



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Avvisning av tilbud. Feil i/uklart konkurransegrunnlag.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om forvaltning av konsesjonskraft. Klagerne anførte at konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til kravet om å «gjere rapport/sluttsetel tilgjengeleg på det tidspunkt det vert gjennomført finansielle transaksjoner», og at innklagede derfor hadde plikt til å avlyse konkurransen. Klagenemnda var enig med klager i at konkurransegrunnlaget var uklart på dette punktet, og at det ikke kunne utelukkes at denne feilen hadde hatt betydning for konkurransens utfall.

Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2019 i sak 2019/648

Klager: Ishavskraft AS, Fjordkraft AS, Energisalg Norge AS, Markedskraft AS og Entelios AS

Innklaget: Vestland fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Vestland fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. juli 2019 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om forvaltning av konsesjonskraft. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget estimert til 500.000 kroner ekskl. mva. per år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen satt til 21. august 2019, men ble senere endret til 4. september 2019.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at avtalen ville vare i to år, med opsjon for innklagede til å forlenge avtalen i ytterligere to år.
- (3) Om anskaffelsen het det at leverandøren skulle forvalte konsesjonskraften fysisk og finansielt for oppdragsgiver, samt formidle salget av den. Det fremgikk videre at leverandøren i samarbeid med oppdragsgiver skulle utarbeide forslag til strategi, og at målet med salget var å gi oppdragsgiver «*størst mogleg fortjeneste innafor definerte risikorammer*».
- (4) Kriterier for tildelingen var «*Pris*» (vektet 30 prosent), «*Kvalitet*» (vektet 40 prosent) og «*Oppdragsforståelse*» (vektet 30 prosent).
- (5) Kvalitetskriteriet var inndelt i underkriteriene «*Kvalitet på tilbydde ressursar*», «*Beslutningsstøttesystem som vert tilbydd*» og «*Strategi for sal*». Sistnevnte kriterium skulle dokumenteres ved en redegjørelse «*for alternative strategiar (med ulik risikoprofil) for sal av konsesjonskraft*».

- (6) Kriteriet «Oppdragsforståing» var inndelt i underkriteriene «Finansiell handel» og «Fysisk uttak». Under førstnevnte underkriterium skulle leverandørene redegjøre for hvordan «den vedtekne risiko-/prisstrategi vert sett i verk og korleis endringar [av] føresetnadar vert handtert i avtaleperioden. Sistnevnte kriterium skulle dokumenteres ved en redegjørelse av «rutinar og prosedyrar i samband med uttak av konsesjonskraft».
- (7) I kravspesifikasjonen, under punktet «Samordning og organisering av konsesjonskraftforvaltninga», het det blant annet at leverandøren «skal utarbeide forslag til alternative strategiar for forvaltning av krafta. LEVERANDØREN skal i samarbeid med VLFK fastlegge strategi for handtering av risiko i samband med den finansielle forvaltninga. VLFK skal godkjenne strategi før den vert sett i verk. Målet med val av strategi er å gje VLFK størst mogleg fortjeneste innafor definerte risikorammer».
- (8) Under punktet «Strategi», fremgikk det blant annet at leverandøren skal «løypande gjere VLFK merksam på utvikling i marknaden som krev handling (relatert til overordna målsetting) eller endring av strategien». I tillegg skulle leverandøren «gjere rapport/sluttsetel tilgjengeleg på det tidspunkt det vert gjennomført finansielle transaksjoner».
- (9) En av klagerne stilte følgende spørsmål til innklagede 24. juli 2019:
- «Skal oppdragsgiver være egen aktør på NordPool¹ og Nasdaq²?».*
- (10) Spørsmålet ble besvart den 30. juli 2019:
- «Pr i dag er Sogn og Fjordane fylkeskommune aktør på Nord Pool og Nasdaq. Hordaland fylkeskommune er ikke egen aktør på Nord Pool og Nasdaq.*
- Hva som blir løsningen for Vestland fylkeskommune fra 1.1.2020 vil være avhengig av hvordan konseptet til den tilbyderer som får tildelt kontrakten er».*
- (11) Innen fristen mottok innklagede seks tilbud. Ett av disse var fra Kinect Energy Spot AS. Av leverandørens tilbud fremgikk det at man hadde tilbudt å betale 3.875.000 kroner per år til innklagede om man ble tildelt kontrakten. De øvrige tilbudene var fra Ishavskraft AS, Entelios AS, Fjordkraft AS, Energisalg Norge AS og Markedskraft AS (heretter klagerne).
- (12) Av Kinect Energy Spot AS sitt tilbud, fremgikk blant annet følgende:
- «Alle handlene blir registrert på VLFK sin portefølje i dette systemet.*
- [...]*
- Kinect Energy vil sende handelsbekreftelser for alle finansielle handler. KE benytter Risk Management systemet Elviz fra Brady for håndtering av finansielle kontrakter (ETRM system). Alle handlene blir registrert på VLFK sin portefølje i dette systemet. VLFK vil i*

¹ Et aksjeselskap som eies av nordiske og baltiske stamnettoperator, deriblant Statnett SF. Fysisk krafthandel foregår her.

² Et amerikansk elektronisk aksjemarked. Finansiell krafthandel foregår her.

tillegg finne komplett oversikt over alle handler på WEB-rapporteringsplattformen KE Online».

- (13) Ved brev av 17. september 2019 ble leverandørene underrettet om at kontrakt hadde blitt tildelt Kinect Energy Spot AS (heretter *valgte leverandør*).
- (14) Klagerne anmodet innklagede ved e-post av 4. oktober 2019 om å klargjøre premissene for valgte leverandørs prissetting. Den 23. oktober 2019 ble anmodningen besvart i form av en vedlagt redegjørelse fra valgte leverandør. Følgende siteres fra denne:

«Vi ønsker å presisere to ting; handel på en leverandørs bok er bilateral handel, og det er først når Kinect fordeler posisjonene at det forekommer en handel mellom VLFK og Kinect. Det er denne handelen som blir rapportert og bekreftet i handelsbekreftelsen. Kinect rapporterer all[e] handlene via web (Kinect Online), oppdateres daglig, i tillegg vil alle handelsbekreftelsene inneholde referanse til handelsdag, pris og volum. Disse dataene er transparente og kan kontrolleres kontinuerlig av kunden.

[...]

Kinect bekrefter at vi vil:

- Gi VLFK størst mulig fortjeneste innenfor definerte risikorammer*
- Genere rapport/sluttseddel på det tidspunkt det blir gjennomført finansielle transaksjoner for VLFK».*

- (15) Klagerne brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. november 2019.
- (16) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse er utsatt i påvente av klagenemndas behandling av klagen. Saken er derfor prioritert.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. desember 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har avlysningsplikt på grunnlag av et uklart konkurransegrunnlag. Denne feilen har hatt betydning for utformingen av tilbudene, noe som også potensielt har påvirket konkurransens utfall. Kravet om tidspunktet for rapportering har av alle klagerne blitt forstått som et krav om transparens, i den betydning at det skulle sikre oppdragiver mot at leverandøren spekulerer i markedet på en måte som kan gi mergevinster på oppdragsgivers bekostning. En mergevinst for leverandøren kan oppnås dersom rapportering ikke skjer umiddelbart etter hver handel, men først når leverandøren fordeler posisjonene mellom klientene. Krav om transparens ved rapportering stilles regelmessig i forvalteravtaler.
- (19) Dersom konkurransegrunnlaget skal kunne anses klart, må det være med det innhold som klagerne har lagt til grunn. I så fall må valgte leverandørs tilbud avvises fra konkurransen fordi det utgjør et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene at rapportering skjer først ved handelsdagens slutt, jf. forskriften § 24-8 første ledd bokstav b.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det bestrides at konkurransegrunnlaget er uklart. Anskaffelsesdokumentene stiller ikke krav til hvilken forvaltningsmodell leverandørene skal benytte, og stiller bare overordnede krav til rapportering og utstedelse av sluttseddel.
- (21) Under enhver omstendighet har ikke en eventuell uklarhet hatt innvirkning på konkurransens utfall. Det foreligger dermed ikke saklig grunnlag for avlysning av konkurransen. I alle tilfelle har ikke innklagede en plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder forvaltning av konsesjonskraft, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til totalt to millioner kroner, inklusiv opsjonstiden. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Feil i/uklart konkurransegrunnlag

- (23) Klagerne anfører at kravet om å «gjere rapport/sluttsetel tilgjengeleg på det tidspunkt det vert gjennomført finansielle transaksjoner» er uklart. Klagerne fremholder at denne uklarheten kan ha fått betydning for konkurransens utfall.
- (24) Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte, jf. eksempelvis sak 2017/140. Dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget utformes slik at det for en alminnelig aktsom leverandør fremstår som klart hva det skal leveres tilbud på og hvordan dette skal gjøres, og at konkurransegrunnlaget inneholder tilstrekkelige opplysninger til at leverandørene har et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud.
- (25) Ifølge klagerne var det naturlig å forstå kravet om å «gjere rapport/sluttsetel tilgjengeleg på det tidspunkt det vert gjennomført finansielle transaksjoner», som et krav om umiddelbar rapportering etter hver handel på Nasdaq. Klagerne har fremhevet at kravet må forstås slik for å sikre transparens og likebehandling. Dersom forvalteren ikke skal rapportere de enkelte transaksjoner på Nasdaq, vil forvalteren kunne tilordne posisjonene til forskjellige klienter ved handelsdagens slutt. Dette gir mulighet for å fordele gunstige posisjoner til forvalteren selv eller prefererte klienter (såkalt «backtrading»).
- (26) Innklagede har på sin side fremholdt at ved samleporteføljer gjennomføres det ikke noen «transaksjon» mellom innklagede og forvalteren før det tidspunktet forvalteren fordeler oppgjøret på klientene i kundeporteføljen. Dette legger til rette for en rettferdig behandling av klientene i porteføljen, noe som sikrer likebehandling av klientene. Etter sluttoppgjøret kan den enkelte klients forholdsmessige volum knyttes opp mot spesifikke transaksjoner på Nasdaq, slik at det i etterkant enkelt kan «konstrueres transparens» med hensyn til sikret volum og pris i henhold til handelstidspunkt. Ifølge innklagede, er dette en vanlig praksis ved forvaltning av samleporteføljer. Innklagede har fremhevet at det heller ikke er riktig at valgte leverandør er den eneste av deltakerne i konkurransen som ikke har forpliktet seg til å levere rapport umiddelbart etter handelen på Nasdaq.

- (27) Tolkningsspørsmålet i saken er hva som utgjør «*finansielle transaksjoner*», som leverandøren i henhold til konkurransegrunnlaget må kunne dokumentere med rapport/sluttseddel på det tidspunkt de er «*gjennomført*».
- (28) I fortolkningen av konkurransegrunnlaget må det tas utgangspunkt i ordlyden, men det kan være nødvendig å se kravet i lys av konkurransedokumentene for øvrig og hva anskaffelsen faktisk gjelder.
- (29) Konkurransegrunnlaget inneholder ingen nærmere definisjon av hva som menes med «*finansielle transaksjoner*», og nemnda kan heller ikke se at det eksisterer noen omforent definisjon i norsk rett som kan kaste lys over tolkningen. I finansavtaleloven § 12 bokstav a) er «*betalingstransaksjon*» definert som «*en handling som iverksettes av en betaler eller betalingsmottaker for å innbetale, overføre eller ta ut midler, uten hensyn til eventuelle underliggende forpliktelser mellom betaleren og betalingsmottakeren*», mens hvitvaskingsloven § 2 bokstav d) definerer «*transaksjon*» som «*enhver overføring, formidling, ombytting eller plassering av formuesgoder*».
- (30) Etter klagenemndas syn er det nærliggende å forstå konkurransegrunnlaget slik som klagerne har forstått det: I tilfeller hvor innklagedes konsesjonskraft selges via Nasdaq, er det den enkelte handelen som utgjør en «*finansiell transaksjon*» i konkurransegrunnlagets forstand.
- (31) Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det ikke noe som tyder på at valgte leverandør handler for egen regning og risiko på Nasdaq. Nemnda har derfor vanskelig for å følge innklagedes og valgte leverandørs oppfatning av at en transaksjon i konkurransegrunnlagets forstand først gjennomføres når de ulike handlene fordeles på de ulike klientene i porteføljen ved handelsdagens slutt. Denne etterfølgende fordelingen fremstår som et internt forhold mellom innklagede og valgte leverandør, uavhengig av handlene som i løpet av dagen er gjennomført på Nasdaq. Det er ikke nærliggende å lese konkurransegrunnlaget slik at det er denne etterfølgende fordelingen som er transaksjonene det kreves dokumentasjon av.
- (32) Klagenemnda viser i denne sammenheng til at innklagede ikke har imøtegått klagerens påstand om at det er fullt mulig å rapportere enkelthandler på Nasdaq, uavhengig av hvilken type portefølje man forvalter. Den omstendighet at konkurransegrunnlaget legger opp til en fleksibel tilnærming hvor leverandørene også kunne tilby porteføljeforvaltning, er derfor ikke noe avgjørende argument for hva som utgjør en rapporteringspliktig finansiell transaksjon i konkurransegrunnlagets forstand.
- (33) Klagenemnda ser imidlertid at det også kan argumenteres for den forståelsen av konkurransegrunnlaget som innklagede selv gjør gjeldende, og som også valgte leverandør forutsetningsvis har lagt til grunn. Det synes uomtvistet at konkurransedokumentene, lest i sammenheng, åpner opp for tilbud om porteføljeforvaltning. Nemnda har ikke grunnlag for å mene noe om utbredelsen av valgte leverandørs modell med fordeling av dagens handler på klientene i porteføljen ved handelsdagens slutt, men ser at det etter omstendighetene kan være en hensiktsmessig løsning for å sikre likebehandling av klientene i porteføljen. Selv om nemnda ikke anser det som den mest nærliggende tolkningen av konkurransegrunnlaget, er det mulig å argumentere for at en transaksjon i en slik modell ikke er «*gjennomført*» før fordelingen ved handelsdagens slutt.

- (34) Klagenemnda finner at partenes uenighet knyttet til risikoen for «backtrading» i valgte leverandørs tilbud, underbygger nemndas oppfatning av at konkurransegrunnlagets regulering av rapporteringsplikten er uklar. Innklagedes henvisning til at denne risikoen vil bli eliminert gjennom tett oppfølging av kontrakten med valgte leverandør, har nemnda ikke grunnlag for å betvile. Dette hindrer likevel ikke at en løsning med etterfølgende fordeling av dagens handler i utgangspunktet gir mulighet for å fordele gunstige posisjoner til prefererte klienter, og at dette har bidratt til klagerens forståelse av konkurransegrunnlagets rapporteringsplikter.
- (35) Foranlediget av partenes prosesskrifter bemerker klagenemnda også at de EU/EØS-rettslige rapporteringskravene for konsesjonspliktige forvaltere, som partene forstår på forskjellig måte, ikke kan ha avgjørende betydning for tolkningen av konkurransegrunnlaget. Det er på det rene at valgte leverandør ikke er konsesjonspliktig i henhold til EU/EØS-regelverket. Selv om innklagede skulle ha rett i at de EU/EØS-rettslige rapporteringsforpliktelsene for konsesjonspliktige forvaltere ikke krever rapportering av enkelthandler ved porteføljeforvaltning, kan ikke nemnda se at dette er av betydning for tolkningen av konkurransegrunnlaget i vår sak.
- (36) På denne bakgrunn er klagenemnda av den oppfatning at konkurransegrunnlaget ikke er utformet på en slik måte at det var mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å forstå kravet til rapporteringsplikt på samme måte. Innklagedes egen forståelse avviker fra den forståelsen som etter nemndas syn er den mest nærliggende ut fra ordlyden og den indre sammenhengen i konkurransegrunnlaget.
- (37) Slik saken er opplyst, kan det ikke utelukkes at denne uklarheten har hatt betydning for utfallet av konkurransen. Feilen kan dermed ikke rettes på en annen måte enn ved å avlyse konkurransen, hvilket også gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Vestland fylkeskommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk