



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Begrunnelse, de generelle kravene i § 4, Protokollføring

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av elektrisitet, rådgivning og oppfølging i avtaleperioden. Kontrakt skulle tildeles tilbyderen som tilbød laveste pris, i form av påslag i øre per kWh. Tre tilbydere tilbød samme påslag, slik at valget av leverandør ble avgjort ved terningkast. Klager begjærte midlertidig forføyning som ble tatt til følge av tingretten, men som etter anke fra innklagede ikke ble tatt til følge av lagmannsretten. Klagenemnda kom til at saken, som følge av den forutgående domstolsbehandlingen i to instanser, skulle avvises som uhensiktsmessig for behandling.*

### Klagenemndas avgjørelse 7. september 2021 i sak 2021/24

**Klager:** Fjordkraft AS

**Innklaget:** Universitetet i Tromsø

**Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Karin Fløistad, Kristian Jåtog Trygstad

### Bakgrunn:

- (1) Universitetet i Tromsø (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. oktober 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av elektrisitet, forvaltningstjenester, rådgivning og oppfølging i avtaleperioden. Rammeavtalen hadde en varighet på inntil fire (2+1+1) år. Anskaffelsens verdi var estimert til 52 millioner kroner per år, med en øvre grense på totalt 240 millioner kroner. Tilbudsfrist var opprinnelig 16 november 2020, men ble endret til 24. november 2020 ved endringskunngjøring 12. november 2020.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1.5 «*Evaluering av tilbud*» gikk det frem at kontrakt ville tildeles på følgende måte:

*«Tildeling av kontrakten skjer på bakgrunn av hvilken leverandør som oppfyller oppdragsgivers krav, og som i tillegg har den laveste totalprisen. Det evalueres altså kun på pris, under forutsetning av at de absolutte krav er oppfylt.*

*Poengene for priser og kostnader er satt ut fra en forholdsmessig prisforskjell omregnet i poeng i forhold til laveste pris, etter følgende formel: (laveste pris / tilbudspris) x maksopoeng (100 poeng).*

*Dersom oppdragsgiveren finner at tildelingsbeslutningen ikke er i samsvar med kriteriene for valg av leverandør kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått.»*

**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)

- (3) Tilbud skulle sendes gjennom utfylling av et skjema i konkurransegjennomføringsverktøyet. I tilbudsskjemaet punkt 2.12 «Leverandørens pris» var tilbyderne bedt om å fylle inn «sitt påslag i antall øre per kWh i NOK eks. mva». Påslaget skulle fylles inn i tilbudsskjemaet punkt 2.12 a., hvor det var mulig å gi et påslag ned til 0,0 øre.
- (4) Under samme punkt var leverandørene gitt anledning til å laste opp sitt eget prisskjema i punkt 2.12 b. I svar på spørsmål 17. november 2020 bekreftet innklagede at oppgitt påslag i tilbudsskjemaet måtte være i samsvar med opplysninger i et eventuelt eget prisskjema.
- (5) Fire tilbydere leverte tilbud innen tilbudsfristen; Ishavskraft AS (heretter *valgte leverandør*), Hafslund Strøm AS, Kinect Energy AS og Fjordkraft AS (heretter *klager*). Både valgte leverandør, klager og Hafslund Strøm AS tilbød en pris på 0,0 øre i påslag per kWh.
- (6) Innklagede utarbeidet et utkast til tildelingsbrev 1. desember 2020. Av utkastet gikk det frem at tre av fire tilbydere tilbød samme påslag, og at man i et slikt tilfelle kan velge vinner ved en nøytral og objektiv metode. Om trekning av vinner fremgikk følgende:

*«Oppdragsgivers valgte metode for trekning av vinner var terningkast. Trekningen ble gjort mellom Fjordkraft AS, Hafslund Strøm AS og Ishavskraft AS.*

*Trekningen skjedde den xx.xx.xxxx kl. xx.xx. Tilstede på trekningen var:*

*Navn, Navn, tittel – vitne*

*Navn, navn, tittel - vitne*

*Navn, navn, tittel – kastet trening*

*Tilbyderne fikk før terningkastet tildelt følgende øyne på terningen:*

*- Fjordkraft AS fikk øyne 1 og 4*

*- Hafslund Strøm AS fikk øyne 2 og 5*

*- Ishavskraft AS fikk øyne 3 og 6*

*Før terningkastet ble det besluttet at antall øyne som terningen viser ved ett enkelt kast avgjør vinneren av konkurransen. Det ble også besluttet at xxxx skulle kaste terningen med underarmskast minst to meter opp i luften, før terningen skulle få lande uhindret på gulvet. xxx, xxxx og xxxx undersøkte terningen før den ble kastet.*

*Terningkastet ble gjort som besluttet, ved ett enkelt kast, hvor den landet uhindret på gulvet. Terningen viste x øyne.»*

- (7) Innklagede sendte forespørsel til klager 7. desember 2020 om samtykke til fritak fra taushetsplikt om tilbudsprisen i klagers tilbud. Klager ga sitt samtykke neste dag. Samme forespørsel ble sendt til valgte leverandør og Hafslund Strøm AS 8. desember 2020. Begge nektet å samtykke til fritak 9. desember, fordi man anså tilbudsprisen som en forretningshemmelighet.

- (8) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør 11. desember 2020. Av tildelingsbrevet gikk det frem at valgte leverandør oppfylte alle krav og fikk ti av ti mulige poeng på pris. I brevet ble det opplyst at karenperioden var satt til ti dager, og at eventuelle innsigelser til meddelelsen måtte gjøres skriftlig innen 22. desember 2020 kl. 16.00.
- (9) Klager sendte følgende forespørsel om en nærmere redegjørelse for tildelingsbeslutningen 11. desember 2020:

*«Hei,*

*Viser til dagens meddelelse om valgt leverandør.*

*Det eneste tildelingskriteriet i konkurransen var pris. Det var ikke mulig å gi lavere påslag enn 0 via portalen til tendsign og regner derfor med at Ishavskraft AS har gitt 0 i påslag og fått 10 av 10 mulige poeng for pris.*

*Fjordkraft ga også 0 i påslag og skal derfor også ha 10 av 10 mulige poeng for pris.*

*Med bakgrunn i ovennevnte fremstår evalueringen som ufullstendig og vi ber derfor om en grundig redegjørelse for hvordan dere har kommet frem til Ishavskraft AS som vinner av konkurransen.*

*Imøteser deres svar senest i løpet av 14.12.2020.»*

- (10) Det fremgikk av innklagedes svar 14. desember 2020 at man tolket klagers forespørsel som en begjæring om innsyn i tildelingen, og at begjæringen ble avslått fordi en ytterligere redegjørelse for tildelingen ville avsløre taushetsbelagte opplysninger om valgte leverandør, jf. forvaltningsloven (1967) § 13 første ledd nr. 2 om forretningshemmeligheter.
- (11) Klager påklaget tildelingen 16. desember 2020. Klager anmodet samtidig om at innklagede innen 17. desember bekreftet at karenperioden ble forlenget til minst to virkedager etter at svaret på klagen ble tilsendt klager, alternativt at kontrakt tidligst ville signeres tre virkedager etter klagen ble besvart.
- (12) Innklagede svarte i e-post 17. desember 2020 at man foreløpig ikke kunne bekrefte utsatt karenperiode eller kontraktsignering. Samme dag varslet klager at man ville begjære midlertidig forføyning, dersom bekreftelse ikke forelå innen 18. desember kl. 10.00.
- (13) Bekreftelse på utsatt karenperiode eller kontraktsignering ble ikke gitt innen kl. 10.00 den 18. desember. Klager begjærte midlertidig forføyning for Nord-Troms tingrett 18. desember 2020 og nedla påstand om at innklagede forbys å inngå kontrakt med valgte leverandør inntil Klagenemnda for offentlige anskaffelser sin avgjørelse på klage foreligger.
- (14) Etter ny henvendelse fra innklagede samtykket valgte leverandør til fritak fra taushetsplikt om sin tilbudspris 18. desember 2020.
- (15) Klager begjærte midlertidig forføyning for Nord-Troms tingrett 18. desember 2020 og nedla påstand om at innklagede forbys å inngå kontrakt med valgte leverandør inntil Klagenemnda for offentlige anskaffelser sin avgjørelse på klage foreligger.

- (16) Innklagede opprettholdt tildelingen 22. desember 2020. Av klagesvaret gikk det frem at både klager og valgte leverandør oppfylte kravene i konkurransen og fikk ti av ti mulige poeng på pris, og at valget av leverandør derfor ble foretatt ved terningkast på følgende måte:

*«Terningkastet fant sted den 10.12.20 kl. 15:35 inne på adressen Hansine Hansen veg 35 - Driftssentralen UiT.*

*Til stede ved terningkastet var:*

- Kevin Olaisen – kastet terning*
- Erland Loso - vitne*
- Ann Kirsti Pettersen - vitne*

*Før terningkastet fikk både tilbyderne tildelt like mange og angitte sider av terningen, hvor tildelingen av øyne på terningen ble skrevet ned.*

*Før terningkastet ble det videre besluttet at antall øyne som terningen viser ved ett enkelt kast avgjør vinneren av konkurransen. Det ble også besluttet at Kevin Olaisen skulle kaste terningen med underarmskast minst to meter opp i luften, før terningen skulle få lande uhindret på gulvet.*

*I hverandres nærvær fikk Olaisen, Loso og Pettersen ta terningen i hånden og undersøke den. Alle tre fant at terningen ikke var manipulert.*

*Olaisen kastet så terningen opp minst to meter i luften med underarmskast, før terningen landet uhindret på gulvet. Terningen viste da 3 øyne. I tråd med tildelingen av antall øyne på terningen, tilhørte 3 øyne Ishavskraft AS.*

*Ishavskraft AS ble dermed trukket som vinner av konkurransen ved terningkast.»*

- (17) Den samme fremgangsmåten fremgikk også av et dokument kalt "*Intern og taushetsbelagt protokoll*", som er fremlagt i form av en skjermdump. Av denne protokollen gikk det i tillegg frem at også Hafslund Strøm AS fikk like mange poeng som klager og valgte leverandør, og derfor også var del av utvalget ved terningkastet. Skjermdumpen viser at dokumentet ble opprettet torsdag 10. desember 2020.
- (18) Klager brakte saken inn for klagenemnda 4. januar 2021.
- (19) Innklagede utformet en anskaffelsesprotokoll 13. januar 2021 som beskrev den ovennevnte fremgangsmåten for valg av leverandør. Denne ble fremlagt for tingretten.
- (20) Innklagede opplyste 18. januar 2021 at kontraktsinngåelsen var suspendert i påvente av rettens kjennelse. Klagenemnda besluttet 1. februar 2021 at klagebehandlingen ville utsettes inntil rettens kjennelse forelå.
- (21) Nord-Troms tingrett avsa sin kjennelse 10. februar 2021 om at begjæring om midlertidig forføyning førte frem.

- (22) Innklagede opplyste 25. februar at man hadde besluttet å anke tingrettens kjennelse til lagmannsretten. Klagenemnda besluttet samme dag at saken ville utsettes frem til rettskraftig kjennelse forelå.
- (23) Kunnskapsdepartementet samtykket 2. mars 2021 til at opplysningen om Hafslund Strøm AS sin tilbudspris skulle fritas fra taushetsplikt etter reglene i tvisteloven (2005) § 22-3 (2).
- (24) Hålogaland lagmannsrett avsa sin kjennelse 20. mai 2021 om at begjæring om midlertidig forføyning ikke tas til følge.
- (25) Kontrakt ble inngått og trådte i kraft fra 1. juli 2021.
- (26) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. august 2021.

### **Anførsler:**

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

- (27) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i loven § 4 ved å gjennomføre terningkastet uten at tilbyderne fikk delta fysisk eller digitalt. Slik saken ligger an har ikke innklagede bevist at terningkastet ble gjennomført på den måten innklagede har beskrevet, hvilket tilsier at kravet til etterprøvbarehet ikke er oppfylt. Dokumentasjonen som viser at fremgangsmåten var nedtegnet i forkant av terningkastet er ikke egnet til å bevise den faktiske fremgangsmåten. At ansatte hos innklagede var til stede ved terningkastet sikrer ikke etterprøvbarehet, da disse ikke kan betegnes som objektive og uavhengige vitner.
- (28) Innklagede har brutt forskriften § 25-1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Av tildelingsbrevet gikk det kun frem at valgte leverandør oppnådde 10 poeng på pris. Det ble ikke opplyst om at valgte leverandør ble tildelt kontrakt gjennom terningkast, som følge av poenglikhet. Det bestrides at taushetsplikten var til hinder for å gi en tilstrekkelig begrunnelse.
- (29) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme to ulike versjoner av anskaffelsesprotokollen. Kravene til protokollføring og etterprøvbarehet er ikke ivarettatt, fordi innklagede har utgitt mangelfull og feilaktig informasjon etter tildeling, blant annet en alternativ anskaffelsesprotokoll hvor det ikke var opplyst om at tre tilbydere hadde fått lik uttelling på priskriteriet.
- (30) Bruddene må etter sin art anses å ha påvirket resultatet av konkurransen, da de innebærer at det ikke er sannsynliggjort at terningkastet har skjedd slik som beskrevet. Klagenemnda bes om ikke å uten videre legge lagmannsretten sin vurdering til grunn, da lagmannsretten bygget på at klager ikke direkte hadde bestridt at terningkastet ble utført som beskrevet.

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

- (31) Det bestrides at regelverket er brutt. Prinsippene i loven § 4 innebærer ikke at det må stilles krav om at tilbyderne skulle få være til stede ved terningkastet. Tingretten begrunnet at det må oppstilles et slik krav, med at terningkast beror på en tilfeldighet, og at den eneste muligheten for kontroll av opplysningene som ensidig produseres av oppdragsgiveren, er tilstedeværelse. At leverandørene må stole på opplysninger som ensidig produseres av oppdragsgivere er imidlertid ikke unikt for tildeling ved terningkast. Tingretten la til grunn et for strengt krav til etterprøvbarehet. De skriftlige

nedtegningene av tildelingen må anses for å gi tilbyderne tilstrekkelig mulighet til å overprøve beslutningen.

- (32) Dersom man skal oppstille et utgangspunkt om at det kreves at tilbydere får være til stede ved terningkast, så kunne innklagede i dette tilfelle likevel ikke imøtegå et slik krav fordi man da ville ha brutt taushetsplikten. De tre tilbyderne ville da ha fått kjennskap til hverandres prispåslag.
- (33) Begrunnelsesplikten begrenses av taushetsplikten for opplysninger av konkurransemessig betydning. I dette tilfellet kunne ikke tildelingen begrunnes nærmere, uten å samtidig avsløre enhetsprisene i form av påslag per kWh i valgte leverandør og Hafslund Strøm AS sine tilbud. Disse nektet å samtykke til fritak fra taushetsplikt om sine påslag.
- (34) Kravene til protokollføring er ikke brutt ved at innklagede utformet to ulike protokoller. En slik løsning var nødvendig ettersom man ikke med det første hadde anledning til å begrunne tildelingen nærmere.
- (35) Subsidiært, bruddene kan ikke anses for å ha påvirket utfallet av konkurransen. Lagmannsretten sin kjennelse må legges til grunn, da denne bygger på en korrekt forutsetning om at manglende tilstedeværelse, begrunnelse eller etterprøvbarhet ikke kan ha påvirket utfallet ved terningkastet.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (36) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av elektrisitet, forvaltningstjenester, rådgivning og oppfølging i avtaleperioden, og er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 240 millioner kroner. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (37) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet ved å gjennomføre terningkastet uten at tilbyderne fikk anledning til å delta enten fysisk eller digitalt. Klager anfører videre at et slikt brudd mot kravet til etterprøvbarhet etter sin art må anses for å ha påvirket utfallet av konkurransen, fordi man da ikke er i stand til å etterprøve at tildelingen faktisk har foregått som beskrevet. Klager har i tillegg anført at det foreligger selvstendige brudd på henholdsvis begrunnelses- og protokollføringsplikten.
- (38) De samme anførselene har vært fremmet for tingretten i forbindelse med klager sin begjæring om midlertidig forføyning, og for lagmannsretten i forbindelse med innklagedes anke.
- (39) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 (3) at dersom spørsmålet som er gjenstand for klage er avgjort ved «dom» i første instans, kan ikke klagen tas til behandling. Bestemmelsen må ses i sammenheng med at klagenemnda er opprettet for å være et lavterskel alternativ til en kostbar og tidkrevende domstolsbehandling.
- (40) Den omstendighet at spørsmålene som er gjenstand for klage har vært behandlet som ledd i en midlertidig forføyning, er imidlertid ikke i seg selv til hinder for at klagenemnda kan behandle saken. En slik forutgående domstolsbehandling kan likevel medføre at saken er uhenksom for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

- (41) Klagenemnda tar derfor først stilling til om den forutgående domstolsbehandlingen i tingretten og lagmannsretten medfører at saken skal avvises.
- (42) Klager har vist til at verken tingretten eller lagmannsretten tok stilling til begrunnelsesplikten og protokollføringsplikten som selvstendige brudd. Lagmannsretten har heller ikke vurdert om det var et brudd på regelverket at tilbyderne ikke fikk være til stede ved terningkastet, fordi retten konkluderte med at et eventuelt brudd på kravet til etterprøvbarhet ikke var en absolutt opphevelsesgrunn, og heller ikke kunne ha påvirket utfallet av konkurransen. Klager har utover dette ikke kommet med nye anførsler eller påstandsgrunnlag sammenlignet med det som ble fremmet for domstolene og som har vært gjenstand for behandling i to instanser.
- (43) Klagenemnda har i flere saker tatt en klage til behandling selv om det har vært en forutgående prosess i domstolene med midlertidig forføyning. Avgjørelsene har vært konkret begrunnet, og det har ikke vært oppstilt eller utviklet seg generelle retningslinjer for vurderingen av om klagen skal avvises.
- (44) I den foreliggende saken har klagenemnda kommet til at saken er uhensiktsmessig for behandling i nemnda. Når det gjelder de to spørsmålene som domstolene ikke tok stilling til – begrunnelsesplikten og protokollføringsplikten – viser nemnda til at klagers syn fremstår som støtteargumenter til hovedanførselen om ulovlig gjennomføring av terningkastet. Eventuelle feil her har direkte sammenheng med innklagedes syn på taushetsplikten, og det synes klart at den føring som den antatte taushetsplikten ga på utformingen av begrunnelse og protokoll, ikke kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Dette er for øvrig heller ikke hevdet av klager. Behovet for å få en uttalelse om disse spørsmålene er derfor etter nemndas oppfatning tilsvarende begrenset.
- (45) Hovedspørsmålet i saken er behandlet i begge rettsinstansene, riktignok med ulik innfallsvinkel og utfall. Leverandørens behov for tvisteløsning er således ivaretatt gjennom domstolens behandling. En uttalelse fra nemnda om det er begått feil, om feilen i så fall er en absolutt opphevelsesgrunn eller alternativt om den kan ha påvirket utfallet, vil i vår sak bare i begrenset grad bidra til rettslig avklaring og løsning av saken. Klagenemnda har ved vurderingen også lagt vekt på at det rettslige utfallet i saken om midlertidig forføyning fremstår som forsvarlig.
- (46) Klager sine anførsler avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling.

**Konklusjon:**

Klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

*Dokumentet er godkjent elektronisk*