

Holmsbuseminaret Taktisk prising

Dato: 6. september 2018
v/advokat Nils-Henrik Pettersson



1 Innledning

- Forsøk på definisjon

«Tilfeller der man bevisst setter en enhetspris eller annen delpris uvanlig høyt, eller uvanlig lavt, uten hensyn til de underliggende kostnadene, med sikte på å vinne en anskaffelseskonkurranse eller for å maksimere fortjenesten.»



2

1 Innledning forts.

- Bakgrunnen (forutsetningene) for taktisk prising: At de mengdene som byggherren har satt ikke gjenspeiler den forventede virkelighet.
 - Taktiske mengder fra byggherrens side
 - Prosjekteringsfeil eller andre feil
 - Forskjellig vurdering av utvikling eller faktiske forhold (f.eks. geologiske forhold)



3

1 Innledning forts.

- Betydningen av entreprisindeformen
 - Vanligvis utførelsesentrepriser
 - Først og fremst enhetspriskontrakter
 - Særlig innenfor anleggssektoren. Ikke så fremtredende på byggsiden.

1 Innledning forts.

- Betydningen av kontraheringsformen
 - Først og fremst ved anbudskonkurranser.
 - Tenkelig også ved tilbudskonkurranser, men vissheten om avklaringsmøter vil ha en avdempende effekt.
 - Lite aktuelt ved andre typer kontraheringer

1 Innledning forts.

- Formålet med foredraget: Belyse spørsmål
 - I hvilken grad er taktisk prising lovlig?
 - I hvilken grad kan byggherren korrigere for taktisk prising, som han blir oppmerksom på, i sin anbudsevaluering?
 - I hvilken grad kan adgangen til taktisk prising reguleres i konkurransebestemmelserne?
 - Er reglene om dette tilfredsstillende (de lege ferenda)?

2 Rettsstoffet

- Det rettslige utgangspunktet: Avtalefriheten
 - Eksempel
 - Ingen alminnelig plikt til å prise basert på kostnadene.
 - Ingen alminnelig plikt til å unnlate å diskriminere.

2 Rettsstoffet forts.

- Anbudsreglene
 - «Kontraheringsplikt»
 - Lov om offentlige anskaffelser.
 - Forskrift om offentlige anskaffelser.
 - De overordnede prinsippene.

2 Rettsstoffet forts.

- Rettspraksis
 - Feilprisingssaken (Rt. 2003 side 1531): Statens vegvesens hovedargument: Enhetsprisen kunne være taktisk prising (og derfor ikke en «feil» som skulle rettes):
 - Resonnementet forutsetter at taktisk prising er fullt lovlig.
 - Akseptert av Høyesterett. Henviser til at anbudsreglene ikke forutsetter reell prising; (Avsnitt 36)
 - *«At det ikke forutsettes reell prising av alle enkeltposter, fremgår av NS-3400 pkt. 7.3 annet punktum hvor det heter at poster som «ikke er utfyllt med pris, skal anses som innkalkulert i andre poster medmindre annet er angitt i anbudsbrevet».*
 - Ris til egen bak?

2 Rettsstoffet forts.

- Rettspraksis forts.
 - Nedre Telemark tingretts dom datert 30.12.2015 mellom Veidekke Entreprenør AS og Jernbaneverket Utbygging.
 - Oslo tingretts dom av 7.2.2013 mellom NCC Construction AS og Bane NOR (Jernbaneverket Utvikling): Påanket og senere forlikt.
 - Borgarting lagmannsretts dom LB-2016-14778 (Total Uteservice)
 - Annen rettspraksis?

2 Rettsstoffet forts.

- Kofa-praksis
- Juridisk teori
- Svensk rettspraksis

3 Nærmere om bakgrunnen og muligheten for taktisk prising

- Taktisk prising forutsetter at de mengdene eller de alternativene som byggherren har beskrevet ikke vil stemme med virkeligheten.
- Muligheten for taktisk prising oppstår altså som følge av tilsiktede eller utilsiktede «feil» mengder fra byggherrens side.
 - Særlig om byggherrens bevisste setting av feil mengder (taktiske mengder):
 - Klart at byggherren da vanligvis ikke vil kunne påberope seg/klage over at entreprenøren tilpasser seg dette.
- Eksempler på taktisk prising

4 Den anbudsrettslige siden – adgangen til å avvise ved særlig lave priser

- Anskaffelsesforskriften § 24-8: Skal avvises «*hvis det er unormalt lavt i forhold til ytelsen.*»
- Formålet: Sikre mot en leverandør som ikke kan gjennomføre kontrakten (konkursrisikoen)
 - Ikke formål å hindre taktisk prising
- Borgarting lagmannsretts dom LB-2016-14778 (Total Uteservice)
- Saksforholdet
 - Rettens vurdering
 - Dissens
 - Forsøkt anket til Høyesterett. Nektet fremmet.
 - Kritisert

4 Den anbudsrettslige siden – adgangen til å avvise ved særlig lave priser – forts.

- Svenske dommer av Høgsta Forvaltningsdomstolen.
- Oppsummering

5 Den anbudsrettslige siden – byggherrens adgang til å regulere (begrense) adgangen til taktisk prising

- I hvilken grad kan anbudsinnbyderen begrense adgangen til å prise taktisk?
- Konsekvensen vil – iallfall normalt – være avvisning av anbudet, ikke en justering.
- På det rene at det er en viss adgang til å begrense dette. Spørsmålet er hvor langt adgangen går.
- KOFA-saken vedrørende Oppdølstranda

5 Den anbudsrettslige siden – byggherrens adgang til å regulere (begrense) adgangen til taktisk prising – forts.

- Den aktuelle kontraktsbestemmelsen
 - NCCs prising
 - KOFA's vurdering
 - Krüger: Særbegrunnelse
- Oppsummering: Uklart hvor grensen går. En viss adgang til å regulere er det åpenbart. På den annen side er det fullt lovlig (dvs. ikke adgang til å forby) at man går inn med svært lave priser.

6 Den anbudsrettslige siden – byggherrens adgang til å korrigere for taktisk prising

- Problemstilling: I hvilken grad kan byggherren legge til, eller trekke fra for taktisk prising ved sin anbudsevaluering?
- Tenkelige metoder
 - Justere prisene
 - Justere mengdene
 - Vekte alternativer
- De anbudsrettslige grunnprinsippene
 - Effektiv konkurranse
 - Transparens/forutberegnelighet
 - Hindre diskriminering
- Betydningen av anbudsprinsippet
 - «Beste anbud-prinsippet»
 - «Laveste anbud-prinsippet»

6 Den anbudsrettslige siden – byggherrens adgang til å korrigere for taktisk prising – forts

- Drøftelse: Kan ivareta byggherrens ønske om å få det beste anbudet (men kommer an på)
 - Overhodet ikke transparent. I praksis umulig å kontrollere
 - Bryter med grunnleggende anbudsprinsipper
- Som regel heller ikke noe reelt behov: Vil i tilfelle være for å gjøre justeringer som burde vært gjort, og synliggjort, når anbudsgrunnlaget ble utarbeidet.
- Konklusjon: Betenkelig å tillate dette i særlig grad.

6 Den anbudsrettslige siden – byggherrens adgang til å korrigere for taktisk prising - forts

- Oslo tingretts dom datert 7.2.2013 mellom NCC Construction AS og Jernbaneverket Utbygging:
 - Anket, men senere forlikt. Begrenset rettskildemessig betydning.
 - Entreprenørens prising
 - Byggherrens justeringer
 - Rettens konklusjon
- Oppsummering

7 Særlig om Statens vegvesens standardbestemmelser

- Statens vegvesen har innført regler for å forsøke å begrense adgangen til taktisk prising
- De aktuelle klausulene

«7 Taktisk prising

Tilbud skal prises i henhold til de retningslinjer som fremgår av kontrakten, jf. håndbok 025 kapittel 4.3.

Tilbud kan bli avvist når det er åpenbart misforhold mellom enhetspris og det enhetsprisen skal dekke, slik at prisene ikke gjenspeiler de faktiske kostnadene.

Forhold som vil bli vurdert er om prisingen

• er gitt på en slik måte at mulighetene for å anvende dem generelt innenfor kontrakten

er sterkt begrenset, eller det hindrer byggherren i å foreta optimale valg

• påvirker det forholdsmessige vederlag for tilført verdi på en uheldig måte

• bryter med intensjonen med enhetspriser i kontrakten

• i sum gir feilaktig bilde av tilbudet i sammenlikning med andre tilbud

• vil kunne påvirke kontraktssamarbeidet mellom partene på en negativ måte

7 Særlig om Statens vegvesens standardbestemmelser – forts.

- De aktuelle klausulene forts.

«Særskilt om prising av tilrigging

Post for tilrigging, prosess 12.11 skal være maksimum 50.000.000 kroner.

Dersom denne posten er priset høyere vil tilbudet bli avvist.

Særskilt om timepriser for mannskap og maskiner

Timepris for mannskap og maskiner (se kap. E4) blir vurdert på samme måte som øvrige enhetspriser.»

7 Særlig om Statens vegvesens standardbestemmelser – forts.

- Reiser svært mange tolkningsproblemer
- Noen refleksjoner
 - Må i alle fall være full adgang til å prise det antallet som byggherren faktisk har oppført.
 - Eksempel: Har byggherren bedt om prisen på én bolt må man selvfølgelig kunne prise inn alle kostnadene ved å bestille, hente, lagre og anvende boltene. Prisen blir da selvfølgelig svært høy. Er et utslag av alminnelig kostnadsteori.
 - Må uansett Må uansett også være adgang til å prise ut fra en marginalkostnadsbetraktning: Dette er en del av det konkurranseregime som samfunnet ønsker: Har man ledig kapasitet eller ressurser er det akseptabelt at man bare får dekket inn de direkte variable kostnadene.
 - I praksis vil prisen derfor kunne gå ned mot materialkostnaden.
 - Hva hvis man har materialene liggende på lager (overskuddslager): Må da være adgang til å prise disse under vanlig materialkost.

7 Særlig om Statens vegvesens standardbestemmelser – forts.

- Hvilken betydning har det om byggherren har satt taktiske mengder?
 - Det bør i alle fall ha betydning. Svaret er vel usikkert.

8 Den kontraktsrettslige siden – kan byggherren nekte å betale/justere ned en taktisk høy pris?

- Nærmere om problemstillingen
- Rettsgrunnlaget: Avtaleloven § 36? Illojalitet?
- Utgangspunktet: Taktisk prising er tillatt. Argumentasjonen i feilprisingsdommen.
- Nedre Telemark tingretts dom datert 30.12.2015 mellom Veidekke Entreprenør og Jernbaneverket Utbygging
- Forklare problemstillingen
- Statens argumentasjon
- Rettens vurdering
 - Staten valgte å ikke anke
- Oppsummering: Skal svært mye til før en taktisk prising eventuelt kan kreves justert ut fra avtaleloven § 36 eller tilsvarende alminnelige rettsprinsipper.

9 Vurdering

- Er taktisk prising ønskelig
 - Svaret må i alminnelighet bli nei. Skaper uriktig grunnlag for beslutninger. Kan vri og påvirke utførelsen bort fra det som samfunnsmessig er rasjonelt.
 - Hva kan gjøres?
 - Først og fremst: Ta onde ved roten: Legge vesentlig mer arbeid i å utarbeide korrekte mengder. Er mengdene korrekte blir grunnlaget for taktisk prising borte.
- Andre virkemidler?
 - Vanskelig å håndheve
 - Skaper nye problemstillinger
 - Svært vanskelig i forhold til grunnleggende krav om rettferdig og transparent konkurranse
 - Lite rimelig å «straffe» en entreprenør for at han tilpasser seg feil i byggherrens konkurransegrunnlag.
