



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avklaring eller retting av tilbud. Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Endring av konkurransegrunnlag. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om forvaltning av konsesjonskraft. Klager gjorde gjeldende en rekke innsigelser mot innklagedes gjennomføring av konkurransen, deriblant at det var lagt opp til en konkurranse hvor tilbudene ikke var sammenlignbare, at det var gjort vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget og at innklagede hadde rettet vesentlige avvik i valgte leverandørs tilbud i strid med regelverket. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2021 i sak 2021/624

Klager: Volue Market Services AS (tidligere Markedskraft AS)

Innklaget: Vestland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Vestland fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. september 2020 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om forvaltning av konsesjonskraft. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget estimert til 400 000 kroner per år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen angitt til 15. oktober 2020.
- (2) Rammeavtalen hadde en varighet på to år, og ga innklagede opsjon på forlengelse i ett pluss ett år. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at man planla å ha dialog med leverandørene gjennom forhandlinger.
- (3) Om anskaffelsen het det at leverandøren skulle bistå med forvaltningen av konsesjonskraften (både fysisk og finansielt) til oppdragsgiver, deriblant formidle salget av den.
- (4) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at volumet for 2020 ville være om lag 775 gigawattime per år (GWh/år). Videre var det presisert at volumet blir justert hvert år basert på utviklingen i kraftforbruket innen allmenn forsyning i de kommunene der kraftanlegg og nedbørsfelt er lokalisert. Det var tatt forbehold om endringer i volum.
- (5) Et av kvalifikasjonskravene i konkurransen var «*økonomisk kapasitet/tilstrekkeleg finansiell styrke til å kunne oppfylle avtalen/gjennomføre oppdraget/avtalen*». Et annet kvalifikasjonskrav var «*eit velfungerande kvalitetssikringssystem*».

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (6) Det ble konkurrert om å levere det tilbudet som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 30 prosent), «Kvalitet» (vektet 40 prosent) og «Oppdragsforståing» (vektet 30 prosent). Sistnevnte kriterium var inndelt i tre delvurderinger: «Finansiell handel», «Fysisk uttak» og «Strategi for salg».
- (7) Under «Finansiell handel» skulle leverandørene gjøre rede for hvordan vedtatte risiko- og prisstrategier blir satt i verk og hvordan eventuelle endrede forutsetninger vil bli håndtert. «Strategi for salg» ville bli bedømt på bakgrunn av leverandørens redegjørelse for alternative strategier med ulike risikoprofiler for salg av konsesjonskraften.
- (8) Kvalitetskriteriet ville bli bedømt på bakgrunn av «Kvalitet på tilbydde ressursar» og «Beslutningsstøttesystem som vert tilbydd». Sistnevnte skulle dokumenteres oppfylt gjennom en redegjørelse om «eventuelle datasystem/WEB-dialog /databasar/informasjonsmateriell som vert nytta for løysing av oppgåva».
- (9) Pristilbudet skulle inngis på grunnlag av et prisskjema, og det fremgikk at «*[p]risane skal inkludere alle leverandøren sine kostnader knytt til leveransen, slik som administrasjons- og faktureringskostnader, levering, fjerning av emballasje, skattar og andre avgifter osv.*»
- (10) I prisskjemaet var det fem poster man skulle inngi pris på i norske øre per kilowattime (kWh). Disse var «Fysisk melding av uttak av konsesjonskraft», «Porteføljeforvaltning av konsesjonskraft», «Forretningsførsel av konsesjonskraft», «Kostnad pr finansiell transaksjon» (punkt 4) og «Andre kostnader (t.d. abonnement og WEB-dialog)». Det var under punkt 4 påpekt at denne prisposten gjaldt salg ut over det aktuelle fysiske volumet, opprinnelig anslått til 775 GWh, og at man ved evalueringen ville legge inn et fysisk volum på 350 gigawattime (GWh) for å beregne kostnaden.
- (11) En detaljert beskrivelse av tildelingskriteriene var gitt i kravspesifikasjonen. Her fremgikk det at leverandøren blant annet skulle melde fysiske uttak og foreta fysiske salg på Nord Pool Spot¹ av konsesjonskraften og besørge finansiell prissikring på NASDAQ OMX² eller tilsvarende markedsplasser.
- (12) Det fremgikk også at leverandøren skulle utarbeide forslag til alternative strategier for forvaltningen av konsesjonskraften, samt «*ta stilling til kva for oppsett som ligg til grunn for forvaltninga – om [innklagede] skal vere eigen aktør på børsen eller ha eigen portefølje under leverandøren sin konto*». Det var understreket at oppdragsgiver skulle godkjenne strategi før den ble anvendt, og at leverandøren i samarbeid med innklagede skulle fastlegge strategi for håndtering av risiko i sammenheng med den finansielle forvaltningen.
- (13) Endelig het det at målet med valget av strategi var å gi oppdragsgiver «*størst mogleg fortieneste innafor definerte risikorammer*». Tilsvarende skulle leverandøren ved salg av konsesjonskraften søke å oppnå «*høgast mogleg pris innafor definerte risikorammer*».

¹ Fysisk krafthandel foregår her.

² Også kjent som NASDAQ Nordic, som er den nordiske børsvirksomheten som Nasdaq, Inc. driver i Norden og Baltikum. Finansiell krafthandel foregår her.

- (14) Innen tilbudsfristens utløp kom det inn fem tilbud, deriblant fra Fjordkraft AS og Volue Market Services AS (heretter *klager*).
- (15) Det er opplyst at innklagede gjennomførte forhandlinger med samtlige leverandører henholdsvis 5. og 6. januar 2021.
- (16) Innklagede foretok presiseringer av konkurransegrunnlaget 13. januar 2021. I tillegg ble det publisert et oppdatert prisskjema samme dag. Innklagede har forklart at bakgrunnen for dette var at forhandlingene hadde avdekket at leverandørene tolket konkurransedokumentene ulikt på flere punkter, noe som gjorde det nødvendig å sikre at tilbudene var sammenlignbare. Innledningsvis i endringsmeldingen het det blant annet følgende: «*Konkurransegrunnlaget åpner for [at] tilbyderne kan levere tilbud på både clearingkundeløsning og løsning der tilbyder er juridisk motpart til [innklagede] (på både Nord Pool og Nasdaq eller én av dem). De tilbydere som ønsker å levere slike tilbud, skal fylle ut prisene for de ulike løsningene i det samme skjemaet.*»
- (17) Videre var det gjort følgende presisering:

«Clearing-kunde eller løsning der forvalter er juridisk motpart

Konkurransen åpner for at tilbyder kan levere tilbud på ulike tjenester når det gjelder fysisk og finansiell handel med kraft. [Innklagede] kan ha egen clearingkundekonto på både Nord Pool og Nasdaq (eventuelt en GCM-løsning gjennom bank), egen konto på bare én av børsene eller ha en løsning der forvalter er [innklagedes] juridiske motpart.

Prisen på tjenesten kan være avhengig av hvilken løsning tilbyder velger. Dersom tilbyder vil tilby alternative løsninger, f.eks. både at [innklagede] er egen kunde på Nord Pool og kan handle på tilbyders konto, så må prisen på de ulike løsningene angis særskilt i prisskjemaet. Se punktet om vedlegg C for nærmere beskrivelse av hvordan prisskjemaet skal fylles ut.»

- (18) Videre var det blant annet understreket at «*den konkrete sikringshandelen skal kunne gjenfinnes i markedet i Nasdaq sine lister over handler. Det gjelder pris, tidspunkt og volum. På den måten kan [innklagede] føre kontroll med at alle sikringshandler skjer i markedet og at handlende ikke nettes internt for å spare handelsgebyr.*»
- (19) I punktet om vedlegg C (prisskjemaet), var det fremhevet følgende forutsetninger:

*«Prisskjemaet skal gi [innklagede] **uttømmende** oversikt over alle kostnader som fylkeskommunen vil bli belastet årlig, gjennom kontraktperioden. Dette inkluderer alle interne og eksterne kostnader som forvalter pådrar seg ved oppdraget, og som forvalter belaster [innklagede].*

[...]

Kostnadsmodellen kan bli forskjellig om man inngir tilbud på at [innklagede] skal være egen aktør på børsen (clearing-kunde) eller ha egen portefølje under forvalters kontoer på børsene (ikke clearing-kunde). For å presisere og tydeliggjøre dette har vi opprettet fire prisalternativer – alternativ A–D. Tilbyder kan inngi tilbud for kun ett av alternativene, og opp til samtlige fire alternativ. For hvert alternativ må alle priser fylles ut.»

(20) I det oppdaterte prisskjemaet var kategoriene «*Forretningsførsel av konsesjonskraft*» og «*Andre kostnader*» utdypet i tre respektive prisposter. Det var presisert at kategorien «*Kostnad pr finansiell transaksjon*» utgikk som et eget punkt. Prisalternativene A til D var forklart slik:

- **Alternativ A:** Oppdragsgiver er egen clearingkunde for både fysisk handel og finansiell handel.
- **Alternativ B:** Oppdragsgiver er ikke egen clearingkunde for fysisk eller finansiell handel.
- **Alternativ C:** Oppdragsgiver er egen clearingkunde for fysisk handel, men ikke egen clearingkunde for finansiell handel.
- **Alternativ D:** Oppdragsgiver er egen clearingkunde for finansiell handel, men ikke egen clearingkunde for fysisk handel.

(21) Videre fremgikk det at det var lagt til grunn et volum på 750 GWh for tjenestene, som dannet grunnlaget for leverandørenes priser. For prisposten «*Porteføljeforvaltning av konsesjonskraft*» var det imidlertid lagt til grunn et volum på 1100 GWh (750 GWh+350 GWh).

(22) Tilbudsfristen for å inngi nytt endelig tilbud ble satt til 20. januar 2021. Alle leverandørene innga nye tilbud innen fristen.

(23) Innklagede kontaktet Fjordkraft AS 26. januar 2021 per e-post:

«Det står i konkurransegrunnlaget at konsesjonskraften skal sikres på «Nasdaq OMX eller tilsvarende markeds plassar».

Vi oppfatter tilbudet fra Fjordkraft slik at prissikringen skjer med referanse til Nasdaqs priser, men at Fjordkraft ikke faktisk sikrer konsesjonskraften på Nasdaq. I stedet beskriver Fjordkraft en løsning der man prissikrer gjennom bilateral avtale med Statkraft.

Hvilken markeds plass skal Fjordkraft bruke for å sikre [innklagedes] konsesjonskraft?

[...] På bakgrunn av svarene kan det bli aktuelt å be Fjordkraft inngi et revidert tilbud basert på at den finansielle sikringen skal skje på Nasdaq eller tilsvarende markeds plass.»

(24) Fjordkraft AS innga følgende svar 27. januar 2021:

«SVAR: Vi tilføyer at når [innklagede] vil prissikre omsettelige kontrakter på Nasdaq OMX, vil [innklagede] få en bekreftelse på handelen som er utført på Nasdaq OMX. Fra de daglige handelslistene på Nasdaq OMX, vil det fremgå tidspunkt for handelen, produkt, pris og volum. Det er Statkraft Energi AS som utfører handlene på Nasdaq OMX.

Dette vil redusere våre nettingeffekter, og vårt tilbudte påslag endres fra – [sladdet opplysning].»

- (25) Innklagede meddelte 10. februar 2021 at kontrakten var tildelt Fjordkraft AS (heretter *valgte leverandør*). Av tildelingsmeddelelsen fremgikk det at «*Pris*» var «*evaluert på det lågaste pristilbudet [...] og uavhengig av løysing (clearingkunde eller ikkje clearingkunde)*». To av leverandørene, deriblant valgte leverandør, hadde gitt en negativ tilbudspris. En annen leverandør tilbød en pris på null kroner. Valgte leverandør scoret best på kriteriet, og fikk en vektet score på 1,80 poeng. Klager scoret dårligst på kriteriet, og fikk 0,76 vektete poeng. På kvalitetskriteriet ble samtlige leverandører vurdert likt til en vektet score på 2,4 poeng. På «*Oppdragsforståing*» scoret klager og valgte leverandør likt med en vektet score på 1,6 poeng.
- (26) I tildelingsbrevet fremgikk det følgende under punktet «*Særlig om arbeidet med å avklare prisane for å likebehandle tilboda*»:
- «I gjennomføringa av konkurransen har vi lagt ned mykje arbeid i å avklare at tilboda omfattar den same tenesta og å sikre at vi kan samanlikne prisane. Vi viser til dei presiseringane som vart sendt ut 13. januar i år, som var ei følgje av dette arbeidet.*
- I tillegg har vi innhenta informasjon frå dei tilbydarane med lågast pris, om korleis dei grunngir dei låge prisane. Ein hovudårsak til dei låge prisane er moglegheiter for å oppnå diverse netting-fordelar på børsane. I tillegg er [innklagede] ein strategisk godt plassert kunde med mykje produksjon i viktige prisområde. [Innklagede] har fått svar som gjer at vi vurderer at dei låge prisane ikkje går utover kvaliteten på tilboda.»*
- (27) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 26. februar 2021. Innklagede avviste klagen 19. mars 2021.
- (28) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage 30. mars 2021. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet klagen. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (29) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. mai 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (30) Det er åpnet for å inngi tilbud på ulike forvaltningsmodeller. Inngitte tilbud som baserer seg på slike ulike løsninger, er ikke sammenlignbare. Dette blant annet fordi at forvaltningsmodellene innebærer ulik økonomisk risiko for oppdragsgiver og har ulikheter knyttet til kapitalkostnader. Konkurransen er på denne bakgrunn lagt opp i strid med hensynet til likebehandling. Denne feilen kan bare rettes ved å avlyse konkurransen.
- (31) Det utgjør et brudd på regelverket at innklagede har tillatt innsending av ytterligere, parallelle tilbud etter den første tilbudsfristens utløp. Konkurransen må som følge av dette avlyses.
- (32) Innklagede har foretatt vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristen, som har endret konkurransens karakter. Endringen har medført at leverandørene i praksis har konkurrert om priser for fire ulike løsninger, og ikke bare to alternative (enten en clearingkundeløsning eller en ikke-clearingkundeløsning), som opprinnelig var forutsatt. Dette har vært egnet til å påvirke deltakerinteressen i konkurransen. Det påpekes at anskaffelsesdokumentene i utgangspunktet var uklare, og at endringen dermed kan ha

påvirket deltakerinteressen i konkurransen. Leverandørens tilbud er uansett inngitt på grunnlag av de endrede forholdene i konkurransedokumentene, slik at feilen kan ha hatt betydning for konkurransens utfall. Dette medfører en avlysningsplikt.

- (33) Det er et brudd på regelverket at kun valgte leverandør har fått endret sitt tilbud etter den endelige tilbudsfristen. Tilbudet inneholdt avvik fra vesentlige krav i konkurransegrunnlaget, og skulle derfor ha vært avvist. Endringen i tilbudet har i realiteten medført at det er inngitt et nytt tilbud.
- (34) Valgte leverandørs tilbud er priset negativt som følge av at nettingeffekter vil tilfalle leverandøren selv. Konkurransegrunnlaget stengte for at leverandørene kunne nyttiggjøre seg nettingeffekter. I det minste var konkurransegrunnlaget uklart på dette punktet. På denne bakgrunn har innklagede brutt likebehandlingsprinsippet, da valgte leverandørs tilbud likevel er antatt.
- (35) Tildelingsevalueringen er både vilkårlig og basert på et uriktig faktisk grunnlag, ettersom innklagede har evaluert lavest pris isolert sett, uten å knytte dette opp mot tilbudt løsning. Hver av leverandørens tilbudte priser knytter seg til et bestemt handelsoppsett. Det vil være i strid med forutsetningene til leverandørene, om innklagede krever oppfyllelse med prisen til et handelsoppsett som knytter seg til en annen løsning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (36) Konkurransedokumentene legger opp til sammenlignbare tilbud. Tilbudene i konkurransen er sammenlignbare uavhengig av hvilken forvaltningsmodell som er tilbudt, da konkurransegrunnlaget ikke legger opp til at det evalueres på hvilken løsning leverandøren velger.
- (37) Det beror på en misforståelse dersom klager mener at det er inngitt parallelle tilbud etter dialogen og presiseringene i konkurransegrunnlaget. To av leverandørene, deriblant klager, innga priser på mer enn ett oppsett. Ved evalueringen ble det lagt til grunn den løsningen som hadde lavest pris hos disse to leverandørene, da man er av den oppfatning at den ene løsningen ikke er kvalitativt bedre enn den andre. Alle leverandørene er evaluert med ett tilbud.
- (38) Det bestrides at presiseringene som ble gjort i konkurransegrunnlaget i etterkant av dialogen med leverandørene har påvirket deltakerinteressen i konkurransen. Selv før presiseringene må leverandørene i markedet ha forstått at det var adgang til å levere ulike løsninger på hver av børsene. Øvrige presiseringer kan heller ikke anses som vesentlige.
- (39) Det var hjemmel til å rette opp avviket i tilbudet fra valgte leverandør etter tilbudsfristens utløp. Rettelsen medførte utelukkende en økning i pris, uten at tilbudt løsning eller prisstrategi ble endret. Rettingen er ikke et brudd på kravene som stilles til likebehandling.
- (40) Nettingeffekter som oppnås på Nord Pool er bakt inn i de øvrige leverandørens tilbudspriser, noe som er årsak til at det gis en lav pris på tjenesten. Konkurransegrunnlaget stengte ikke for dette. Det var imidlertid ikke adgang til å sette opp et bilateralt salg på vegne av oppdragsgiver, og oppnå nettingeffekter på denne måten. En slik tjeneste er verken etterspurt eller i tråd med konkurransegrunnlaget. Det understrekes at det i konkurransen ikke var adgang til å nette på NASDAQ, noe som

fremgikk tydelig av konkurransedokumentene. Etter avklaring med valgte leverandør er det ikke lenger et avvik i tilbudet på dette punktet.

Klagenemndas vurdering:

- (41) Klager 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. 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

De generelle kravene i § 4 – utforming av konkurransegrunnlaget

- (42) Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved utformingen av konkurransegrunnlaget, herunder klagers anførelse om at konkurransen legger opp til at det kan inngis tilbud på løsninger som ikke er sammenlignbare.
- (43) En oppdragsgiver er gitt en forholdsvis vid skjønnsfrihet til å definere sitt behov for den enkelte anskaffelse, og hvordan konkurransen skal gjennomføres. Klagenemnda bemerker at temaet for en rettslig kontroll er om anskaffelsen er gjennomført i tråd med regelverket.
- (44) Det følger av prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling at konkurransegrunnlaget skal utformes slik at det for en rimelig opplyst og alminnelig aktsom leverandør fremstår som klart hva det skal leveres tilbud på og hvordan dette skal gjøres. Konkurransegrunnlaget må inneholde tilstrekkelige opplysninger til at leverandørene har et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud.
- (45) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at det var opp til leverandørene å ta stilling til «*om [innklagede] skal vere eigen aktør på børsen eller ha eigen portefølje under leverandøren sin konto*». Det var dermed ikke stilt krav om at leverandørene skulle tilby en bestemt tilnærming til porteføljeforvaltningen (handelsoppsett/forvaltningsmodell). Etter forhandlingsmøtene ble det for øvrig presisert at leverandørene stod fritt med hensyn til hvilken forvaltningsmodell man ville tilby. Klagenemnda kan ikke se at denne informasjonen har vært uklar.
- (46) Relevante kvalitetsforskjeller mellom tilbudene ville bli hensyntatt ved bedømmelsen av tilbudt «*Kvalitet*» og «*Oppdragsforståing*». Det var opp til leverandørene selv å tilby en tjeneste som ga relevant merverdi i samsvar med oppdragsgivers definerte behov, og dermed gi et tilbud som ga uttrykk for det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Eventuelle fordeler og ulemper ved de ulike forvaltningsmodellene, herunder forskjellene med hensyn til likviditet og finansiell risiko for oppdragsgiver, var ikke gjort til en del av hva som ville bli evaluert under «*Kvalitet*» eller «*Oppdragsforståing*». Dette valget er en del av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Klagenemnda har derfor ingen rettslige innvendinger mot at dette aspektet var utelatt fra tilbudsevalueringen, og vil påpeke at tjenestene som innklagede har etterspurt – fysisk og finansiell forvaltning av konsesjonskraft – vil være like for innklagede, uavhengig av leverandørens valg av forvaltningsmodell.
- (47) Selv om tilbudene vil kunne medføre ulike kostnader og risiko for leverandørene, finner klagenemnda at tilbudene er sammenlignbare, slik denne konkurransen er lagt opp. Klager har etter nemndas oppfatning heller ikke sannsynliggjort likviditets- eller

risikoforskjeller mellom de ulike forvaltningsmodellene som er av en slik karakter at det gjør tilbudene usammenlignbare.

- (48) Klagers anførsel om at konkurransen var gjennomført på en slik måte at tilbudene ikke var sammenlignbare, har ikke ført frem.
- (49) Klagenemnda tar videre stilling til om konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til hvorvidt leverandørene hadde adgang til å nyttiggjøre seg nettingeffekter.
- (50) Partene synes å ha en felles forståelse av hva som menes med «nettingeffekter». Klagenemnda forstår begrepet som det er brukt her slik at det sikter til kostnadsbesparelser som kan oppnås ved at man kan koble etterspørsel og tilbud uten å gå veien om børsen, og dermed spare handelsgebyrer og begrense krav til sikkerhetsstillelse.
- (51) I konkurransegrunnlaget stod det at finansielle handler som leverandøren utfører på NASDAQ OMX, skal formidles fortløpende til oppdragsgiver.. Innklagede presiserte 13. januar 2021 at *«den konkrete sikringshandelen skal kunne gjenfinnes i markedet i Nasdaq sine lister over handler»*, slik at man kan *«føre kontroll med at alle sikringshandler skjer i markedet og at handlene ikke nettes internt for å spare handelsgebyr»*.
- (52) Klagenemnda finner det klart at leverandørene ikke skulle kunne nyttiggjøre seg nettingeffekter ved finansielle handler på NASDAQ OMX. Dette må anses utvilsomt etter presiseringen den 13. januar 2021.
- (53) Det var imidlertid ikke oppstilt et generelt forbud mot at leverandørene kunne basere tilbudene sine på oppnådde nettingeffekter. Konkurransegrunnlaget gir ikke holdepunkter for å anta at det var forbudt å nyttiggjøre seg nettingeffekter ved handel på Nord Pool. Etter klagenemndas syn kunne derfor leverandørene legge til grunn at det var adgang til å nette på Nord Pool, og dermed hensynta dette ved utformingen av pristilbudet. Det sentrale for innklagede var at leverandørenes tilbudspriser skulle inkludere alle kostnader. Hvorvidt klager har hensyntatt eventuelle besparelser i sin tilbudspris eller ikke, er leverandørens eget anliggende.
- (54) Klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til nettingeffekter, har ikke ført frem. Ettersom alle leverandørene hadde adgang til å ta dette aspektet i betraktning, kan heller ikke klagers anførsel om at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet ved å anta valgte leverandørs tilbud, føre frem.

Endring av konkurransegrunnlag

- (55) Klagenemnda tar videre stilling til om innklagede har foretatt vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget.
- (56) Det følger av forskriften § 8-4 fjerde ledd at en oppdragsgiver frem til signering av kontrakten, kan foreta endringer i konkurransegrunnlaget som *«ikke er vesentlige»*.
- (57) Hva som utgjør en vesentlig endring, beror på en konkret vurdering. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at endringer i konkurransegrunnlaget som kan påvirke potensielle leverandørs ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen, må anses som vesentlige. Dersom oppdragsgiver gjør slike endringer i konkurransegrunnlaget, og feilen ikke kan

rettes på en annen måte, må konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt, se nemndas avgjørelse i sak 2018/521, premiss 35 med videre henvisninger.

- (58) Partene synes ikke å være uenige om at konkurransegrunnlaget før justeringen 13. januar 2021, naturlig måtte forstås slik at leverandørene kunne tilby såvel en forvaltningsmodell med en såkalt clearingkundeløsning ved handel på NASDAQ og Nord Pool som en forvaltningsmodell uten. Klagenemnda er enig i denne forståelsen. Uenigheten synes å gjelde hvorvidt det før endringsmeldingen fremgikk at leverandørene kunne kombinere disse to løsningene i tilbudet sitt. Sagt med andre ord: Hvorvidt en og samme leverandør kunne tilby ulik forvaltningsmodell på henholdsvis NASDAQ og Nord Pool.
- (59) Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt oppdateringsmeldingen av 13. januar 2021 representerte en endring av konkurransegrunnlaget.
- (60) I kravspesifikasjonen stod det som nevnt at leverandøren skulle ta stilling til «*om [innklagede] skal vere eigen aktør på børsen eller ha eigen portefølje under leverandøren sin konto*». Som påpekt må dette forstås slik at leverandørene stod fritt med hensyn til hvilken forvaltningsmodell man ville tilby i konkurransen. På dette punktet er ordlyden klar, jf. ordet «*eller*». Ordlyden var imidlertid taus med hensyn til om leverandørene kunne tilby forskjellig forvaltningsmodell på de to ulike børsene for fysisk og finansiell handel, eller hvorvidt man måtte tilby samme forvaltningsmodell på begge børsene.
- (61) Etter klagenemndas syn klargjorde presiseringene av 13. januar 2021 at leverandørene stod fritt med tanke på valg av forvaltningsmodell, nærmere bestemt at det var mulig å tilby ulike løsninger på henholdsvis Nord Pool og NASDAQ. Det bemerkes at all den tid leverandørene kunne velge å tilby ulike forvaltningsmodeller på begge børsene, fremstår det, i mangel av andre holdepunkter, naturlig å legge til grunn at leverandørene også kunne tilby forskjellige forvaltningsmodeller på henholdsvis Nord Pool og NASDAQ.
- (62) Klagenemnda har etter dette kommet til at presiseringene vedrørende valg av forvaltningsmodeller, ikke innebar en endring av konkurransegrunnlaget. I lys av den valgfriheten som opprinnelig fremgikk av konkurransegrunnlaget, og at forvaltningsoppsettet var utelatt fra tildelingsevalueringen, er det nemndas syn at den etterfølgende klargjøringen uansett ikke kan anses som en vesentlig endring, jf. forskriften § 8-4 fjerde ledd.
- (63) Presiseringen om at det var adgang til å inngi flere priser på ulike kombinasjoner av forvaltningsmodeller, kan heller ikke anses som en vesentlig endring. Dette aspektet kan ikke ha hatt noen form for innvirkning på tildelingsevalueringen, se nærmere om dette nedenfor.
- (64) Presiseringene i prisskjemaet, herunder at volumtallet er nedjustert fra 775 GWh til 750 GWh og at kostnadspostene er utformet annerledes, kan heller ikke anses som vesentlige endringer. Klagenemnda finner det tilstrekkelig å vise til at volumtallet som var brukt i konkurransegrunnlaget og kunngjøringen, og som dermed var forutsatt som utregningsgrunnlag i prisskjemaet, kun var et estimat og at det var påpekt at avvik kunne forekomme. Det er like fullt enhetsprisene som er avgjørende, og disse vil være like uavhengig av volumtallet som brukes for sammenligning av tilbudene, se tilsvarende i sak 2021/410, premiss 58, hvor nemnda vektla at leverandørene måtte innkalkulere risikoen for at et estimert volumtall kunne avvike.

Avklaring eller retting av tilbud

- (65) Klagenemnda tar dernest stilling til om innklagede hadde hjemmel til å rette avvik i valgte leverandørs tilbud etter tilbudsfristen.
- (66) Den aktuelle endringen i valgte leverandørs tilbud bestod i at konsesjonskraften måtte sikres på NASDAQ OMX (eller tilsvarende markedsplass), til NASDAQ-pris for oppdragsgiver. Dette medførte en endring i leverandørens nettingeffekter, noe som medførte en lavere negativ tilbudspris.
- (67) Det følger av forskriften § 9-6 første ledd bokstav b at «[o]ppdragsgiveren skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene». Av § 9-7 andre ledd fremgår det at en oppdragsgiver «kan utsette avgjørelsen om avvising til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren». Det følger forutsetningsvis av bestemmelsen at slik dialog kan og skal foretas før tildelingsbeslutningen treffes, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/700, premis 36.
- (68) Det følger av domstolspraksis så vel som av klagenemndas praksis at det er en vid adgang til å rette avvik der anskaffelsen reguleres av forskriften del II. Det er først og fremst hensynet til likebehandling av leverandørene som begrenser adgangen til dialog, herunder retting av avvik. Dersom dette hensynet ikke slår til i det konkrete tilfellet, vil oppdragsgiver som et klart utgangspunkt ha adgang til å rette et vesentlig avvik, også etter at tildelingsbeslutningen er truffet, så lenge dette skjer før kontrakt er signert, se til sammenligning LB-2019-145192 og nemndas avgjørelse i sak 2018/173, premis 30 til 31.
- (69) Spørsmålet om avviket er vesentlig eller ikke, er derfor av underordnet betydning ved vurderingen av spørsmålet om det var adgang til å rette avviket etter tilbudsfristens utløp. Klagenemnda finner det derfor ikke hensiktsmessig å vurdere hvorvidt avviket var vesentlig eller ikke. Avgjørende er hvorvidt rettingen av avviket var i strid med kravene som stilles til likebehandling av leverandørene, jf. loven § 4.
- (70) All den tid det kun var valgte leverandørs tilbud som inneholdt et avvik kan ikke klagenemnda se at rettingen var i strid med kravene som stilles til likebehandling av leverandørene, jf. loven § 4. Rettingen førte ikke til en forbedring av tilbudet under evalueringskriteriene.
- (71) Klagers anførsel om at innklagede ikke hadde adgang til å rette avviket i valgte leverandørs tilbud, har ikke ført frem.
- (72) Klager har også anført at innklagede uansett pliktet å foreta en ny evaluering av valgte leverandørs oppdragsforståelse ved rettingen av avviket. Klagenemnda kan ikke se at leverandørens oppdragsforståelse påvirkes av rettingen. Anførselen kan derfor ikke føre frem.

Tildelingsevaluering

- (73) Klagenemnda tar til slutt stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å legge til grunn leverandørens laveste priser ved evalueringen av tilbudene.
- (74) Det er opplyst at to leverandører, deriblant klager, leverte pristilbud på flere, ulike handelsoppsett. Innklagede har forklart at man ved tildelingsevalueringen la til grunn

leverandørens laveste priser, uten at ulike forvaltningsmodeller ble hensyntatt i evalueringen. Grunnen til dette er at forvaltningsmodellene ikke skulle vurderes under tildelingskriteriene «*Oppgaveforståing*» og «*Kvalitet*».

- (75) Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger mot innklagedes evaluering av tilbudene på dette punktet. Fremgangsmåten har ivaretatt hensynet til likebehandling av leverandørene. Det bemerkes for øvrig at leverandørens besvarelser av «*Oppgaveforståing*» og «*Kvalitet*» er lik og uavhengig av hvilken forvaltningsmodell som var tilbudt. Klagers anførsel tas derfor ikke til følge.

Konklusjon:

Vestland fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk