



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avlysning/totalforkastelse, Evaluerings- eller prismodell, Tildelingsevaluering, Ulovlig tildelingskriterium

*Innklagede gjennomførte en begrenset konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale for kjøp av elektrisk kraft og forvaltning av Avinors sikringsstrategi. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt lov om offentlige anskaffelser § 4 ved å foreta en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Klagers øvrige anførsler ble ikke tatt stilling til.*

### **Klagenemndas avgjørelse 25. juni 2020 i sak 2020/312**

**Klager:** Ishavskraft AS

**Innklaget:** Avinor AS

**Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Karin Fløistad og Halvard Haukeland Fredriksen

### **Bakgrunn:**

- (1) Avinor AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. oktober 2019 en begrenset konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale for kjøp av elektrisk kraft og forvaltning av Avinors sikringsstrategi (beslutningsregel som avgjør en daglig sikringsgrad). Anskaffelsens estimerte verdi var ikke angitt i anbudsdocumentene. Tilbudsfristen var 12. desember 2019. Rammeavtalene hadde i utgangspunktet en varighet på tre år, med mulighet for to forlengelser á ett år.
- (2) Av kunngjøringen fremgikk det at konkurransen var delt i to delkontrakter: delkontrakt 1 om rammeavtale for kjøp av elektrisk kraft, og delkontrakt 2 om rammeavtale for forvaltning av Avinors sikringsstrategi.
- (3) Av kunngjøringen punkt 11.1.16 «*Informasjon om delkontrakter*» fremgikk følgende:  
*«Denne anskaffelsen er delt opp i delkontrakter: ja  
Tilbud kan gis på alle delkontrakter»*
- (4) Av prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 1.1.3 fremgikk følgende:  
*«Avinor åpner for å inngå to delkontrakter i denne anskaffelsen, og det vil være anledning for leverandørene å søke kvalifikasjon om å delta i konkurransen for en eller begge delkontrakter.*

*Delkontrakt 1: Kjøp av kraft*

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

*Delkontrakt 2: Forvaltning av sikringsstrategien*

***Det må tydelig fremgå av søknaden hvilke(n) delkontrakt leverandøren søker kvalifikasjon for.»***

- (5) Av tilbudsinnbydelsen punkt 1.1.1 «*Beskrivelse av ytelsen*» fremgikk det at:

*«Leverandøren har i den forutgående søknaden om prekvalifisering angitt om søknaden gjelder én eller begge delkontrakter. Tilbud kan gis på den eller de kontrakt(en)e som leverandøren er prekvalifisert for.*

*Delkontrakt 1: Kjøp av kraft*

*Delkontrakt 2: Forvaltning av sikringsstrategien»*

- (6) Tildelingskriteriene for delkontraktene fremgikk av tilbudsinnbydelsen punkt 1.4.3. For begge delkontraktene var tildelingskriteriene «*Kvalitet*» (50 prosent) og «*Pris*» (50 prosent). Det var angitt ulike dokumentasjonskrav for hver av delkontraktene.

- (7) Innklagede mottok syv søknader om kvalifisering til konkurransen, alle for begge delkontraktene. Fem søkere ble kvalifisert for videre deltakelse, alle fem for begge delkontraktene, og invitert til å gi tilbud. Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Ishavskraft AS (heretter *klager*).

- (8) Innklagede gjennomførte deretter forhandlingsmøter med samtlige tilbydere. Fra referatet fra forhandlingsmøtet med klager fremgikk det følgende vedrørende evalueringen av tilbudene:

*«Avinor ser det hensiktsmessig å be om pristilbud samlet for delkontrakt 1 og delkontrakt 2, og vil oversende oppdatert vedlegg C prisskjema hvor leverandøren oppfordres til å innlevere samlet revidert pristilbud for begge delkontraktene. Avinor vil se konkurransen i helhet og evaluering skjer i henhold til konkurransegrunnlagets krav og kriterier.»*

- (9) Av tildelingsbrevet datert 17. mars 2020, fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å tildele kontrakten til Hafslund Strøm AS (heretter *valgte leverandør*).

- (10) I tildelingsbrevet var det inntatt en oppsummering av vurderingene og poengsettingen for hver av delkontraktene. For delkontrakt 1, fremgikk det at klager var rangert som nummer fire under kvalitetskriteriet. Under priskriteriet var klager rangert som nummer 1. Under delkontrakt 2 var klager rangert som nummer 2 på kvalitetskriteriet, og nummer 3 på priskriteriet.

- (11) Av tildelingsbrevet punkt 5 «*Oppsummering av poengsummer begge delkontrakter sett under ett*», fremgikk en tabell for vektet totalscore (pris og kvalitet) for hver delkontrakt. Det fremgikk av disse at klager var rangert som nummer 1 for delkontrakt 1, og var tildelt 83,87 poeng. Valgte leverandør var rangert som nummer 4 med 5,185 poeng. For delkontrakt 2 var valgt leverandør rangert som nummer 1, med 87 poeng. Klager var rangert som nummer 3 med 45,13 poeng.

- (12) Deretter var det inntatt et nytt punkt som het «*Delkontrakt 1 og 2 sett under ett*». Her stod det at «*[e]tter en samlet vurdering av delkontrakt 1 og delkontrakt 2 er Hafslund Strøm AS rangert som nr. 1 og tildeles derfor kontraktene*». Deretter fremgikk det en ny tabell,

hvor tilbydernes vektete totalscore for hver av delkontraktene ble lagt sammen og delt på to. Klager var dermed rangert som nummer 2 med 64,50 poeng. Valgte leverandør var rangert som nummer 1 og var tildelt 69,43 poeng.

- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 16. april 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet klagen. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. juni 2020.

**Anførsler:**

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

- (15) Innklagede har foretatt en samlet tildeling av delkontraktene, uten at innklagede har forbeholdt seg denne retten i kunngjøringen. Dette er i strid med forsyningsforskriften § 15-3 (4). Innklagede har heller ikke angitt egnede tildelingskriterier for en samlet helhetsvurdering av tilbud for begge delkontrakter. Den samlede tildelingen som innklagede har gjort er en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, i strid med forsyningsforskriften § 10-2.
- (16) Denne feilen medfører at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen. For det tilfelle at klagenemnda skulle komme til at feilene ikke gir avlysningsplikt, anføres det at en riktig samlet evaluering ville ha medført at klager fikk tildelt begge kontrakter. Under enhver omstendighet har klager krav på å bli tildelt delkontrakt 1.
- (17) På grunn av resultatet klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

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

- (18) Innklagede bestrider ikke at det er foretatt en samlet tildeling av begge delkontrakter til samme leverandør. Bakgrunnen for at det ble foretatt en slik tildeling er at det underveis i konkurransen ble klart at leverandørene synes det var uheldig at konkurransen var lagt opp slik at tilbyderne kunne risikere å bli tildelt delkontrakt 2 uten å samtidig få delkontrakt 1. Innklagede gjorde en intern vurdering av om denne endringen var lovlig, og kom til at endringen ikke var å anse som vesentlig. Innklagede kan ikke se at endringen hadde betydning for hvilke tilbydere som deltok i konkurransen. Endringen var også initiert av tilbyderne og samtlige tilbydere fikk samme mulighet til å levere reviderte tilbud.
- (19) Det er ikke slik at innklagede på forhånd ønsket å forbeholde seg retten til å tildele kontrakt til én leverandør, slik § 15-3 (4) legger opp til. Det er for øvrig heller ikke slik at innklagede nå har tildelt kontrakt til samme leverandør fordi denne leverandøren totalt sett oppfylte tildelingskriteriene bedre. I dette tilfellet har innklagede, etter påtrykk fra leverandørene, akseptert å endre konkurransen slik at samme leverandør ble tildelt begge delkontrakter – dette til tross for at vedkommende leverandøren ikke totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre enn dersom oppdragsgiver skulle tildelt delkontraktene til to ulike leverandører.

**Klagenemndas vurdering:**

- (20) 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 om kjøp av elektrisk kraft og forvaltning av Avinors sikringsstrategi. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) 12. august 2016 nr. 975 del I og II.

- (21) Klager har anført at innklagede har handlet i strid med regelverket ved å foreta en samlet evaluering og tildeling av delkontraktene, uten at det tatt forbehold om samlet tildeling i kunngjøringen av konkurransen.
- (22) Det følger av forskriften § 15-3 at når en anskaffelse er delt opp i delkontrakter, skal det i utgangspunktet foretas en tildeling for hver enkelt delkontrakt. Bestemmelsen i § 15-4 (3) gir oppdragsgiver likevel mulighet til å «[...] tildele en samlet kontrakt til en leverandør», selv om man har tillatt leverandørene å gi tilbud på flere delkontrakter. Videre følger det av bestemmelsen at «[d]ette gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, når det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre». Forutsetningen for at oppdragsgiver kan foreta en slik samlet tildeling, er imidlertid at oppdragsgiver forbeholder seg retten til dette i kunngjøringen av konkurransen.
- (23) I kunngjøringen av konkurransen i vår sak var det angitt at konkurransen var delt inn i to delkontrakter, og at tilbyderne kunne levere tilbud på begge kontraktene. Det var ikke inntatt et forbehold om samlet evaluering og tildeling av delkontraktene. Det var heller ikke i prekvalifiseringsgrunnlaget eller tilbudsinvitasjonen inntatt et slikt forbehold, eller angitt at evalueringen av delkontraktene skulle gjøres samlet.
- (24) Innklagede har innvendt at gjennomføringen av en samlet tildeling i stedet for tildeling av hver delkontrakt var en lovlig endring av konkurransen. Innklagede har i denne sammenheng påpekt at den samlede evalueringen og tildelingen ble gjennomført som følge av at samtlige tilbydere ønsket en slik tildeling.
- (25) Etter klagenemndas syn har innklagede foretatt en endring av konkurransen som gjør at den ikke lenger reguleres av forskriftens spesialregel i § 15-3 om oppdelte anskaffelser. Det synes å være enighet mellom innklagede og klager om at endringen medførte at innklagede *forpliktet* seg til å tildele begge delkontraktene til én og samme leverandør, slik at ingen leverandør skulle risikere å sitte igjen bare med delkontrakt nr. 2. Endringen medførte ikke at innklagede betinget seg en mulighet til å tildele en samlet kontrakt til én leverandør, som forutsatt i § 15-3 (4), men at hele anskaffelsen endret karakter fra en oppdelt anskaffelse til én enkelt anskaffelse.
- (26) Klagenemnda finner det videre klart at endringen ikke kan hjemles i forskriften § 10-2, som åpner for rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, men som forutsetter at disse foretas før tilbudsfristens utløp.
- (27) Innklagede anfører imidlertid at det for konkurranse med forhandling må være adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget også underveis i forhandlingene. For anskaffelser som følger klassisk forskrift fremgår dette av dennes § 23-7 tredje ledd, og innklagede anfører at tilsvarende må gjelde for anskaffelser som følger forsyningsforskriften, selv om det ikke fremgår uttrykkelig av den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsforskriften § 19-7.

- (28) Klagenemnda er enig i dette, ut fra den betraktning at hensynet til potensielle leverandører ivaretas i tilstrekkelig grad gjennom forbudet mot *vesentlige* endringer, jf. også de grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4.
- (29) I vurderingen av om en endring av konkurransegrunnlaget er vesentlig eller ikke, er det av betydning om endringen har påvirket enten deltakelsen i konkurransen, eller tildelingen av kontrakten.
- (30) På grunn av resultatet klagenemnda har kommet til, finner ikke nemnda grunn til å gå inn på spørsmålet om endringens betydning for deltakelsen i konkurransen.
- (31) Som redegjort for i premiss (25), forstår klagenemnda saken slik at innklagede endret konkurransegrunnlaget fra at det skulle evalueres og tildeles to delkontrakter, til at det bare skulle tildeles én samlet kontrakt. Den samlede tildelingen ble ifølge tildelingsbrevet foretatt ved å legge sammen tilbydernes vektete totalscore for begge delkontrakter, og deretter dele summen på to. Klagenemnda finner det i utgangspunktet klart at en samling av to delkontrakter til én kontrakt normalt vil kunne få betydning for tildelingen av minst en av de opprinnelige utlyste kontraktene. Det synes for øvrig klart at klager i denne saken ville ha vunnet delkontrakt nr. 1 dersom det opprinnelige konkurransegrunnlaget hadde blitt lagt til grunn for evalueringen.
- (32) Innklagede har imidlertid innvendt at klager og de øvrige tilbydere aksepterte endringen. Slik nemnda forstår det, er innklagedes syn at samtykket innebærer at endringen ikke kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og derfor ikke kan anses som en vesentlig endring.
- (33) For klagenemnda er det ikke nødvendig å ta stilling til om en i utgangspunktet vesentlig endring kan repareres på denne måten, eller om tilbydere som har samtykket er avskåret fra å angripe endringen i ettertid. I vår sak opplyste nemlig innklagede ikke om hvordan den samlede tildelingen ville foregå, utover en henvisning til «*konkurransegrunnlagets krav og kriterier*». Selv om det var kjent for tilbydere at innklagede ville foreta en samlet tildelingsevaluering, var det derfor ikke klargjort hvordan evalueringen ville foregå. Den innbyrdes vektingen av de to delene som opprinnelig utgjorde delkontrakt 1 og 2 var ikke selvforklarende, og det var uklart hvilken funksjon det samlede pristilbudet ville ha i tildelingsevalueringen. På denne bakgrunn finner klagenemnda at endringen av konkurransegrunnlaget kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen, og er derfor å regne som en vesentlig endring.
- (34) Feilen kan ikke rettes på andre måter enn ved å avlyse konkurransen. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (35) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert over, kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

### **Konklusjon:**

Avinor AS har brutt lov om offentlige anskaffelser § 4 ved å foreta en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*