



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om IKT-utstyr og tilhørende tjenester. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde plikt til å undersøke om prisene i valgte leverandør sitt tilbud var unormalt lave, med sikte på en eventuell avvisning på dette grunnlag. Klagenemnda vurderte også innklagedes valgte metode for å evaluere pris, og kom til at tildelingskriteriet var lovlig.

Klagenemndas avgjørelse 2. desember 2014 i sak 2013/140

Klager: Kjedehuset AS

Innklaget: Sogn- og Fjordane fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Unormalt lave priser, ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Sogn- og Fjordane fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 16. august 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om IKT-utstyr og tilhørende tjenester. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget punkt 2.4 estimert til kroner 39,7 millioner årlig. Avtalen gjaldt for to år, med opsjon på forlengelse i to år. Konkurransen gjaldt fem varegrupper, og det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.2 at det var adgang til å inngi tilbud på enkelte varegrupper. Klagen gjelder kun varegruppe 1. Tilbudsfristen var 30. september 2013.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5 at tildelingskriteriet for varegruppe 1, "Klientutstyr" var "laveste pris". Videre fremgikk det av punkt 7.2 "Pris", at:

"Prisane skal i utgangspunktet vere faste i avtaleperioden og innehalde alle krav, vilkår, dokumentasjonar og opplæring som er nedfelt i dette konkurransegrunnlag.

Prisane vert i samsvar med svarskjema vedlegg 3. Dersom endring i skatteavgiftsvedtak påverkar avtalt pris/påslag, vil desse som prinsipp bli endra tilsvarande.

7.2.1. Prisjustering i avtaleperioden

Etter eitt år vil prisane kunne endrast om den opphavlege prisen vert endra i forhold til marknadsprisen. Dersom prisane i marknaden går ned er leverandøren pliktig til å endre prisen på vara fortløpande utan å bli minna om dette frå kjøparen.

Fylkeskommunen ved IKT-tenesta/ innkjøpstenesta skal alltid godkjenne eventuelle prisendringar før dei trer i kraft.

Det skal i avtaleperioden gjennomførast årlege samarbeids- og prisforhandlingsmøte."

- (3) Det fremgikk av kravspesifikasjonen punkt 2.3 *"Varegrupper og produktgrupper"* at:

"Utlysinga er delt inn i 5 varegrupper som tilbydar kan levere inn tilbod på. Desse varegruppene er igjen delt inn i ulike produktgrupper. Tilbyder kan levere inn tilbod på ei eller fleire varegrupper men må kunne levere alle produkta innanfor kvar varegruppe for å kunne delta i konkurransen. Innanfor kvar varegruppe er det laga kravspesifikasjon til eksempelprodukt for kvar produktgruppe. Desse eksempelprodukta skal prisast i ei "handlekorg" som skal fyllast ut. Det er sluttsummen på handlekorga som vert vurdert, ikkje prisen på enkeltprodukta. Handlekorga er meint å illustrere eit kjøp med eit breitt og variert utval av produkt frå varegruppa.(..)"

Av punkt 2.5 fremgikk det at:

"Prisane skal til ei kvar tid kunne identifiserast mot leverandøren sine innkjøpsprisar. Representantar frå oppdragsgjevar har rett til når som helst å gå inn å sjekke dette hjå tilbydar.

(..)

Dersom leverandør kjem med kampanje/messe/industritilbud, eller andre tidsavgrensa tilbod der pris er under avtalen sine vilkår, skal kjøpar i den gitte perioden automatisk fakturerast med lågast pris.

Det skal gjevast opp påslagsprosent i høve til innkjøpspris for dei ulike varegruppene i tabellen her. Det skal gjevast pris inklusiv påslagsprosent i påfølgjande prisskjema. Eventuelle avvik frå standard påslagsprosent skal setjast inn i høgre kolonne."

- (4) Tilbyderne skulle altså fylle ut et skjema med *"Standard påslagsprosent"* og *"Eventuelle avvik"* for ulike produktgrupper, eksempelvis stasjonære PC-er. I ett annet skjema skulle tilbyderne fylle ut pris på bestemte tilbudte produkter i innklagedes definerte handlekurver. For hver av handlekurvene skulle tilbyderne oppgi en samlet pris som inkluderte innkjøpspris og påslagsprosent, og det var disse prisene som ville legges til grunn for prisevalueringen.
- (5) Innen tilbudsfristen kom det inn fem tilbud i konkurransen på varegruppe 1, herunder fra Atea (heretter valgte leverandør) og Kjedehuset AS (heretter klager). Tilbudene varierte fra kroner 75 120 til 106 157. Klagers samlede pris på eksempelproduktene var på kroner 88 627, mens valgte leverandørs pris på de samme produktene utgjorde kroner 75 120.
- (6) Tilbyderne ble i brev 8. oktober 2013 meddelt at valgte leverandør ble tildelt kontrakten.
- (7) På forespørsel fra klager opplyste klagers leverandør i e-post 11. oktober 2013 at selskapet ikke differensierte på pris til ulike leverandører.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. november 2013.
- (9) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 9. desember 2013.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. desember 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Plikt til å foreta kontroll av unormalt lave priser

- (11) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å ha undersøkt om tilbudet fra valgte leverandør inneholdt unormalt lave priser. Prisene til valgte leverandør er unormalt lave. Den prosentvise forskjellen til nest laveste tilbud er betydelig. Konkurransen gjelder hyllevarer, der innkjøpsprisene normalt varierer lite mellom de ulike produktene. Pris var eneste tildelingskriterium, slik at prisene blir helt avgjørende med hensyn til valg av tilbud. Basert på dette, skulle innklagede ha foretatt en kontroll av om innkjøpsprisene og påslagsprosenten som ligger til grunn for prisene på produktvalget var reelle.

Ulovlig tildelingskriterium

- (12) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved at tildelingskriteriet ikke sikrer en effektiv kontroll av om opplysningene i tilbudet om grunnlaget for prisene er korrekte. Tilbyderne behøvde ikke å dokumentere at innkjøpsprisene var reelle. I dette tilfellet er det kun forutsatt at prisene på produktvalget skal basere seg på en innkjøpspris, og en påslagsprosent som skal være lik påslagsprosenten på andre produkter som måtte bli kjøpt av oppdragsgiver.

Innklagedes anførsler:

Plikt til å foreta kontroll av unormalt lave priser

- (13) Det bestrides at kravet til likebehandling i loven § 5 er brutt ved at det ikke ble undersøkt om tilbudet fra valgte leverandør inneholdt unormalt lave priser. Oppdragsgiver skal kunne legge til grunn de opplysninger som fremgår av tilbudet. Det gjelder uansett kun en rett til å undersøke, og ingen plikt. Tilbudet ble ikke vurdert avvist, og det forelå derfor ingen plikt/rett til å undersøke prisene nærmere.
- (14) Klagers anførsel om at innkjøpsprisene normalt varierer lite mellom produktene er både udokumentert og lite treffende. Klagers tilbud er nærmere 17 % billigere enn dyreste tilbud, hvilket – basert på klagers resonnement – skulle være vanskelig å forklare. E-posten fra klagers leverandør som er fremlagt av klager er innhentet etter tilbudsfristens utløp, og kan derfor ikke vektlegges i vurderingen av valgte leverandørs tilbud. Det er ikke klart hvilken forhandler valgte leverandør benytter, eller hvilke avtaler valgte leverandør har. I alle tilfeller er valgte leverandør avtalebundet til å opprettholde de samme påslagsfaktorene under kontraktsforløpet.
- (15) Valgte leverandør er en av Nordens største IT-aktører, hvilket tilsier at selskapet har gode forutsetninger for å gjøre innkjøp til gode priser. Selskapet har uansett den nødvendige finansielle styrken til å gjennomføre avtalen i henhold til konkurransegrunnlaget.

Ulovlig tildelingskriterium

- (16) Det bestrides at tildelingskriteriet bryter med likebehandlingsprinsippet i loven § 5. Tilbudene i varegruppe 1 skulle utelukkende evalueres på bakgrunn av pris. I henhold til kravspesifikasjonen punkt 2.5 skulle tilbyderne angi påslagsprosent, og denne skulle

anvendes i de tilbudte handlekurvprisene. Sistnevnte fulgte som en kontraktsforpliktelse. Oppdragsgiver kunne når som helst kontrollere prisene.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av IKT-utstyr og tilhørende tjenester som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 39,7 millioner årlig. Avtalen gjaldt to år, med opsjon på forlengelse i to år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Plikt til å foreta kontroll av unormalt lave priser

- (18) Klager har anført at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet ved ikke å ha undersøkt om prisene i valgte leverandørs tilbud var unormalt lave.
- (19) Det klare utgangspunktet er at oppdragsgiver skal kunne legge til grunn de opplysninger som fremgår av tilbudet, se blant annet klagenemndas sak 2006/119 premiss (61) og 2013/64 premiss (29). Det følger imidlertid av forskriften § 20-13 (2) bokstav c, at et tilbud "*kan*" avvises dersom tilbudet "*virker unormalt lavt i forhold til ytelsen*". Dersom oppdragsgiver velger å avvise et tilbud med hjemmel i denne bestemmelsen, må oppdragsgiver følge fremgangsmåten i § 20-14.
- (20) Forskriften § 20-13 (2) bokstav c angir tilfeller hvor det som et utgangspunkt er opp til oppdragsgiver å bestemme om et tilbud skal avvises eller ikke. Selv om bestemmelsen gir oppdragsgiver en rett, og ingen plikt til å avvise tilbud, vil oppdragsgiver etter omstendighetene ha plikt til å undersøke nærmere og eventuelt avvise et tilbud dersom det vil være i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 å ta tilbudet i betraktning, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/21. I nytt direktiv, 2014/24/EU artikkel 69 nr. 3 andre ledd, er det kodifisert en slik plikt der unormalt lave priser skyldes forhold som nevnt i artikkel 18, som gjelder brudd på "*obligatorisk EU-ret eller national lovgivning der er forenelig hermed på det sociale, arbeidsretlige eller miljømæssige område eller overtrædelser af internationale arbeidsretlige bestemmelser*", jf. også fortalens punkt 103.
- (21) Hvorvidt et tilbud virker unormalt lavt, må vurderes opp mot ytelsen som tilbys. Som utgangspunkt er lav pris en konkurransefordel, og dette gjør seg særlig gjeldende i foreliggende sak, ettersom kontrakt skulle tildeles på bakgrunn av laveste pris. For at et tilbud skal kunne avvises som unormalt lavt, må det foreligge omstendigheter som tyder på at tilbyderen eksempelvis vil få problemer med å oppfylle sine plikter etter kontrakten. Dette gjelder selv om tilbyderen har kalkulert med tap, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/47 premiss (31) og Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder på s. 166.
- (22) Forskjellen mellom valgte leverandørs pris og det nest billigste tilbudet utgjorde 15 %, hvilket ikke fremstår som en unormalt høy differanse. I klagenemndas sak 2008/21 var forskjellen på nærmere 75 % uten at nemnda fant at det forelå omstendigheter som tilsa at innklagede var forpliktet til å foreta nærmere undersøkelser. Klager har vist til at de tilbudte produktene er hyllevarer, og at prisene normalt varierer lite mellom disse produktene. Selv om konkurransen gjelder innkjøp av standardprodukter, der prisene ofte er mer bestemte enn for eksempel ved tjenestekjøp eller tilvirkningsprodukter, er det klart

at også priser på standardprodukter kan variere, for eksempel avhengig av hvor stor omsetning leverandøren har. Det er derfor ikke et viktig moment at konkurransen gjaldt kjøp av standardprodukter.

- (23) Klager har vist til at klagers leverandør, i en e-post opplyser at samme kundegruppe får like priser. Innklagede har fremholdt at det ikke foreligger kjennskap til om valgte leverandør faktisk har kjøpt varer direkte fra samme leverandør som klager. Det forhold at klager og valgte leverandør på enkeltprodukter har tilbudt varer fra samme produsent, og har gitt ulike priser på disse, er uansett ikke tilstrekkelig til å konstatere at valgte leverandørs pristilbud er unormalt lavt.
- (24) Det foreligger derfor ikke omstendigheter som tilsier at innklagede var forpliktet til å foreta nærmere undersøkelser av valgte leverandørs pristilbud. Klagers anførsel fører ikke frem.

Ulovlig tildelingskriterium

- (25) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved at tildelingskriteriet "*laveste pris*" ikke sikrer en effektiv kontroll av om tilbudsopplysningene knyttet til prisgrunnlaget er korrekte. Det vises til at tilbyderne ikke skulle dokumentere at innkjøpsprisene var reelle.
- (26) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5 at kontrakten skulle tildeles tilbyderen med "*laveste pris*". Tilbyderne skulle oppgi standard påslagsprosent for 11 produkter innenfor varegruppe 1, uten at denne påslagsprosenten direkte skulle evalueres i tildelingen. Pris skulle sammenlignes ved tilbyderens priser på fire ulike handlekurver, som bestod av ulike definerte samlinger med produkter, som tilsvarte oppdragsgivers tidligere kjøpemønster. Prisen skulle utgjøre innkjøpspris inklusiv påslagsprosent. Poenget med å etterspørre påslagsprosent separat, var altså at denne skulle legges til grunn for kjøp av andre produkter enn de som var tilbudt i handlekurvene, eller når nye produkter skulle kjøpes.
- (27) Det er noe uklart for nemnda på hvilken måte klager mener at innklagedes prisevalueringsmetode strider mot kravet til likebehandling. Slik klagenemnda forstår klager, anføres det at det var en risiko for at tilbyderne priset handlekurvene taktisk. Klager synes å mene at dette medførte at evalueringen ikke nødvendigvis identifiserte tilbudet med reelt sett lavest pris.
- (28) Forskriften inneholder ikke bestemmelser som begrenser oppdragsgivers mulighet til å fastsette hvordan leverandørene skal prise etterspurte varer og tjenester. Ved utformingen av konkurransegrunnlaget har oppdragsgiver som utgangspunkt et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Dette innebærer at klagenemnda bare kan prøve om konkurransegrunnlagets innhold er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (29) Ettersom prissammenligningen kun baserte seg på et utvalg av produktene innklagede ville kjøpe i avtaleperioden, kan dette ha åpnet for at tilbyderne kunne prise taktisk. Den klare hovedregel i norsk rett er imidlertid at taktisk prising er lovlig, jf. Rt. 2003 s. 1531 premiss (36). Som følge av at standard påslagsprosent skulle oppgis separat, før det i handlekurven skulle oppgis en samlet pris, er det naturlig å forstå konkurransegrunnlaget slik at tilbyderne skulle anvende samme påslagsprosent i handlekurvene, som den tilbudte standard påslagsprosenten.

- (30) Innklagede hadde videre forbeholdt seg retten til når som helst, etter kontraktsignering, å kontrollere leverandørens innkjøpspriser. Dersom leverandøren hadde kampanjetilbud, eller andre tilbud, skulle innklagede automatisk faktureres med laveste pris, jf. kravspesifikasjonen punkt 2.5. Dette for at senere prisutvikling også skulle komme innklagede til gode, jf. prisreguleringen i konkurransegrunnlaget punkt 7.2.
- (31) Klager har heller ikke vist til at måten prisen er etterspurt på, har fått et utslag som viser at innklagede faktisk ikke valgte tilbudet med lavest pris. Det kan ikke være tilstrekkelig at det foreligger *en mulighet* for at innklagede ikke har fått tilbudet med lavest pris.
- (32) Slik saken er opplyst, fremstår innklagedes prisregime verken som usaklig, uforsvarlig, eller på annen måte i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Det foreligger derfor ikke brudd på kravet til likebehandling i loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Sogn- og Fjordane fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn