



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om kjøp av verktøy. Kontrakt skulle tildeles tilbudet med den laveste prisen, basert utelukkende på høyest tilbudt gjennomsnittsrabatt på etterspurte produktkategorier. Klagenemnda kom etter en konkret vurdering til at tildelingskriteriet var egnet til å identifisere tilbudet med den laveste prisen i denne konkurransen. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. mars 2019 i sak 2018/27

Klager: Ahlsell Norge AS

Innklaget: Sporveien AS

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Sporveien AS (heretter innklagede) kunngjorde 12. mai 2017 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om kjøp av hånd-, elektro-, og luftverktøy, inkludert servicearbeid på elektro- og luftverktøy. Kunngjøringen ble gjort i kvalifikasjonsordningen *TransQ*, der interesserte leverandører ble oppfordret til å søke om prekvalifisering for deltakelse i konkurransen. Frist for å inngi tilbud ble satt til 12. juni 2017.
- (2) Rammeavtalen skulle ha en varighet på fire år, med opsjon på ett pluss ett år. I avtaledokumentet for rammeavtalen, som var vedlagt konkurransegrunnlaget, forbeholdt innklagede seg retten til å si opp avtalen med én måneds varsel. Ytterligere forbehold fremgikk av dokumentet:

«Rammeavtalen forplikter ikke Kunden økonomisk. Kunden blir først forpliktet i forbindelse med det enkelte avrop.

Kunden har til hensikt å bestille Leveransen ved bruk av Rammeavtalen. Kunden har likevel ingen forpliktelse til å gjøre bruk av Rammeavtalen og står fritt til å kjøpe Leveransen utenom Rammeavtalen».

- (3) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget bli tildelt tilbudet med «*det beste forholdet mellom pris og kvalitet*». I tabellen som fulgte teksten, var imidlertid pris angitt som eneste tildelingskriterium. Som tilhørende dokumentasjonskrav fremgikk følgende:

«Tilbyder skal levere ferdig utfylt prisskjema. I prisskjemaet skal det gis en prosentsats for hver produktkategori på 1 – 3 (avhengig av kategori) ulike merker som Oppdragsgiver

vil kunne benytte seg av. Prosentsatsen skal være basert på reelle utsalgspriser. Dersom tilbyderer ikke har offentlig tilgjengelige priser skal det legges ved et prisskjema som viser utsalgsprisen».

- (4) Av prisskjemaet fremgikk det at tilbyderne skulle tilby en rabattsats i prosent for tre selvvalgte merker (omtalt som «Merke 1», «Merke 2» og «Merke 3») innenfor opplistede produktkategorier («Sager», «Bor og skrumaskiner», «Slipemaskiner» osv.). En slik inndeling i produktkategorier var foretatt under hver av de tre hovedkategoriene (elektroverktøy, håndverktøy og luftverktøy). Den gjennomsnittlige rabatten per merke ble deretter lagt sammen til en gjennomsnittlig rabatt per hovedkategori, som igjen ble lagt sammen til en totalrabatt.
- (5) På spørsmål fra en interessert leverandør om forståelsen av tildelingskriteriet «Pris», svarte innklagede at det var gjennomsnittsrabatten som var avgjørende.
- (6) Et annet spørsmål gjaldt forståelsen av passusen i konkurransegrunnlaget, om at «Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet».
- (7) Innklagede besvarte spørsmålet slik: «Her er det en standardtekst som kunne vært omformulert. Det er 100% pris som gjelder».
- (8) Fem leverandører søkte om kvalifiseringen, hvorav tre ble ansett kvalifisert. Ved tilbudsfristens utløp hadde Ahlsell Norge AS, Tools AS og Wurth Norge AS inngitt tilbud. Sistnevntes tilbud ble avvist, som følge av at innklagede trakk leverandørens prekvalifisering tilbake.
- (9) Innklagede meddelte 13. juli 2017 at Tools AS (heretter valgte leverandør) hadde tilbudt den høyeste gjennomsnittsrabatten, og at man derfor hadde til hensikt å inngå kontrakt med denne leverandøren.
- (10) I klage datert 17. juli 2017, ba klager om en nærmere forklaring på evalueringsmodellen som var brukt til å identifisere tilbudet med den laveste prisen. Klager skrev blant annet følgende: «I oppdragsgivers Standardvilkår, punkt 7, angis det at leverandørens priser er faste i avtaleperioden. Vil dette gjelde rabattene, slik at oppdragsgiver kun har kjøpt en fast rabatt, men at de veiledende prisene kan endre seg?».
- (11) Innklagede besvarte klagen 24. juli 2017. Her ble det fastslått at «Rabattsatsene er faste i avtaleperioden, jfr standardvilkårene punkt 7. Det betyr at utsalgsprisen kan endre seg, men rabatten er fast».
- (12) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 29. juli 2017.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. januar 2018.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. mars 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt på bakgrunn av en evaluering som ikke har identifisert tilbudet med den laveste prisen. Innklagede har tildelt kontrakt utelukkende på grunnlag av hvem som har tilbudt den høyeste rabattsatsen på sine utsalgspriser. En rabatt i seg selv sier ingenting om pris før den knyttes opp mot en referanse.
- (16) Det er ikke tilstrekkelig at høyest rabattsats sannsynligvis vil gi den laveste prisen. Innklagede har uansett ikke dokumentert sin påstand om at tildelingskriteriet sannsynligvis gir den laveste prisen i løpet av kontraktstiden. Klager mener dessuten at dette heller ikke kan dokumenteres. Dette kan man bare med sikkerhet konkludere med dersom leverandørene opererer med de samme utsalgsprisene på de samme produktene. Stikkprøver tatt for å hindre taktisk prising vil ikke avdekke hvorvidt leverandørene hadde et jevnt prisnivå på produktene.
- (17) I motsetning til hva innklagede hevder, så er ikke markedet transparent. Klagers priser er eksempelvis ikke å finne på nettsiden, og klager har heller ikke inngitt priser i markedsundersøkelser. Denne forutsetningen som innklagede bygger på for sin konklusjon om at høyest rabattsats sannsynligvis vil gi den laveste prisen, kan dermed ikke opprettholdes. Det er heller ikke relevant at innklagede anså andre evalueringsmetoder som en for stor jobb å gjennomføre; tildelingskriteriet må uansett kunne identifisere hvilket tilbud som har den laveste prisen.
- (18) Det var ikke forutberegnelig at man skulle konkurrere utelukkende på høyest tilbudt rabattsats.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Kontrakt er tildelt basert på den laveste prisen, som i denne anskaffelsen er den høyeste rabattsatsen. Dette vil sannsynligvis gi den laveste prisen i kontraktperioden totalt sett, og oppfylder dermed de krav som fremgår av forskriften § 14-1 (1) bokstav a.
- (20) Det bestrides at evalueringsmetoden ikke er egnet til å identifisere den laveste prisen. Metoden, der konkurransen avgjøres på bakgrunn av høyest tilbudt rabattsats, er lovlig under de gitte omstendigheter fordi markedet er preget av konkurranse, med transparente priser på internett og fordi leverandørene har begrensede muligheter til å sette prisene kunstig høye for å oppnå en høyere rabattsats. Det bestrides at det er et vilkår at prisene er identiske for å kunne bruke rabattsats som tildelingskriterium i en konkurranse som dette. Valg av tildelingskriterier og hvilken evalueringsmetode som anses best egnet i den enkelte anskaffelse, hører uansett til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. I motsetning til hva klager hevder, er det et relevant moment at andre evalueringsmetoder ville ha medført en stor jobb for innklagede.
- (21) Innklagede har uansett ikke begått feil av en karakter som tilsier at konkurransen skulle ha vært avlyst, ettersom det ikke er en nærliggende faktisk mulighet for at mulige feil kan ha innvirket på resultatet. Det var ikke uklart at det utelukkende var tilbudt rabattsats som tilbyderne skulle konkurrere på.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for kjøp av hånd-, elektro-, og luftverktøy, inkludert servicearbeid på elektro- og luftverktøy. Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at anskaffelsen har en estimert verdi på 10 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 del I og del II, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.

Ulovlig tildelingskriterium

(23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anvende et priskriterium som ikke er egnet til å identifisere tilbudet med lavest pris.

(24) Det følger av forsyningsforskriften § 14-1 (1) bokstav a at oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakt på grunnlag av hvilket tilbud som har den laveste prisen.

(25) Det nærmere valget av evalueringsmodell ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. En evalueringsmodell vil etter omstendighetene kunne underkjennes som uegnet, men terskelen for dette er høy, jf. klagenemndas sak 2017/114, premiss 48 med videre henvisning til sak 2018/238, premiss 34. En risiko for at den valgte modellen ikke gir oppdragsgiver tilbudet med den laveste prisen, er ikke tilstrekkelig, jf. klagenemndas sak 2017/103, premiss 32 med videre henvisning til sak 2016/71. Temaet for en rettslig kontroll er ikke om fremgangsmåten er optimal, men om den er lovlig, jf. klagenemndas sak 2018/226, premiss 34.

(26) Tilbyderne ble i denne konkurransen bedt om å oppgi rabattsatser per merke og produktkategori. Rabattsatsene skulle være basert på «*reelle utsalgspriser*». På spørsmål fra en leverandør om forståelsen av priskriteriet, svarte innklagede at det var *gjennomsnittsrabatten* som var avgjørende.

(27) Slik klagenemnda ser det, var det dermed klart at konkurransen ville bli avgjort utelukkende basert på hvem som tilbød den høyeste gjennomsnittlige totalrabatten. Klagers anførsler om at dette ikke var påregnelig, kan ikke føre frem.

(28) Spørsmålet er som nevnt om den beskrevne fremgangsmåten er egnet til å identifisere tilbudet med den laveste prisen.

(29) Klagenemnda har tidligere tatt stilling til lovligheten av priskriterier knyttet til rabattsatser og påslagsprosjenter, jf. eksempelvis sak 2017/103 nevnt ovenfor, med videre henvisning til sak 2011/28. Det fremgår av disse avgjørelsene at lovligheten beror på en konkret vurdering. I sak 2017/103 kom klagenemnda etter en konkret vurdering til at et underkriterium om «*Tilbudt % på katalogprodukter*» var egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Nemnda viste i denne sammenheng til at man stod overfor en rammeavtale som potensielt ville strekke seg over fire år, at det økonomiske omfanget av anskaffelsen var usikkert, og at dette ville avhenge av kommunens bevilgninger. Det var følgelig usikkert hva som ville bli etterspurt, og hva listepreisen hos leverandøren på det aktuelle tidspunktet ville være. I en slik situasjon var det ikke ulovlig å anvende tildelingskriteriet om rabatt for å skape konkurranse rundt et eventuelt tilleggskjøp.

- (30) Rammeavtalen strekker seg også i denne saken over flere år, og omfatter et vidt spekter av produkter. I løpet av avtaleperioden vil nye produkter og modeller komme til, og listepriene endres. Dette kan tilsi at det er hensiktsmessig å bruke rabatt som tildelingskriterium. Vår sak skiller seg likevel fra saker som 2017/103, ved at rabatt i vår sak er den eneste prisparameteren.
- (31) Klager anfører at en rabatt ikke sier noe om pris uten at den knyttes opp mot en referanse. Dette er klagenemnda enig i. En rabatt sier isolert sett ingenting om hvilken pris man faktisk må betale; dette kommer an på hvilken pris den aktuelle rabattsatsen tar utgangspunkt i.
- (32) I konkurransegrunnlaget fremgikk det imidlertid at rabattsatsene skulle være basert på reelle utsalgspriser. Dersom tilbyderne ikke hadde offentlig tilgjengelige priser, skulle det legges ved et prisskjema med oversikt over utsalgsprisene.
- (33) Innklagede har forklart at markedet for levering av verktøy er preget av effektiv konkurranse, at prisnivået er jevnt og at leverandørenes priser er transparente ved at de fleste har utsalgsprisene publisert på nettsiden sin. Innklagede har videre pekt på at konkurrentene derfor kjenner hverandres priser, og at dette gjør det mulig for både forbrukere og profesjonelle å sammenligne prisene mellom de ulike leverandørene. Dette gir etter innklagedes oppfatning begrensede muligheter til å sette prisene kunstig høyt, med en tilsvarende høy rabattsats. Innklagedes vurdering, basert på markedsundersøkelser og stikkprøver av leverandørenes utsalgspriser, var altså at det aktuelle markedet var så transparent at bruk av rabattsats ville fungere helt optimalt.
- (34) Rabatt på utsalgspriser gir ikke nødvendigvis alltid den laveste prisen. Dette vil som nevnt avhenge av den til enhver tid gjeldende utsalgsprisen. Som påpekt innledningsvis, er imidlertid en slik risiko for at tildelingskriteriet ikke vil identifisere tilbudet med den laveste prisen, ikke i seg selv tilstrekkelig for å underkjenne den valgte fremgangsmåten. Innklagedes redegjørelser viser etter klagenemndas syn at risikoen for uheldige utslag, for eksempel som følge av taktisk prising, er lav. Innklagede er for øvrig ikke forpliktet til å kjøpe alt utstyr hos valgte leverandør, og kan derfor innrette innkjøpene på en måte som er økonomisk gunstig sett hen til de øvrige prisene i markedet.
- (35) Klagenemnda har etter en konkret vurdering kommet til at høyest gjennomsnittlig rabattsats ikke var et ulovlig tildelingskriterium i denne konkurransen. Klagers anførsel har følgelig ikke ført frem.

Konklusjon:

Sporveien AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk