmark)

NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen Kjennelse 14. januar 2013

EU-domstolen

Sak C-76/81 SA Transporoute et travaux v The Minister of public works

Forente saker C-285/99 og C- 286/99 Impresa Lombardini v. ANAS — Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA, and Impresa Ing. Mantovani v. ANAS — Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli

Sak T-4/01 Renco SpA v Rådet for Den Europeiske Union

Forente saker C-147/06 og C148/06 SECAP SpA og Santorso Soc. coop. arl. v Comune di Torino ECLI:EU:C:2008:277

Sak T-402/06 Kongeriket Spania v Europakommisjonen ECLI:EU:T:2013:445

Sak C-599/10 SAG ELV Slovensko m.fl. v Úrad pre verejné obstarávanie, ECLI:EU:C:2012:191

Sak C-568/13 Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Service ECLI:EU:C:2014:2466

Sak T-570/13 Agriconsulting Europe v Europakommisjonen ECLI:EU:T:2016:40
(her referert til som «Agriconsulting (2013)»)

Sak T-392/15 European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, European Dynamics Belgium SA v European Union Agency for Railways ECLI:EU:T:2017:462

Sak C-198/16 P Agriconsulting Europe v Europakommisjonen ECLI:EU:C:2017:784
(her referert til som «Agriconsulting (2016)»)

Nettbaserte kilder

Arbeidstilsynet, *Minstelønn*, <https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/lonn/minstelonn/> [Sisert 18.03.2018]

Cauwelaert, F. Van, *Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry*, 1999.

(<http://docshare01.docshare.tips/files/18508/185087782.pdf> sist lest 25.02.2018)

Deloitte, *Renovasjonsetaten | Oslo Kommune – Gjennomgang av anskaffelsesprosess og kontraktsoppfølging i Renovasjonsetaten*, (2017)

<https://www.oslo.kommune.no/getfile.php/13213690/Innhold/Politikk%20og%20administrasjon/Politikk/Byr%C3%A5det/For%20pressen/Pressemeldinger/Gjennomgang%20av%20anskaffelsesprosess%20og%20kontraktsoppf%C3%B8lging%20-%20Renovasjonsetaten%20-%20rapport%20fra%20Deloitte%20-%202027042017.pdf> [Sisert 03.04.18]

Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementer, *Høring – endringer i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter*, (2010)

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-forskrift-om-lonns-/id610806/> [Sisert 18.03.18]

Hovland, Kjetil Malkenes, *Søppelselskapets nedtur: Dette gikk galt for RenoNorden*, e24 (2017) <https://e24.no/boers-og-finans/renonorden/soepfelselskapets-nedtur-dette-gikk-galt-for-renonorden/24144725> [Sisert 05.02.2018]

ICPS Bangor «Dr Grith Skovgaard Olykke, Denmark, Associate Professor, Copenhagen Business School», [videoklipp] (2014)

https://www.youtube.com/watch?time_continue=9&v=5IVxWEBIVDY [Sisert 06.03.2018]

Mordt, Henriette, Knut-Martin Løken, Victoria Wilden, *Oslo kommune sier opp kontrakten med Veireno*, Nrk (2017) <https://www.nrk.no/ostlandssendingen/oslo-kommune-sier-opp-kontrakten-med-veireno-1.13386833> [Sisert 20.03.2018]

Nærings- og fiskeridepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*, (2017),

<https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/veileder-til-reglene-om-offentlige-anskaffelser002.pdf> [Sisert 07.04.18]

Regjeringen, *Det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD)* (2017)

<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/andre-kolonne/det-europeiske-egenerklaringsskjemaet/id2525560/> [Sisert 16.03.2018]

Sánchez-Graells, Albert, *ABNORMALLY LOW TENDERS UNDER REG. 69 PUBLIC CONTRACTS REGULATION 2015*, (2015)

<http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/06/abnormally-low-tenders-under-reg-69.html>

Statistisk sentralbyrå, *Offentlige innkjøp*, (2017)

<https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar> [Sisert 14.04.2018]

Torkelsen, Hanne, *Retten til å avvise unormalt lave tilbud*, Næringspolitikk (2018)

<https://naringspolitikk.no/2018/02/13/retten-a-avvise-unormalt-lave-tilbud/> [Sisert 14.04.18]