

VELKOMMEN TIL WEBINAR

Akseptere eller avvise: når foreligger vesentlige avvik?



Wenche Sædal
PARTNER // ADVOKAT



Ørjan Foldøy
SENIOR ASSOCIATE // ADVOKAT

28.10.2025

ANBUD 365
Holder deg oppdatert om offentlige anskaffelser

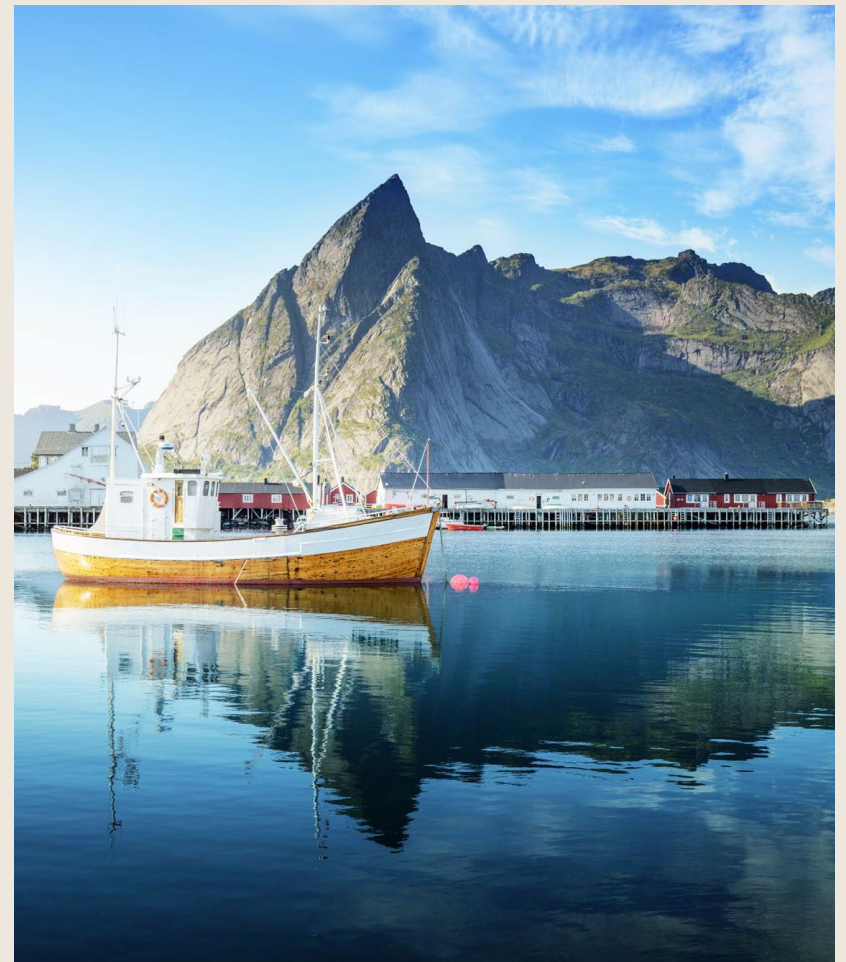
THOMMESSEN

Agenda

- HR-2025-1098-A
- Avvisningsplikten ved vesentlige avvik
- To steg frem og et tilbake?
- Kan forhandling eller avklaring redde situasjonen?
- Unngå å havne i fella



HR-2025-1098-A



Konkurransen

- Samarbeidsprosjekt mellom Kystverket og Hammerfest kommune om å gjøre utbedringer i Hammerfest havn og Forsøl havn
- Åpen anbudskonkurranse
- Anskaffelsesdokumentene besto av tre hoveddeler: konkurransegrunnlaget, oppdragsbeskrivelsen og kontraktsbestemmelser basert på NS 8405 (utførelsesentreprise)
- "Denne beskrivelsen er basert på NS 3420 (201903) med veiledninger. Kodene til de spesifiserende tekstene viser til de bestemmelser i standarden som gjelder for de enkelte delprodukter."



Korrosjonsbeskyttelse

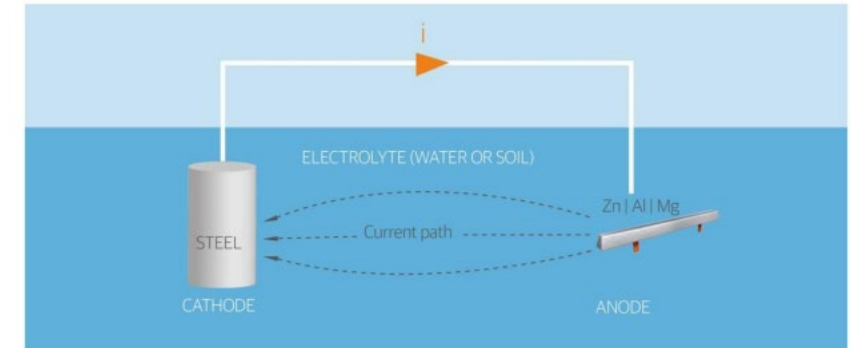
Multiconsult Norge AS

06.07.2021

Prosjekt: Hammerfest Ren Havn					Side C-52		
Del: C Spuntdeponi Sentrumskaia							
Postnr:::	NS-kode/Spesifikasjon			Enh.	Mengde	Pris	Sum
C-2.41	PR3.31A KATODISK BESKYTTELSE MED OFFERANODER Rund sum <i>Lokalisering:</i> Cellespunt og permanent profilspunt i nord og sør <i>Anodemateriale:</i> - <i>Anodenes levetid:</i> 25 år <i>Dimensjoner:</i> - <i>Andre krav:</i> a) Omfang og prisgrunnlag Posten inkluderer også leveranse og montering av anoder inklusive festebraketter på spunt. Innfestingen skal tåle påvirkningen av propellstrømmer. Posten omfatter også all nødvendig beregning og plan for plassering av offeranoder. c) Utførelse Det vises til tegning 10201617-RIG-TEG-709 og -710 for illustrasjon. Anodene monteres utvendig spuntvegg. Entreprenør skal oppgi anodetype med vekt.			RS			

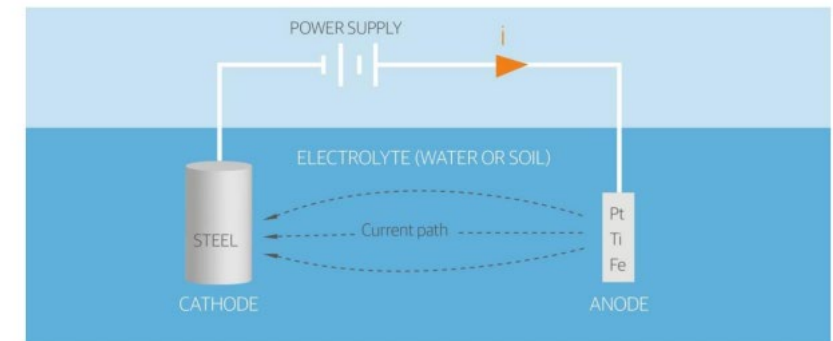
Skisse av CP-system med offeranode

SACRIFICIAL ANODE



Skisse av CP-system med påtrykt spenning (ICCP)

IMPRESSED CURRENT (ICCP)



Tilbudene

- Tre tilbud, hvorav ett ble avvist som følge av vesentlige avvik.
 - NCC Norge AS (355 MNOK)
 - Consto Anlegg Nord AS (351 MNOK)
- I NCCs tilbudsbrief fremgikk blant annet følgende:
"I vårt tilbud har vi medtatt levering/montering av komplett ICCP-anlegg (Impressed Current Cathodic Protection-system) i stedet for bruk av offeranoder"
- Posten var av NCC priset til knapt 1,2 millioner kroner, mens den av Consto var priset til 5,9 millioner kroner
 - Ikke betydning for resultatet



Saksgangen



KOFA-sak 2022/31
Vesentlige avvik

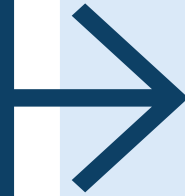


**Tingrett, lagmannsrett og
Høyesterett**
Ikke vesentlig avvik

- (58) Valgte leverandør har altså tilbudt og priset en annen type katodisk beskyttelse enn det som var bedt om i konkurransegrunnlaget. Valgte leverandørs tilbud inneholdt derfor et avvik.
- (59) Spørsmålet er videre om avviket skal anses som vesentlig. Ved vurderingen av om avviket er vesentlig, må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen.
- (60) Mengdebeskrivelsen angir konkret at det er offeranoder som skal benyttes, og gir informasjon om omfang, prisgrunnlag og utførelsen. **En slik konkret angivelse gir grunnlag for å anta at metodevalget var viktig for oppdragsgiver. Dermed skal det mindre til før et avvik anses vesentlig.** Dette underbygges av at man i **NS3420**, som mengdebeskrivelsen i denne anskaffelsen bygger på, kan velge om kontrakten skal stille krav om katodisk beskyttelse ved bruk av offeranoder, ved ICCP-beskyttelse, eller om leverandørene skal kunne velge selv, og innklagede valgte katodisk beskyttelse ved valg av offeranoder.
- (61) Selv om en ICCP-beskyttelse ivaretar samme funksjon som bruk av offeranoder, innebærer metoden bruk av en **annen teknologi, som krever en annen gjennomføring og oppfølging av kontrakten**. Valgte leverandør har dermed tilbudt en løsning som kvalitativt er så forskjellig fra det som er etterspurt, at den må anses å utgjøre et vesentlig avvik.
- (62) Klagenemnda har kommet til at avviket må anses vesentlig, og innklagede har brutt § 24-8 (1) bokstav b), ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen

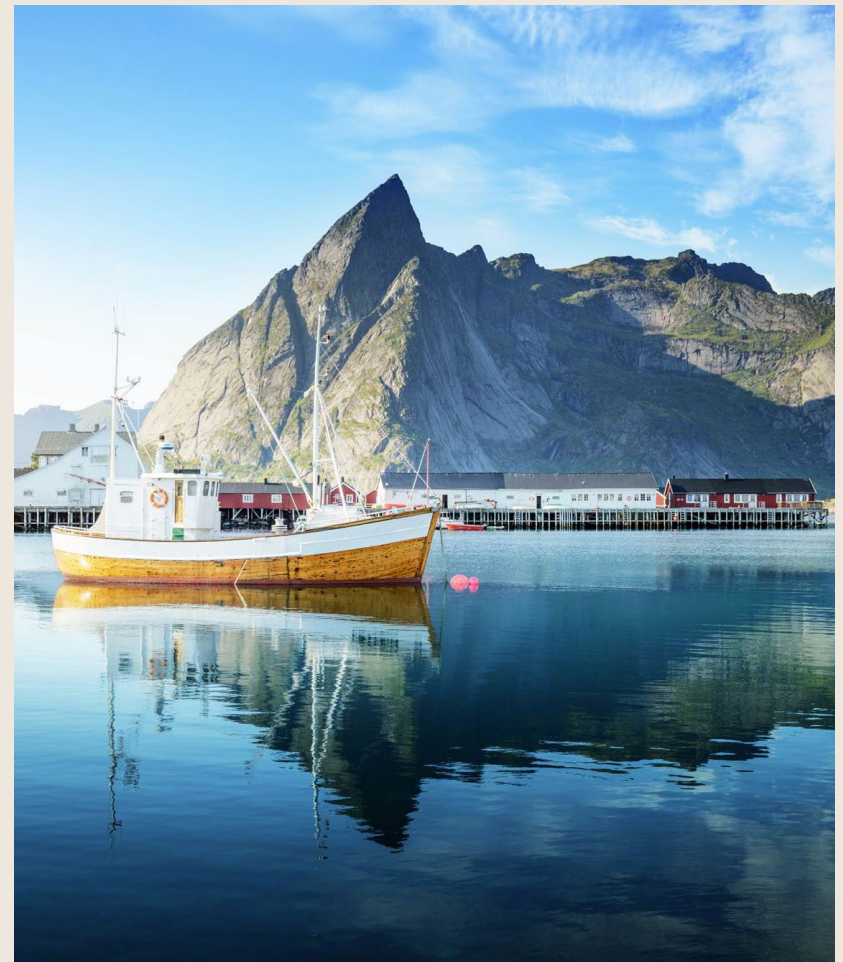
Saken slik den stod for Høyesterett

Saken spisset for
Høyesterett
– spørsmål om det forelå et
absolutt krav



*"(51) I saken her er partene enige om at det foreligger et avvik. Partene er også enige om at dersom avviket her ikke gjelder et absolutt krav, er det ikke vesentlig, jf. forskriften § 24-8 første ledd bokstav b, slik at det ikke foreligger ubetinget avvisningsplikt. Jeg ser derfor først på spørsmålet om avviket gjelder et **absolutt krav**."*

Avvisningsplikten ved vesentlige avvik



Utgangspunktet: Avvisningsplikt ved vesentlige avvik

- Forskriften oppstiller en avvisningsplikt, og en avvisningsrett, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første og annet ledd (§ 9-6 (1) bokstav b) for del II).
 - Avvisningsplikt ved "vesentlige avvik"

vesentlige avvik, som gir
oppdragsgiver avvisnings*plikt*

avvik som ikke er vesentlige, som gir
oppdragsgiver avvisnings*rett*

ubetydelige avvik, som ikke gir
oppdragsgiver rett til avvisning.

- Hva er et avvik?
 - Når er avviket vesentlig?
 - → Konkurransesgrunnlaget og tilbudet må tolkes

Hva er et avvik, og når er det vesentlig?

Avvik =
tilbudet
≠ anskaffelsesdokumentene

Vesentlig?

→ Konkret objektiv vurdering av avvikets betydning

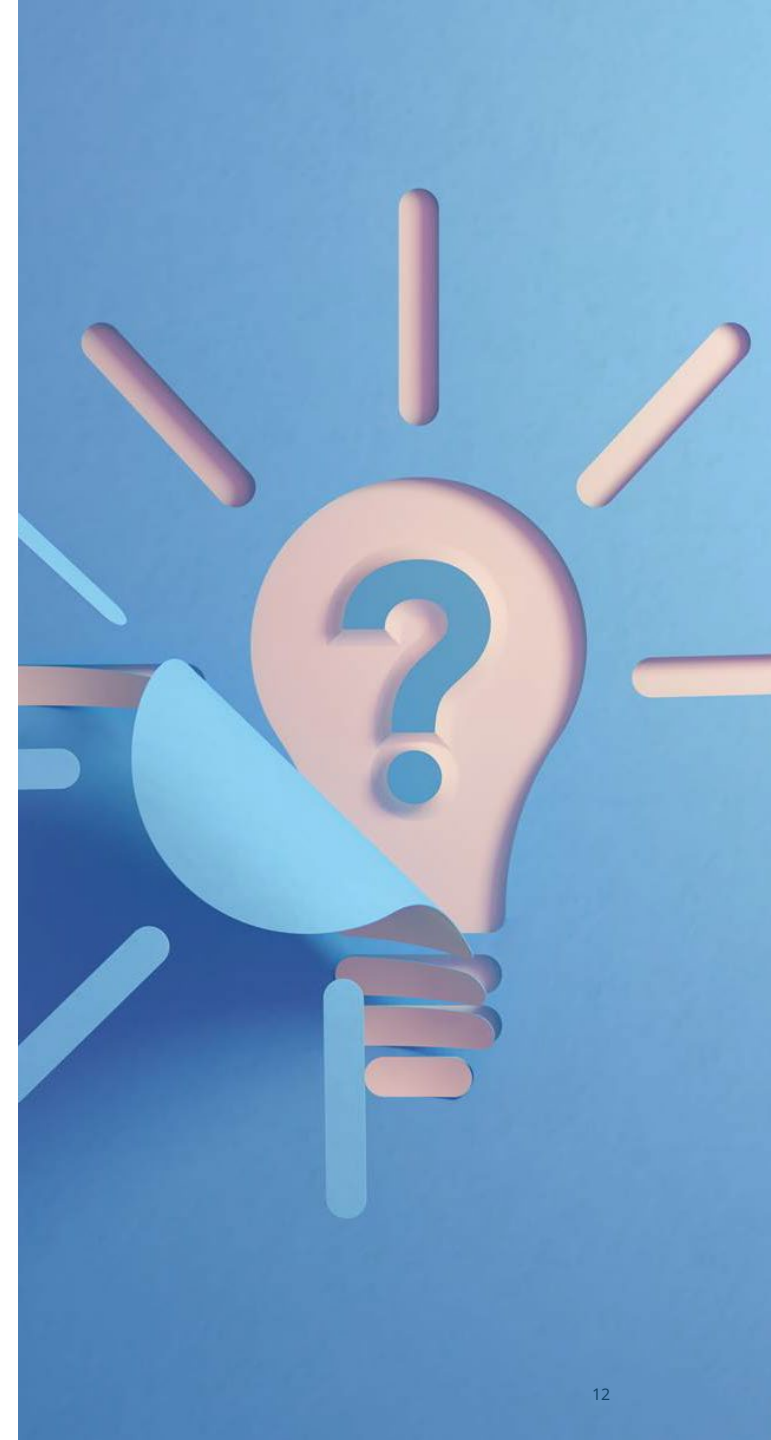
Sentrale momenter

- Karakteren av kravet det avvikes fra
- Hvor stort avviket er
- Viktigheten av bestemmelsene det avvikes fra
- Kravets betydning for oppdragsgiver
- Avviket er egnet til å forrykke konkurransen mellom leverandørene
- Avviket er egnet til å forrykke risikoen i kontraktsforholdet
- I hvilken grad avviket kan prissettes

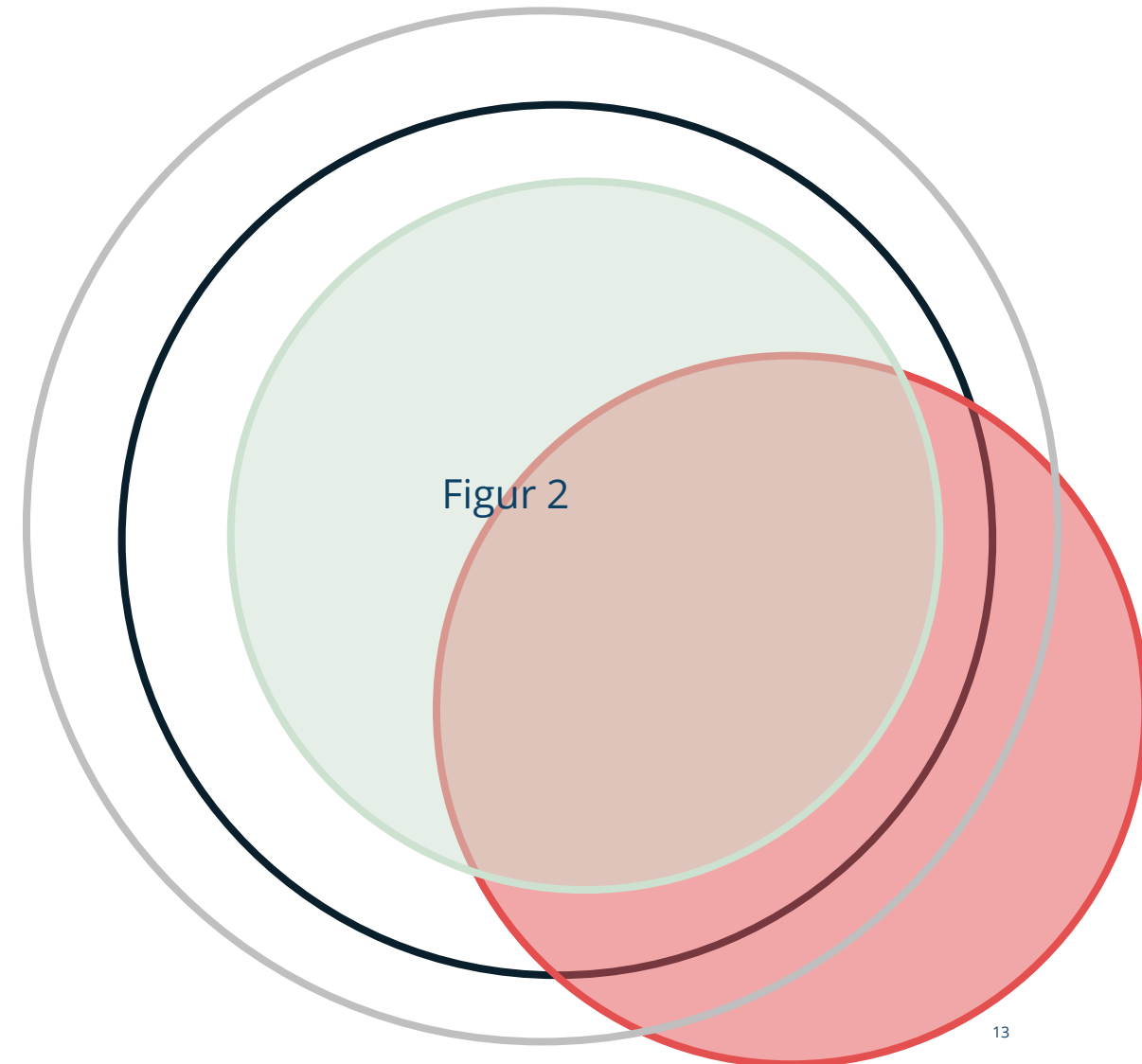
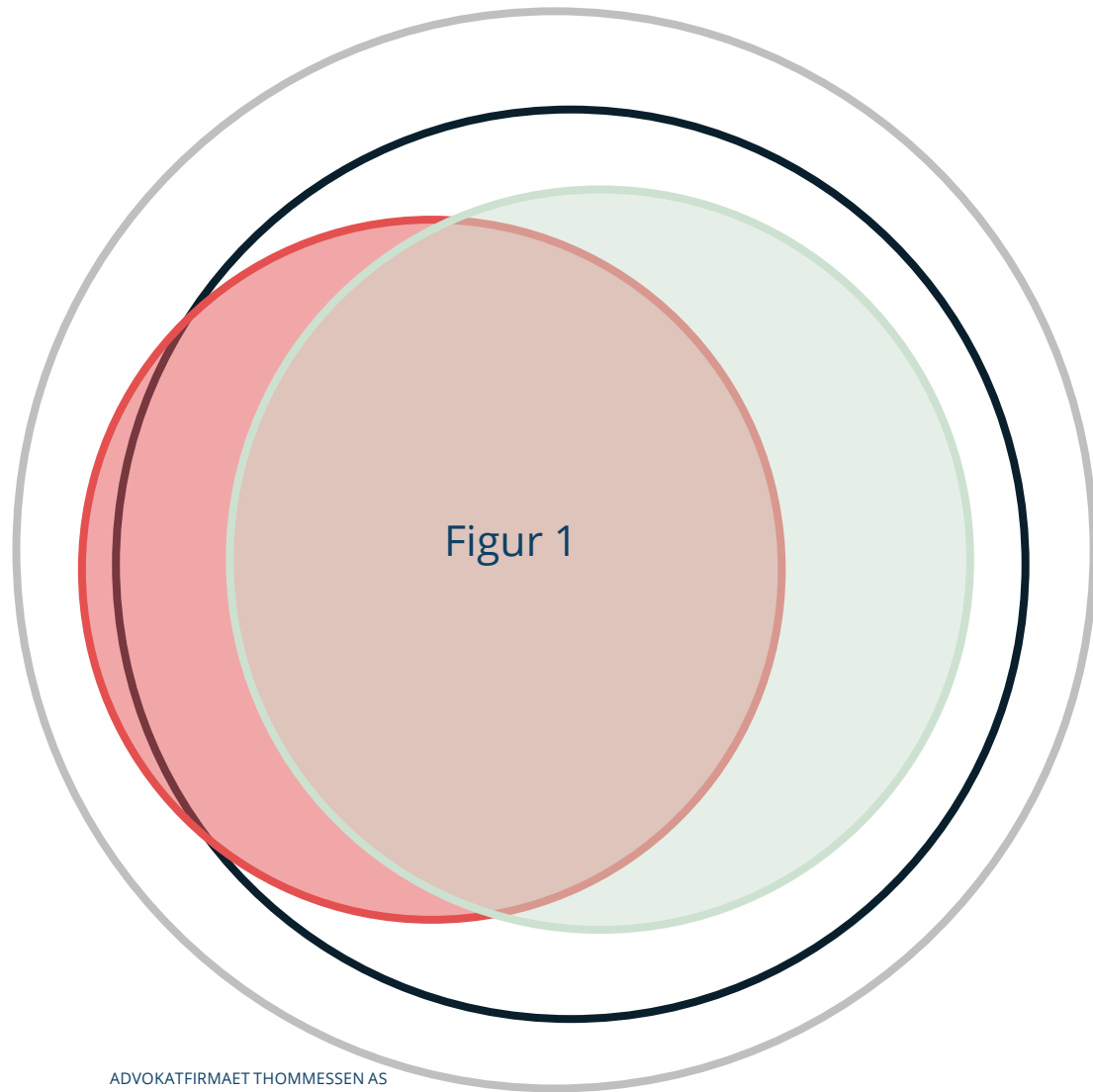
Hvis tilbudet inneholder flere avvik som hver for seg ikke er vesentlige, kan de samlet sett anses vesentlige.

Tolking av anbudsdokumenter

- Utgangspunktet: Hvordan «en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder» vil forstå kravene, jf. HR-2022-1964-A Flage Maskin
- Utgangspunktene fra kontraktstolkningslæren må legges til grunn
 - Objektiv tolking med stor vekt på kontraktens ordlyd, jf. Rt-2012-1729 Mika
 - Men → må leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn, jf. Rt-2010-961 Skanska
 - Systembetragtninger
- For tilbudet: De samme utgangspunkter
- Partene har risikoen for uklarheter i egne dokumenter, jf. anskaffelsesforskriften



Resultatet av vurderingen - illustrert



Hva er et absolutt krav?

- Kjært barn med mange navn
 - minstekrav, obligatoriske krav, A-krav, måkrav og skal-krav etc.
- Sprikende rettspraksis
- Forenklingsutvalgets løsning → implementering av begrepet "absolutt krav"
- NOU 2024:9 → ikke oppnådd ønsket effekt

NOU 2024:9

"Når det gjelder spørsmålet om avvik fra krav oppdragsgiver betegner som minstekrav, minimumskrav eller «absolutte krav», har **rettspraksis vært noe sprikende.**

Utgangspunktet har vært at avvik fra slike krav anses som vesentlige. De senere år, har praksisen gått **mer i retning av at avvik fra et absolutt krav ikke automatisk har blitt ansett som vesentlig**, og at det må foretas en **konkret vurdering** av avvikets betydning. Det skal imidlertid **normalt langt mindre til for å anse et avvik som vesentlig der avviket strider mot slike krav.**

Hva som anses som absolutte krav, beror på en konkret tolkning der det avgjørende er om anskaffelsesdokumentene samlet sett må forstås slik at manglende oppfyllelse av kravet uten videre vil medføre avvisningsplikt. Dersom det er **uklart** om kravet må anses som et absolutt krav, eller er **upresist formulert**, skal det mer til for at det foreligger et vesentlig avvik."

Høyesteretts syn på absolutte krav

Allminnelige tolkningsprinsipper skal legges til grunn

- Ikke grunnlag "for å oppstille særskilte tolkningsprinsipper eller presumsjoner for spørsmålet om et krav må anses som absolutt." (56)
- "Vurderingstemaet må også her være om en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder – basert på en konkret og objektiv tolkning av anskaffelsesdokumentene – vil forstå at det aktuelle kravet er absolutt." (56)

Uavklart om eventuelle avvik fra absolutte krav alltid vil medføre at det foreligger et vesentlig avvik

- "Det fremstår etter dette som **uavklart** om brudd på absolutte krav alltid må anses som vesentlige avvik, som medfører ubetinget avvisningsplikt, eller om det også ved slike avvik må gjøres en vurdering av om avviket er vesentlig, men slik at terskelen for at avviket skal anses vesentlig, er lavere." (50)
- "Avvisningsplikt krever at avviket er av **en viss betydning**, som der avviket hindrer en objektiv sammenligning av budene og der det å akseptere avviket vil påvirke konkurransen ved at tilbyderen oppnår en **reell fordel**. (81)

Kravspesifikasjoner er ikke i en særstilling etter norsk rett

Kravspesifikasjoner?

Kravene som stilles til egenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiveren skal anskaffe

- Anskaffelsesforskriften § 8-5 (del II) og kapittel 15 (del III)

Tekniske kravspesifikasjoner = alltid absolutte krav/vesentlige avvik?

Nei, jf. HR-2025-1098-A

- Systembetragtninger og forarbeidene
- Høyesterett: Ikke kjent med noen saker hvor dette er lagt til grunn – verken norske domstoler eller EU-domstolen

Fornuftig regel

Kravspesifikasjon ikke i en særstilling etter EØS-retten

Anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 1 bokstav a

- Oppdragsgiver skal kontrollere at "anbudet er i samsvar med kravene, vilkårene og kriteriene"
- Kan indikere at ethvert avvik medfører at kontrakten ikke kan tildeles
- Regulerer ikke avvisningsplikt direkte
- Tolkes i lys av proporsjonalitetsprinsippet

Anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 3

- "minstekravene og tildelingskriteriene" ikke er gjenstand for forhandlinger
- Se også fortalen punkt 45

Høyesterett i avsnitt 80-81:

- Er avviket til hinder for en objektiv sammenlikning av tilbudene?
- Foreligger det "reell fordel" av avvikene slik at konkurransen "påvirkes"?

C-243/89 Storebælt (37-40)

"Det skal i den henseende først bemærkes, at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere"

Kravet om likebehandling ikke vil bli oppfylt, dersom tilbyderne "kunne fravige de **grundlæggende udbudsbetingelser**"

C-561/12 Nordecon (37-39)

"Selv om den ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet **en bindende karakter**, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende myndigheder handler på en gennemsigtig måde, blive tilsidesat, og det formål, der er anført i denne doms foregående præmis, ville ikke kunne blive opfyldt."

Kan ikke "føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke opfylder de **bindende krav**, der er fastsat i **udbuddets tekniske specifikationer**"

C-27/15 Pippo Pizzo med videre henvisning til C-42/13 Cartiera dell'Adda

Ikke tillatt med avvik om forhold "som i henhold til udbudsmaterialets **udtrykkelige bestemmelser** skal føre til udelukkelse"

C-496/99 P Succhi di Frutta (115-116)

"Selv om det således er åbenbart, at et bud, der ikke er i overensstemmelse med de opstillede betingelser, skal forkastes, er den ordregivende myndighed heller ikke beføjet til at ændre den almindelige opbygning af licitationen ved senere ensidigt at ændre en af de **væsentlige betingelser** deri og navnlig ikke en bestemmelse, der, hvis den havde været medtaget i licitationsbekendtgørelsen, ville have gjort det muligt for de bydende at afgive et **væsentligt andet bud**"

C-298/15 Borta (70-77)

Oppdragsgiver kan ikke "ændre rækkevidden af de **grundlæggende betingelser** for tilbuddet, herunder de tekniske specifikationer"
Endringer kan ikke være "**så væsentlige**, at de kunne have tiltrukket mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke var i stand til at fremsætte et tilbud"

Etter Høyesteretts tolkning var kravet ikke absolutt

"...manglende opplysningen om absolutte krav i konkurransegrunnlaget en indikasjon på at det ikke er oppstilt slike krav." (87)

"...en rekke detaljerte poster for alle arbeider som entreprenøren skulle utføre." (89)

"Den tekniske beskrivelsen er omfattende og utgjør mer enn 300 sider." (89)

"En objektiv lesing av posten gir ingen indikasjoner på om posten er ment å være et absolutt krav." (90)

Spørsmål om "bruken av NS 3420 og det forhold at kontrakten er en utførelses-entreprise basert på NS 8405, innebærer at kravene i beskrivelsene som bygger på NS 3420 – i fravær av holdepunkter for noe annet – må anses som absolutte krav" (92)

"Dette kan ikke føre frem" (95)

To steg frem og et tilbake?

Slår fast etablerte oppfatninger → lite nytt?

Skaper avgjørelsen flere spørsmål enn den løser?

Absolutt krav = ord på tolkningsresultat?

Automatic Rejection of Procurement Tenders for Deviations of Mandatory Requirements – An Opportunity for Clarity Lost?

The Norwegian Supreme Court's ruling in HR-2025-1098-A

Kilde: Linda Midtun, EFTA-Studies.org.

Er spørsmålet om hva som er et «absolutt krav» et blindspor?

TEMAER: Absolutte Krav Domstol



Hadde vi hatt en klar regel om at ethvert tilbud som avviker fra absolutte krav må avvises, vill det vær avgjørende å klargjøre hvilke krav i anbudsdokumentene som er absolutte og ikke. Den rettskildemess situasjonen er imidlertid slik at dette er uklart, og at vi på en god stund ikke kommer til å få noen avklaring av om det gjelder en slik fast regel, skriver artikkelforfatteren (foto: Nordisk Institutt for sjørett).

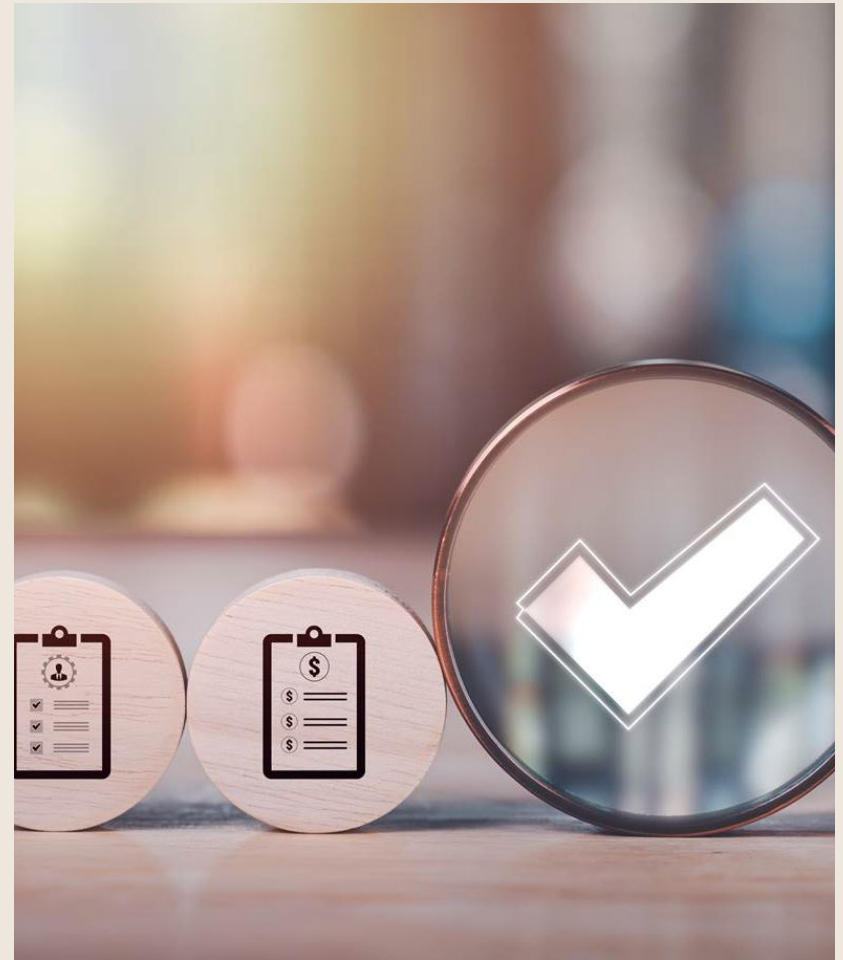
INNLEGG AV: LENNART HOVLAND 15. SEPTEMBER 2025

 SEND ARTIKKELEN PÅ E-POST

 SKRIV UT ARTIKKELEN

Av Trygve Harlem Losnedahl, Førsteamanuensis (PhD), Handelshøyskolen OsloMet

Muligheter for å rette opp
eller avklare et vesentlig
avvik – kan forhandling
eller avklaring redde
situasjonen?



Forskriftens formuleringer har skapt tvil



FOA § 23-7 (2)

"Forhandlingene kan gjelde alle sider ved tilbudet. Det er ikke tillatt å forhandle om tildelingskriteriene og absolutte krav."



FOA § 24-8 (1) bokstav b

"Oppdragsgiveren skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene."



FOA § 24-10 (2)

"(...) I en konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog kan oppdragsgiveren utsette avgjørelsen om avvisning etter § 24-8 første ledd bokstav a og c eller annet ledd til han har avsluttet forhandlingene eller dialogen."

- Bokstav b er ikke nevnt

Sak C-561/12 – Nordecon

- Avsagt etter direktiv 2004/18/EU Art. 30 (2)
- Konkurransen med forhandling om bygging av ny veistrekning
- Ett tilbud med avvik mot minstekrav
- Kravspesifikasjonen ble endret som følge av avviket
- Oppdragsgiver ba tilbyderne levere reviderte tilbud basert på endret kravspesifikasjon
- EU-domstolen: ikke tillatt å forhandle i dette tilfellet

Spørsmålet til domstolen:

Er det i tråd med regelverket at en oppdragsgiver gjennomfører forhandlinger med tilbydere som ikke oppfyller minstekravene i konkurransedokumentene?

Domstolens svar: Nei

Domstolen konkluderte med at direktivet «(...) does not allow the contracting authority to **negotiate** with tenderers tenders that do not comply with the **mandatory requirements** laid down in the technical specifications of the contract» (premiss 39)

I praksis lagt til grunn at avvik kan forhandles bort

KOFA 2021/2139
(konkurranse med
forhandling)

Ikke relevant for avgjørelsen,
men

- KOFA gir føringer for spørsmålet:
Tolkningsuttalelsene fra NFD og DFØ har rettskildemessig liten vekt, og er omstridte
- Ingen begrensing i forskriften, direktiv eller praksis såfremt forhandlinger ikke er avsluttet

LB-2022-60123
(konkurransepreget dialog)

Lagmannsretten uttaler:

- FOA § 24-10 (2) kan ikke tolkes til støtte for at absolutte krav aldri kan bøtes på ved optimering
- Selv om ikke denne bestemmelsen viser til avvisningsgrunnen vedr. vesentlige avvik, så er det uklart om bestemmelsen tar sikte på slike typetilfeller

Men hva med tilbud som inneholder vesentlige avvik i anbudskonkurranser?

Kan avvikene avklares bort?

- Forutsetter at det er uklart om det foreligger et avvik
- I enkelte kilder er det lagt til grunn at den minst fordelaktige tolkningen skal legges til grunn og avvisning finne sted
 - Konsekvens av at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, jf FOA § 23-3 (2) jf. NOU 2014:4 s. 203
 - Se eksempelvis KOFA-2023-1025, LB-2014-156469 og LH-2020-178227

Unngá fella



For oppdragsgivere

Det selvsagte:

Skriv det dere mener og stå for det dere skriver

- Vurder hvorvidt det er nødvendig med detaljerte krav eller om funksjonsbeskrivelse er tilstrekkelig
- Presis og fleksibel?

Vær transparent:

Ikke la det være tvil om et krav er så viktig at det vil utgjøre et vesentlig avvik å fravike det

- Der flere "absolutte" krav er nødvendig: vurder eksempelvis en A-krav og B-krav-løsning
- Husk: Det er ikke er mulig å ombestemme seg ved "absolutte" krav (eller er det det?)

Vurder og dokumenter:

- Vurder alle deler av tilbudene – ikke bare avviksskjemaet
- Dokumenter vurderingene skriftlig
- Innhent teknisk/juridisk bistand ved behov

For leverandører

Som alltid:

**Les
anskaffelsesdokumentene
godt**

- Gjør egne vurderinger av hvilke krav som det ikke kan avvikes fra
- Ved usikkerhet: Still spørsmål før tilbudsfristen

Vær obs:

Risiko å levere tilbud med avvik – alle avvik over "ubetydelig"-terskelen gir avvisningsrett

- Ikke lever tilbud med avvik med mindre man må
- Sjekk all tekst, vedlegg, figurer og tegninger
- Ikke skriv mer enn nødvendig

Hvis tilbud inngis med avvik:

Begrunn avviket

- Hvorfor det ikke er vesentlig og formulert det tydelig – hjelp oppdragsgiver med deres vurdering

Takk for oppmerksomheten

THOMMESSEN

thommessen.no

Oslo • Bergen • Stavanger • London

Våre webinarer er kun en informasjonstjeneste fra Thommessen og er ikke ment å erstatte juridisk rådgivning. Deltakerne bør ikke basere seg utelukkende på denne informasjonen, men alltid søke profesjonell juridisk bistand. Thommessen tar intet ansvar for informasjon i webinarer som skulle vise seg å være unøyaktig, mangelfull eller uriktig. Vær oppmerksom på dato for innspilling av webinarer dersom du ser det som opptak.



Wenche Sædal

PARTNER // ADVOKAT

Bergen

M +47 45 45 38 65

E wsa@thommessen.no



Ørjan Foldøy

SENIOR ASSOCIATE // ADVOKAT

Stavanger

M +47 90 25 98 66

E ofold@thommessen.no