



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

**Saken gjelder:** Taktisk prising. Avvisning av tilbud.

*Innklagende gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av leker og formingsmateriell. Klagers anførsler knyttet til valgte leverandørs utforming av prisskjemaet førte ikke frem.*

**Klagenemndas avgjørelse 9. august 2016 i sak 2016/71**

**Klager:** Trigonor AS

**Innklaget:** Oslo kommune

**Klagenemndas**

**medlemmer:** Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

**Bakgrunn:**

- (1) Oslo kommune (heretter innklagede) kunngjorde 6. januar 2016 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av leker og formingsmateriell. Rammeavtalen skal inngås med bare en leverandør. Avtalens varighet vil være to år, men opsjon for oppdragsgiver til å forlenge avtalen inntil 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringens punkt II.1.4) estimert til 34 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i punkt IV.3.4) satt til 22. februar 2016. Fristen ble senere forlenget til 29. februar 2016.
- (2) Rammeavtalen ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 6 tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på pris (60 prosent), kvalitet (30 prosent) og produktsortiment (10 prosent).
- (3) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et prisskjema med 173 produkter. Dette var de produkter som det erfaringsmessig ble kjøpt mest av (A-sortimentet). For hvert produkt ble det angitt et estimert antall enheter pr. år. Tilbyderne ble bedt om å oppgi innkjøpspris og påslagsprosent, som ville gi innklagede en tilbudspris pr. enhet.
- (4) Tilbudsprisen ville deretter bli multiplisert med det estimerte årsvolumet for det aktuelle produktet, og dette ville gi innklagede en "*SUM til evaluering*". Disse summene ville videre bli lagt sammen til en total "*SUM*" nederst i prisskjemaet. Ved tildelingsevalueringen ville innklagede ta utgangspunkt i denne totalsummen.
- (5) Prisskjemaet inneholdt også en formel som – på bakgrunn av de inngitte priser – beregnet hvilken vekt hver enkelt oppgitt påslagsprosent ble tillagt i beregningen av den påslagsprosenten som skulle gjelde for alle produkter som falt utenfor A-sortimentet. Vekten ble avgjort ut fra hvilken andel hver varelinjes "*Sum til evaluering*" utgjorde av total "*SUM*" i prisskjemaet.
- (6) I konkurransen kom det inn spørsmål om hvordan prisskjemaet skulle forstås. Spørsmålet, og innklagedes svar, ble sendt ut til alle tilbyderne ved brev datert 5. februar 2016:

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00  
Faks: 55 59 75 99

E-post: [post@kofa.no](mailto:post@kofa.no)  
Nettside: [www.kofa.no](http://www.kofa.no)

### **"Spørsmål 1:**

*Spørsmål til vedlegg 2, Prisskjema Kolonne O: Innkjøpspris pr. salgsenhet, ekskl. mva. Vi går ut fra at oppdragsgiver her mener leverandørens veiledende pris og ikke leverandørens innkjøpspris/kostpris? Det vi da ikke forstår er kolonne P, Påslag, som gjør at prisen i kolonne Q blir høyere enn kolonne O. Skal vi så skrive for eksempel -10%? (Minus 10 %)*

### **Svar på spørsmål 1:**

*I kolonne O skal tilbydere sette inn sin innkjøpspris på produktet.*

*Påslagsprosenten for produktet, som skal fylles inn i kolonne P, kan være negativ eller positiv. Summen i kolonne Q vil kunne bli både høyere eller lavere enn det som oppgis i kolonne O.*

*F.eks.: Kolonne O = 100,00 kr, kolonne P = + 10 %, kolonne Q oppgir prisen for produktet til å bli 110,00 kr.*

*F.eks.: Kolonne O = 100,00 kr, kolonne P = ÷ 10 %, kolonne Q oppgir prisen for produktet til å bli 90,00 kr."*

- (7) Innenfor tilbudsfristen kom det inn fire tilbud, herunder fra Trigonor AS (heretter klager) og Lekolar AS (heretter valgte leverandør).
- (8) Innklagede informerte i brev datert 19. april 2016 om at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Det fremgikk av tildelingsbrevet at valgte leverandør hadde en pris på A-sortimentet på kroner 130 316. Til sammenligning var klagers pris, som var den nest laveste prisen, kroner 3 089 220, altså hele 2 958 904 kroner høyere.
- (9) Som en følge av taktisk utfylling av prisskjemaet, oppnådde valgte leverandør en beregnet påslagsprosent for alle produkter utenfor A-sortimentet på 212, mot 44 prosent for klager.
- (10) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev datert 13. mai 2016.
- (11) Kontrakt med valgte leverandør er ikke inngått.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. august 2016.

### **Anførsler:**

#### **Klager har i det vesentlige anført:**

- (13) I valgte leverandørs prisskjema er det ikke sammenheng mellom påslaget for varene i A-sortimentet og det gjennomsnittspåslaget som skal brukes på det øvrige sortimentet. Prisskjemaet avviker således fra denne forutsetningen i kravspesifikasjonen, noe som medfører en forskyvning av den økonomiske risikoen i innklagedes disfavør. Avviket medfører også tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene i konkurransen. Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e eller f.
- (14) Prisskjemaet inneholder videre en svakhet ved at det åpner for å gi negative påslagsprosent på A-sortimentet, og likevel ende opp med et positivt påslag på det

øvrige sortimentet. Denne svakheten gjør at prisskjemaet ikke er egnet til å identifisere hvilket tilbud som reelt sett har den laveste prisen. Innklagede har derfor brutt regelverket ved å anvende et ulovlig priskriterium. Konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av denne feilen.

- (15) Innklagede har under enhver omstendighet brutt regelverket ved ikke å undersøke om valgte leverandørs tilbud var unormalt lavt, jf. forskriften §§ 20-13 (2) bokstav c og 20-14 (1).

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (16) Valgte leverandørs tilbud inneholder ingen avvik fra kravspesifikasjonen, og prisskjemaet er fylt ut slik konkurransegrunnlaget foreskriver. Det er heller ingen tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er sammenheng mellom påslaget for varene i A-sortimentet og det gjennomsnittspåslaget som skal brukes på det øvrige sortimentet. Det er derfor ikke riktig at tilbudet skulle ha vært avvist med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav e eller f.
- (17) Det er tilbydernes priser på A-sortimentet som er gjenstand for evaluering under priskriteriet. Innklagede kjøper statistisk sett mest av varene i A-sortimentet. Prisskjemaet er egnet til å identifisere tilbudet med lavest pris. Dette utgangspunktet endres ikke av at skjemaet åpner for taktisk prising. Selv med valgte leverandørs høye påslag ved kjøp av produkter utenfor A-sortimentet, vil valgte leverandørs tilbud samlet sett være rimeligst så lenge størstedelen av de samlede innkjøp blir foretatt innen A-sortimentet. Innklagede har for øvrig både et ansvar for og en interesse i å instruere brukerne av avtalen til i størst mulig grad å foreta kjøp innenfor A-sortimentet. Gjennom de inngitte priser har innklagede et spesielt sterkt insentiv om å styre mest mulig av omsetningen til A-sortiment, noe det også er hensikten å gjøre. Det bestrides derfor at priskriteriet er ulovlig.
- (18) Valgte leverandørs angitte innkjøpspriser fremsto ikke som unormalt lave i forhold til de øvrige innkjøpsprisene i konkurransen. Forklaringen på den lave totalprisen på A-sortimentet, var at valgte leverandør hadde gitt en påslagsprosent som varierte mellom -98 og +1073,97 prosent. Det var derfor ingen grunn til å gjøre nærmere undersøkelser vedrørende tilbudets prissammensetning, jf. prosedyren i forskriften § 20-14 (1).

**Klagenemndas vurdering:**

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder levering av leker og formingsmateriell, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4) estimert til 34 millioner kroner ekskl. mva. 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 del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (20) Innledningsvis finner klagenemnda grunn til å påpeke at saken utelukkende gjelder spørsmålet om innklagede har adgang til å inngå kontrakt med valgte leverandør uten å bryte regelverket for offentlige anskaffelser.

*Avvisning av valgte leverandørs tilbud*

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Tilbudet skulle ifølge klager ha vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e (avvik fra kravspesifikasjonen) eller f (relativ bedømmelsestil).
- (22) Det følger av disse bestemmelsene at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud dersom det inneholder "*vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i [...] konkurransegrunnlaget*" (bokstav e), eller dersom det på grunn av "*avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene*".
- (23) Klagers anførsel om avvising knytter seg til måten valgte leverandør har fylt ut prisskjemaet i konkurransegrunnlaget.
- (24) Prisskjemaet inneholdt 173 produkter (A-sortimentet) som tilbyderne skulle prise ved å angi innkjøpspris og påslagsprosent. Basert på prisene og påslagsprosentene som leverandørene fylte inn, regnet prisskjemaet ut en totalsum som utgjorde grunnlaget for sammenligningen av leverandørenes pris.
- (25) Som grunnlag for at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, har klager vist til at det ikke er sammenheng mellom påslaget for varene i A-sortimentet, og det gjennomsnittspåslaget som skulle brukes på det øvrige sortimentet.
- (26) Som nevnt inneholdt prisskjemaet en formel som – på bakgrunn av de inngitte priser – beregnet hvilken vekt hver enkelt oppgitt påslagsprosent ble tillagt i beregningen av den påslagsprosenten som skulle gjelde for alle produkter som falt utenfor A-sortimentet. Vekten ble avgjort ut fra hvilken andel hver varelinjes "*Sum til evaluering*" utgjorde av total "*SUM*" i prisskjemaet.
- (27) For et klart flertall av varelinjene oppgav valgte leverandør et påslag på enten minus 95 eller minus 98 prosent. For de resterende varelinjene oppgav valgte leverandør et påslag på mellom 472,7 og 1073,9 prosent. De mange varelinjene med negativ påslagsprosent fikk likevel lav vekt ved utregningen av den påslagsprosenten som skulle gjelde for alle produkter som falt utenfor A-sortimentet ettersom deres andel av totalsummen i prisskjemaet var beskjeden. Til gjengjeld fikk varelinjene med høy påslagsprosent stor vekt. På denne måten oppnådde valgte leverandør en beregnet påslagsprosent for alle produkter utenfor A-sortimentet på hele 212, mot 44 prosent for klager.
- (28) Dette er åpenbart et utslag av taktisk prising fra valgte leverandørs side. Prisskjemaet er imidlertid fylt ut slik konkurransegrunnlaget forutsetter, med angivelse av innkjøpspris og påslagsprosent på alle varer. På spørsmål fra en tilbyder om hvordan prisskjemaet skulle fylles ut, svarte innklagede også uttrykkelig at påslagsprosenten "*kan være negativ eller positiv*". Valgte leverandørs valg om å prise tilbudet på den nevnte måte, er således basert på informasjon som var tilgjengelig for alle tilbyderne.
- (29) Konkurransegrunnlaget inneholdt videre ingen bestemmelser om at prisene skulle gjenspeile faktiske kostnader eller lignende. Det klare utgangspunktet er da at tilbyder står fritt til å prise taktisk, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2015/31 premis (19) med videre henvisninger.
- (30) Ved evalueringen er valgte leverandørs tilbudspriser lagt sammen til en totalpris, slik konkurransegrunnlaget foreskrev. Valgte leverandørs totalpris, som var den laveste, er

gitt 10 poeng. De øvrige tilbudene er gitt en forholdsmessig lavere score. Den store variasjonen i påslagsprosenten på A-sortimentet, har således ikke medført tvil om hvordan valgte leverandørs tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

- (31) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at klagers anførsler om avvisning ikke kan føre frem.

#### *Ulovlig tildelingskriterium*

- (32) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket ved å anvende et ulovlig priskriterium.
- (33) Tildelingskriteriet er ulovlig, hevder klager, fordi det vedlagte prisskjemaet åpner for taktisk prising, jf. drøftelsen om avvisning av valgte leverandørs tilbud ovenfor. Dette innebærer ifølge klager at kriteriet ikke er egnet til å identifisere hvilket tilbud som reelt sett har lavest pris. Klager anfører på denne bakgrunn at priskriteriet er i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling i loven § 5.
- (34) Forskriften inneholder ingen bestemmelser som begrenser hvordan oppdragsgiver fastsetter at leverandørene skal prise de etterspurte varer og tjenester. Ved utformingen av konkurransegrunnlaget har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemnda kan bare prøve om konkurransegrunnlaget, herunder det prisskjemaet som oppdragsgiver har utformet, er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. blant annet klagenemndas sak 2013/140 i premiss (28). At priskriteriet gir mulighet for taktisk prising, er ikke tilstrekkelig for å underkjenne det, jf. samme avgjørelse i premiss (29) flg.
- (35) Av konkurransegrunnlaget gikk det klart frem at innklagede ville evaluere tilbydernes totalpriser på A-sortimentet. Totalprisen skulle regnes ut ved å legge sammen tilbydernes tilbudspris på hvert produkt, det vil si innkjøpspris pluss/minus påslag, multiplisert med estimert antall enheter pr. år. I konkurransegrunnlaget var det således klart for tilbyderne hvordan innklagede ville gå frem for å evaluere tilbydernes priser. Gjennom innklagedes svar publisert 5. februar 2016 ble det også gjort klart at påslagsprosenten kunne være enten positiv eller negativ.
- (36) Det høye påslaget i valgte leverandørs tilbud (212 prosent) for produkter utenfor A-sortimentet, betyr ikke nødvendigvis at innklagede ikke har valgt det tilbudet som alt i alt vil gi lavest pris. Varene i A-sortimentet er de produktene som innklagede erfaringsmessig kjøper mest av, og brukerne av rammeavtalen vil ifølge innklagede bli instruert til å kjøpe varer fra dette sortimentet.
- (37) Ifølge klager må minst om lag 64 prosent av innklagedes innkjøp være produkter innen A-sortimentet for at valgte leverandørs tilbud fremdeles skal være best. Innklagede selv synes å legge til grunn at riktig prosentandel er 65. Som partene har påpekt bygger imidlertid analysene som ligger bak disse prosenttallene på visse forutsetninger, og prosenttallene er beheftet med usikkerhet. Analysene synes heller ikke å ta høyde for innklagedes incentiver til å la være å kjøpe produktene innenfor A-sortimentet med svært høy påslagsprosent. Ettersom innklagede har opplyst at 30-70 prosent av de samlede innkjøp erfaringsmessig gjelder produkter utenfor A-sortimentet, er det likevel en reell mulighet for at det i ettertid vil vise seg at innklagede ikke har valgt tilbudet med lavest pris.

- (38) Dette er likevel ikke tilstrekkelig for å konstatere at innklagede har anvendt et ulovlig priskriterium, jf. den nevnte avgjørelsen i sak 2013/140, premiss (31). Selv om valgte leverandør må ha sett for seg at de lave prisene på størstedelen av A-sortimentet vil kompenseres av den høye avansen på det øvrige sortimentet, kan som nevnt innklagede innrette innkjøpene av leker og formingsmateriell på en måte som gjør at kommunen får det beste ut av valgte leverandørs tilbud, selv om dette nødvendigvis vil gå på bekostning av muligheten til å kjøpe inn produkter utenfor A-sortimentet. Hvorvidt det er innklagede eller valgte leverandør som kommer best ut til slutt, er det på nåværende tidspunkt ikke mulig å vite.
- (39) Klagenemnda tilføyer at spørsmålet om det valgte priskriteriet er lovlig, i første rekke må vurderes ut fra om det er egnet til å utpeke det beste tilbudet blant de tilbudene som faktisk er kommet inn. Nemnda går derfor ikke inn på spørsmålet om innklagedes modell lot seg manipulere i så stor grad at en leverandør i et tenkt tilfelle kunne vunnet kontrakten selv med et tilbud som alt i alt vanskelig kunne betegnes som det økonomisk mest fordelaktige.
- (40) Klagers anførsel om ulovlig tildelingskriterium fører etter dette ikke frem.

#### *Unormalt lavt tilbud*

- (41) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å undersøke om valgte leverandørs tilbud var unormalt lavt, jf. forskriften §§ 20-13 (2) bokstav c og 20-14 (1).
- (42) Det følger av forskriften § 20-13 (2) bokstav c at oppdragsgiver kan avvise et tilbud når "*tilbudet virker unormalt lavt i forhold til ytelsen*". Før han kan avvise tilbudet, skal oppdragsgiver i så fall skriftlig kreve de opplysninger om tilbudets sammensetning som anses relevante, jf. § 20-14 (1).
- (43) Klagenemnda har tidligere uttalt at oppdragsgiver etter omstendighetene kan ha plikt til å undersøke et tilbud nærmere og eventuelt avvise det, dersom det vil være i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 å ta tilbudet i betraktning, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2013/140 premiss (20) med videre henvisninger. At det er en stor prisforskjell mellom det laveste og det nest laveste tilbudet, utløser imidlertid ikke i seg selv en slik undersøkelsesplikt.
- (44) Innklagede har forklart at valgte leverandørs innkjøpspriser ikke var unormalt lave. Forklaringen på den lave evalueringsprisen var at påslagsprosenten på A-sortimentet som nevnt varierte mellom minus 98 og pluss 1073,9 prosent. For innklagede må det ha fremstått som klart at de lave tilbudsprisene for mange av varene i A-sortimentet var et utslag av taktisk prising fra en leverandør som satser på at de lave prisene på størstedelen A-sortimentet vil bli oppveid av en høy påslagsprosent på øvrig sortiment. Av denne grunn var det ikke grunnlag for å mene at valgte leverandørs tilbud alt i alt fremstod som unormalt lavt.
- (45) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å undersøke om tilbudet var unormalt lavt, kan etter dette ikke føre frem.

***Konklusjon:***

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

