



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig krav i kravspesifikasjonen. Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om «El-kraft – fysisk levering og porteføljeforvaltning». Klager fikk medhold i sin anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig krav til fakturanummerering i kravspesifikasjonen. Klager fikk også medhold i at innklagedes vektlegging av byttekostnader ga en urimelig konkurransefordel som gjorde det umulig for andre enn eksisterende leverandør å vinne konkurransen. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers anførsler om at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avklare med klager om kravet til fakturanummerering var oppfylt, eller at kontraktens lengde på åtte år var for lang.

Klagenemndas avgjørelse 12. november 2021 i sak 2021/1192

Klager: Entelios AS

Innklaget: Vestfold offentlige innkjøpssamarbeid

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Vestfold offentlige innkjøpssamarbeid (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. oktober 2020 en åpen anbudskonkurranse om «*El-kraft – fysisk levering og porteføljeforvaltning*». Anskaffelsens verdi var ikke opplyst. Kontraktens varighet var åtte år, fra 1. januar 2021 til 31. desember 2028. Tilbudsfrist ble satt til 23. november 2020.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det opplyst at leveransen omfattet et årlig kraftvolum på ca. 308 GWH (herav 50 GWH basert på spot) fordelt på flere tusen målepunkt. Innklagede gjennomførte anskaffelsen på vegne av flere oppdragsgivere herunder Vestfold og Telemark fylkeskommune, og kommuner, offentlige institusjoner og noen ideelle foreninger med avtaler med kommuner i det tidligere Vestfold fylke.
- (3) Det var ikke adgang til å gi tilbud på deler av oppdraget, og det skulle velges én totalleverandør på avtalen.
- (4) I kapittel 4 punkt 2.2, som gjaldt «*Kostnader i forbindelse med leverandørbytte og implementering*», var det stilt krav om at:

«Alle kostnader i forbindelse med leverandørbytte, overtakelse og implementering av avtalen skal dekkes av tilbyder.»
- (5) I punkt 3.1 («*Priser*») stod det blant annet at «*[...] Null-prising eller negativ prising for hele leveransen tillates ikke.*»

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 fremgikk videre i punkt 4.1, som gjaldt «E-faktura», at:

«Fakturering skal foregå elektronisk på ”Elektronisk handels format” (EHF) uten kostnad for oppdragsgiver. Det skal sendes 1 faktura pr. måler-ID. For de deltakerne som ønsker det, skal tilbyder kunne levere faktura slik at målepunkt ID fremkommer i referansefeltet i EHF-fakturaen. I slike tilfeller skal referansefeltet aldri inneholde andre verdier enn målepunkt ID. Fakturanummer må inngå i fortløpende tallrekke pr anlegg f.eks. faktura januar 202001, faktura februar 202002 osv. Dette bør også gjelde KID nummere på anleggene. Fakturaoppsummering bør enkelt gi oversikt over hvilket anlegg det gjelder. Anleggsadressen skal være tydelig merket med korrekt informasjon om anlegget i faktura referansen på fakturaen. Fakturering skal skje månedlig, og betalingsbetingelser er 30 dager. Elektrisk kraft skal faktureres etterskuddsvis basert på reelt forbruk.»

- (7) Tildelingskriteriene fremgikk i konkurransegrunnlaget kapittel 6. Disse var «Pris», som talte 30 prosent, og «Kvalitet», som talte 70 prosent.

- (8) I punkt 6.2.1 stod det følgende om priskriteriet:

«6.2.1 Pris

Prisskjema

Prisskjemaet i vedlegg 3 i konkurransegrunnlaget skal fylles ut.

Volumene som er oppgitt i prisskjemaet er stipulerte og oppdragsgiver garanterer ikke for volum eller fordeling.

Evaluerer av priser

Det er tilbyders totale pris på påslag for estimert uttak som vil danne grunnlag for evalueringen av priskriteriet, evt. med påplussing av omstillingskostnader. Opsjon vil ikke være gjenstand for evaluering.

Null-prising eller negativ prising for hele leveransen tillates ikke.

Prisevaluering ved manglende prising av enkelte linjer/priser i prisskjemaet

Alle felter i prisskjema skal besvares, også opsjoner. Dersom ikke alle priser er oppgitt, vil tilbudet bli avvist.

Omstillingskostnader ved bytte av leverandør i forbindelse med ny avtale

I forbindelse med evaluering av pris vil det bli gitt et tillegg på kr. 330.000,- i omstillingskostnader for tilbydere som vil medføre bytte av leverandør. Beløpet vil bli lagt til totalprisen i tilbudet. Omstillingskostnadene gjelder implementering og kontroll av fakturaer inn i regnskapssystemet og opplæring i nytt administrasjonssystem.»

- (9) Underveis i konkurransen ble det stilt spørsmål til innklagede via konkurransegjennomføringsverktøyet Mercell. Blant spørsmålene var:

«Punkt 4.1: Her er det følgende ordlyd i beskrivelsen:

"Fakturanummer må inngå i fortløpende tallrekke pr anlegg f.eks. faktura januar 202001, faktura februar 202002 osv. Dette bør også gjelde KID nummer på anleggene".

Hva mener oppdragsgiver med dette? Skal hvert enkelt målepunkt ha en egen fakturanummerering?

Svar: Ja.»

- (10) Det ble også stilt spørsmål ved forholdsmessigheten av omstillingskostnadene innklagede hadde oppstilt, og innklagede ble anmodet om å foreta et nytt estimat av disse. Innklagede fremla da en tabell for beregning av omstillingskostnader der kostnadene til «*Kontroll av faktura[e]ne inn i regnskap*» var estimert til 280 000 kroner, mens kostnadene til «*Opplær[ing] av nytt system*» var estimert til 63 000 kroner. Det samlede beløpet ble avrundet til 330 000 kroner. Det ble vist til at det for kommuner og fylkeskommuner på slike avtaler er store omstillingskostnader, og at innklagede blant annet av den grunn satt kontraktsperioden til 8 år. Det ble også opplyst at innklagede vurderte at pristillegget var basert på lavere omstillingskostnader enn det som ble ansett å være reelt.

- (11) Som nærmere forklaring på omstillingskostnadene oppga innklagede:

«Opplæring på nytt system.

Det er ca. 100 brukere som har tilgang til systemet i dag. Å sende alle disse på kurs ville øke omstillingskostnadene betraktelig, derfor er det satt opp i regnestykket at det blir kurset 2 brukere fra hver deltaker (14 personer - som proff brukere). Intern opplæring er da ikke tatt med i omstillingskostnadene.

Oppdragsgiver vurderer at det vil gå med 1 arbeidsdag til slik opplæring for hver av deltakerne.

Fakturaer inn i regnskap.

EHF-fakturaene skal ende automatisk inn ferdig kontert i deltakernes ulike regnskapssystemer, og hver faktura må kontrolleres, for å verifisere at dette blir riktig implementert. Det er undersøkt med en deltaker hvor mange fakturaer som ble utført på 1 time, noe som var i underkant av 4 fakturaer. Her vil det selvfølgelig variere fra person til person. Det er derfor valgt å legge kontroll av 4,5 pr. time til grunn, og antall fakturaer er redusert fra 3615 til 2100 i beregningen. Dette er et arbeid som kun blir utført 1 gang i forbindelse med leverandørbytte. Avtalen er for 8 år og ut fra dette er omstillingskostnadene kr. 330.000 totalt, noe som utgjør kr. 41.250 pr år. Vi anser ikke at dette vil gi stor konkurransemessig betydning, spesielt med tanke på at pris kun vektet med 30%.»

- (12) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fem leverandører, herunder fra Fjordkraft AS og Entelios AS (heretter *klager*).
- (13) Innklagede avviste klagers tilbud 21. januar 2021 som følge av manglende oppfyllelse av krav nr. 4.1 («*E-faktura*») i kravspesifikasjonen. Innklagede vurderte beskrivelsen i klagers tilbud som et avvik fra minstekravet, og viste til at det var «*[...] foretatt en vurdering av konsekvensene knyttet [til] avviket. Det er undersøkt med brukerne om den alternative løsningen er tilsvarende fortløpende rekke i selve fakturanummeret.*

Tilbakemeldingen er at dette ikke gir samme brukervennlighet, og dermed innebærer ekstra manuelt arbeid. På bakgrunn av ovenstående avvises tilbudet fra Entelios [...]»

- (14) Klager påklaget avvisningen 22. januar 2021. Innklagede opprettholdt avvisningen i melding datert 26. januar 2021, der det blant annet fremgikk at:

«[...] Bakgrunnen for kravet til fakturanummeret er kommunenes ønske om å bruke sitt eget økonomisystem for automatisert og manuell behandling av data, og dette er besparende fremfor å foreta søk og sammenstillinger i leverandørens system. Fakturanummer er ett felt som alle fakturaer skal ha, og dermed gir det en enhetlig løsning. Det at de samme data kan gjenfinnes i Entelios sitt system, og at dette systemet er tilstrekkelig for mange andre oppdragsgivere, er i prinsippet uten betydning. Det å måtte gå frem og tilbake mellom ulike systemer, eventuelt bruke eget system på en annen måte enn for andre leverandører, er i seg selv en ulempe, som må anses å være over terskelen «u[]betydelig».

I lys av at det er uomtvistet at det foreligger ett avvik fra et absolutt krav ser vi ingen grunn til å vurdere om løsningene er likeverdige. VOIS har ingen mulighet til å omgjøre avvisningen basert på en skjønnsmessig vurdering av om løsningene er likeverdige. Vi ser heller ikke grunnlag for å stanse konkurransen, da det er liten tvil om at avlysningen er basert på korrekt faktisk og juridisk grunnlag. [...]»

- (15) Klager stilte 29. januar 2021 flere spørsmål til innklagede vedrørende formkravet til fakturanummer. I innklagedes svar på disse, datert 3. februar 2021, fremgår følgende:

- *«Hvor mange leverandører kan levere denne løsningen? SVAR: VOIS/kommunene vil påse at kravet overholdes av vinner av konkurransen i kontraksfasen.*
- *Hvor mange kommuner i VOIS benytter seg av denne løsningen? SVAR: Alle kommuner «benytter seg av løsningen» på ett eller annet nivå. Kravet er fastsatt i fellesskap, men er ikke nødvendigvis like viktig for alle. I hvilken grad de ulike kommunene kunne benyttet den alternative løsningen er heller ikke avklart med alle. Dette ble sjekket ut med regnskapsavdelingen i en av de større kommunene, som ga tilbakemelding om at den ville medføre ekstra arbeid slik det er redegjort for.*
- *EHF-fakturering ivaretar muligheten for å styre informasjonen riktig. Det er et krav om at hver enkelt faktura skal ha et unikt fakturanr og at dette ikke skal styres. Det er videre ikke lovlig med samme fakturamerking på flere fakturaer. SVAR: Se neste punkt.*
- *Flere regnskapssystemer benytter ikke fakturanummer ved gjenkjenning av mottatte fakturaer. Vennligst kommentere på hva som er deres begrunnelse for denne løsningen og hvordan den faktisk fungerer samt vennligst send oss minst to eksempler på denne faktureringen, for eksempel for november og desember. SVAR: VOIS er ett organ for felles innkjøp av utvalgte anskaffelser. VOIS har ikke selv noen begrunnelse for hver enkelt kommunes valg av økonomisystem eller måten dette brukes på, og vi kan vanskelig se at dette skulle være relevant. Det sentrale spørsmålet i forhold til avvisningen er hva kravet går ut på, og om det er oppfylt eller ikke. Kravene som stilles må selvsagt være lovlige, dvs. i tråd med*

f.eks. bokføringsloven som kulepunktet over synes å henvide til. Vår vurdering er at dette kravet er lovlig. VOIS har en plikt til å gi «en kort begrunnelse» for avvisningen, jf. anskaffelsesforskriften § 24-10 (3). Det er ingen plikt til å redegjøre for, og dokumentere, at stilte krav mer generelt er fornuftige eller ei – slik spørsmålet legger opp til.»

- (16) I tildelingsbrev datert 4. februar 2021 ble det opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Fjordkraft AS (heretter *valgte leverandør*). Det fremgikk at det var vesentlig forskjell på pris, mens forskjellene på kvalitet ikke var fullt så store. Om evalueringen av priskriteriet var det blant annet opplyst følgende:

«Pris er evaluert på bakgrunn av den tilbudte totalprisen med tillegg av omstillingskostnader ved evt. leverandørbytte (gjelder 3 av tilbyderne):

	Tilbyder 1	Tilbyder 2	Tilbyder 3	Tilbyder 4
Tilbudt totalpris	242 560,00	153 520,00	246 400,00	24 640,00
Omstillingskostnader	0,00	330 000,00	330 000,00	330 000,00
Totalpris	242 560,00	483 520,00	576 400,00	354 640,00

- (17) På priskriteriet fikk tilbyder 1 10 poeng, tilbyder 2 fikk 5,02 poeng, tilbyder 3 fikk 4,21 poeng og tilbyder 4 fikk 6,84 poeng.
- (18) Klager påklaget tildelingen 12. februar 2021, blant annet med påstand om at det absolutte kravet knyttet til fakturanummerering, samt vektlegging av byttekostnader ved skifte av leverandør, var ulovlig. Innklagede avviste klagen ved brev datert 15. februar 2021.
- (19) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 18. februar 2021.
- (20) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. juli 2021.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. november 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede har brutt regelverket fordi krav nr. 4.1 i kravspesifikasjonen om fakturering var ulovlig. Det vises særlig til den delen av kravet som krevde at «*[f]akturanummer må inngå i fortløpende tallrekke pr anlegg f.eks. faktura januar 202001, faktura februar 202002 osv.*» Kravet er i strid med prinsippene om likebehandling og konkurranse, anskaffelsesforskriften § 15-1 tredje og femte ledd, og bestemmelsene om elektronisk fakturering i forskrift om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser. Kravet om hvor på den elektroniske fakturaen måned og år fremkommer innebærer en favorisering av eksisterende leverandør Fjordkraft AS, og begrenser konkurransen uten at dette er saklig begrunnet.

- (23) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avklare om klagers tilbud inneholdt et avvik fra det nevnte kravet til fakturanummerering. En eventuell uklarthet om dette skyldes i tilfelle at kravet var ulovlig.
- (24) Innklagede har brutt regelverket ved å legge til grunn uforholdsmessig høye byttekostnader ved skifte av leverandør i evalueringen, uten at dette er saklig begrunnet. En byttekostnad på 330 000 kroner når det bare konkurreres om leverandørens påslag, er ikke saklig eller proporsjonalt, og gjør at det i realiteten er umulig for andre leverandører enn eksisterende leverandør å vinne konkurransen. Selv dersom nullprising hadde vært tillatt hadde ikke konkurrentene, som følge av byttekostnadene, kunne nærme seg eksisterende leverandørs tilbudte pris.
- (25) Innklagede har brutt regelverket ved å sette en varighet på rammeavtalen til åtte år. Omstillingskostnadene utgjør klart ikke «særlige forhold» som kan begrunne en åtte års varighet jf. forskriften § 26-1 (4). Varigheten er for lang uavhengig av om det er tale om en kontrakt eller rammeavtale.
- (26) Innklagede var pliktig til å avlyse konkurransen. Særlig det ulovlige minstekravet og innklagedes evaluering av byttekostnader ved skifte av leverandør, kunne ikke rettes på andre måter enn avlysning av konkurransen. Feilene kan ha påvirket både utfallet av, og deltakelsen i konkurransen.
- (27) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for klagers rett til å kreve erstatning anses oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (28) Det bestrides at krav nr. 4.1 om fakturanummerering er ulovlig. Kravet er satt ut fra deltakernes egne innmeldte behov og ønsker. Det var ukjent for innklagede at eksisterende leverandør eventuelt skulle ha et unikt system som ivaretok dette, og at dette dermed skulle virke konkurransebegrensende. En objektiv vurdering av kravet må uansett medføre at det verken kan anses konkurransebegrensende eller i strid med likebehandlingsprinsippet.
- (29) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avklare med klager om tilbudet inneholdt avvik fra krav nr. 4.1 om fakturanummerering. Innklagede oppfattet aldri klagers tilbud som uklart, da beskrivelsen i tilbudet ikke var i tråd med kravet.
- (30) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å legge til grunn uforholdsmessig høye byttekostnader. Vurderingen av hvilket opplæringsbehov som er nødvendig ved bytte av leverandør, samt tidsbruk for behandling av fakturaer er gjort på generelt grunnlag, ikke spesielt for klager. Da innklagede bestemte at det skulle tas hensyn til omstillingskostnader, og om disse skulle medtas fullt ut, fremsto det ikke som en relevant problemstilling for innklagede at disse skulle være høyere enn dyreste tilbud.
- (31) Regelverket er heller ikke brutt som følge av at kontraktens varighet er for lang. Kontraktens lengde ble satt til åtte år for å begrense betydningen av omstillingskostnadene, og var ment som et virkemiddel for å sikre konkurranse. Da tilbudene viste seg å være ekstremt lave, ble omstillingskostnadene dessverre også nokså store i forhold til kontraktssummen regnet over åtte år.
- (32) Det forelå ikke avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder fysisk levering og porteføljeforvaltning av el-kraft, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke opplyst i anskaffelsesdokumentene. Partene er enige om at anskaffelsens reelle verdi er i overkant av 700 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.

Utforming av kravspesifikasjonen

- (34) Klager har vist til flere forhold som ifølge klager synliggjør at innklagede har gjennomført konkurransen på en måte som favoriserer eksisterende leverandør, Fjordkraft AS.
- (35) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å stille et ulovlig krav i kravspesifikasjonen.
- (36) Kravspesifikasjonen skal blant annet likebehandle leverandørene, være klart utformet og ikke skape ubegrunnede hindringer for konkurranse, jf. EU-domstolens sak C-368/10 (Max Havelaar) premiss 62, og direktiv 2014/24/EU artikkel 42 nr. 2. Videre må kravene, for å være lovlige, ha «*tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi*», jf. forskriften § 15-1 annet ledd. I dette ligger det at det ikke skal settes krav til ytelsen som er strengere enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelsen. Strengere krav enn nødvendig vil kunne føre til mindre konkurranse i strid med formålet om effektive anskaffelser i anskaffelsesloven § 1 og prinsippet om konkurranse i loven § 4.
- (37) Vurderingen av hvilke krav som er nødvendige å stille, beror på skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Kravet vil som hovedregel bli akseptert så lenge det er saklig begrunnet og for øvrig ikke strider mot anskaffelsesloven § 4.
- (38) Det omstridte kravet er et minstekrav til fakturanummering i EHF-faktura, som gikk ut på at «*[f]akturanummer må inngå i fortløpende tallrekke pr anlegg f.eks. faktura januar 202001, faktura februar 202002 osv.*».
- (39) Slik klagenemnda forstår det, innebærer kravet at hvert målepunkt skal ha en egen fakturanummerering, og at dette fakturanummeret skal bestå av en uavbrutt tallrekke. Muligheten for slik nummerering er en tilgjengelig funksjon i eksisterende leverandørs regnskapssystem, som enkelte av de deltakende kommunene har forklart at er ønskelig fordi det gjør det mulig å bruke kommunens eget økonomisystem for automatisert og manuell behandling av fakturadata (søk og sammenstillinger). Alternativet vil være å gjøre det samme i leverandørens system, og innklagede har forklart at det å måtte gå frem og tilbake mellom ulike systemer og eventuelt bruke eget økonomisystem på en annen måte enn for andre leverandører, er en ikke ubetydelig ulempe.
- (40) Betaling for levert strøm skjer ved fakturering til deltakerne på avtalen, og et krav til utforming av fakturanumre har dermed den nødvendige «*tilknytning til leveransen*».
- (41) Spørsmålet for klagenemnda blir dermed om kravet til fakturanummerering virker konkurransebegrensende uten at det kan begrunnes på en saklig og objektiv måte.

- (42) Kravet er oppstilt som et absolutt krav, slik at kravet må oppfylles.
- (43) Ettersom fakturering av strøm foregår per målepunkt, og avtalen omfatter flere tusen slike, er det etter nemndas syn klart at å stille krav til funksjoner som forenkler fakturahåndtering og regnskapsføring er av særlig betydning i den aktuelle anskaffelsen, og i utgangspunktet må anses saklig.
- (44) Slik klagenemnda forstår det, er innklagedes begrunnelse for å oppstille kravet knyttet til ulempene ved å måtte hente ut relevante data i to forskjellige system i situasjoner der det er behov for å søke i og sammenstille fakturadata. Tilgangen til de relevante regnskapsdataene vil imidlertid være tilsvarende ivaretatt uten den påkrevde fakturanummereringen. Det fremgår av bevisføringen at det er uklart for hvor mange av brukerne av avtalen at det var ønskelig med slik funksjonalitet. Innklagede har ikke nærmere redegjort for hvor store ulemper det i praksis er tale om. Da den etterspurte funksjonaliteten ut fra bevisføringen ikke er tilbudt av flere av de store strømselskapene, og hvor de ikke har planer om å utvikle slik funksjonalitet er det uklart for klagenemnda om dette er en type funksjonalitet som andre etterspør. Det er ikke forklart at de aktuelle oppdragsgiverne i Vestfold har spesielle regnskapssystemer eller andre rutiner for å føre regnskap enn andre oppdragsgivere.
- (45) Klagenemnda legger til grunn at det for leverandører med et regnskapssystem som ikke allerede åpner for valgfri fakturanummerering, vil være enten umulig eller uforholdsmessig kostnadskrevende å utvikle et system som tillater dette. Det er fremlagt uttalelser fra to andre tilbydere i anskaffelsen som underbygger dette. Det er imidlertid ikke videre underbygget, eksempelvis med uttalelser fra leverandørene av IT-systemene til tilbyderne eller på annen måte.
- (46) Avtalen har en forventet omsetning i størrelsesorden NOK 700 mill basert på kraften som blir solgt gjennom avtalen. Tilbyderne har priset sine påslag for hele kontraktperioden i spennet NOK 24 640 – 246 400. Fortjenesten i kontrakten ligger slik klagenemnda forstår det gjennom prissikring etc. Det er dermed uklart for klagenemnda hvilke økonomiske ressurser tilbyderne vil kunne sette av til å tilpasse sine IT-systemer til den aktuelle kontrakten.
- (47) Slik saken er opplyst fra begge parter er det uklart hvilke fordeler innklagede oppnår med å stille kravet og hvilke kostnader kravet innebærer for leverandørene. Ut fra det som er redegjort for er imidlertid nemnda av den oppfatning at kravet virker sterkt konkurransebegrensende uten at innklagede tilstrekkelig har forklart hvilke fordeler kravet gir. Innklagede har dermed brutt forskriften § 15-1 annet ledd ved å oppstille et ulovlig konkurransebegrensende krav i kravspesifikasjonen.
- (48) Det har ved denne vurderingen ikke betydning om innklagede på tidspunktet for kunngjøringen av anskaffelsen ikke var kjent med at kravet var konkurransebegrensende, men først ble kjent med dette etter utsendelse av tildelingsbeslutningen. Klagenemnda bemerker imidlertid at klagers valg om å delta i anskaffelsen, og først etter tildelingsbeslutningen klage på den konkurransebegrensende virkningen av kravet vil kunne ha betydning for krav om erstatning.

Utforming av tildelingskriteriet pris

- (49) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket ved å utforme priskriteriet på en måte som gjør at ingen andre enn eksisterende leverandør kan vinne på pris. Det er blant

annet vist til at innklagede har lagt til grunn uforholdsmessig høye byttekostnader ved skifte av leverandør i evalueringen.

- (50) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at priskriteriet ville evalueres basert på summen av leverandørens volumjusterte prispåslag ved kjøp av elkraft basert på henholdsvis forvaltning og spot. For andre leverandører enn eksisterende leverandør ble denne evalueringssummen tillagt 330 000 kroner, som skulle dekke omstillingskostnader forbundet med bytte av strømleverandør. Evalueringssummen ble deretter konvertert til prispoeng ut fra formelen: beste tilbyder/tilbud*10 = Score.
- (51) Klagenemnda har lagt til grunn at regelverket åpner for at det i evalueringen av tilbudene kan tas hensyn til utgifter oppdragsgiver vil ha i forbindelse med bytte av leverandør. Det kan imidlertid ikke vektlegges byttekostnader slik at de gir en urimelig konkurransefordel.
- (52) Den særskilte situasjonen i elkraftmarkedet som gjør at tilbyderne i avtaler som dette får sin fortjeneste fra sikringshandel etc., og ikke fra vederlaget fra oppdragsgiver, medfører at markedsaktørene er villige til å tilby svært lav eller intet direkte synlig påslag i konkurranser om store offentlige kontrakter. At anskaffelsesdokumentene forbød negativ prising og nullpris indikerer at innklagede også var innforstått med dette.
- (53) Ved utformingen av tildelingskriteriet var det derfor klart at evalueringssummen ville bli svært lav, mens tillegget for omstillingskostnader var satt til 330 000 kroner. Betydningen av omstillingskostnadene ved beregningen av prispoeng, kunne dermed potensielt bli svært stor som andel av de evaluerte totalprisene. Dette slo til og byttekostnadene ble over 13 ganger så høye som prisen fra laveste tilbyder. Å innta byttekostnadene i prisevalueringen gjorde det umulig for de andre tilbyderne enn den eksisterende å vinne på pris. Slik det fremgår av tabellen i avsnitt 16 var alle de tilbudte prisene under byttekostnadene. Vektleggingen av byttekostnader ga en urimelig konkurransefordel.
- (54) Klagers anførsel om at tildelingskriteriet «*Pris*» var ulovlig har etter dette ført frem.
- (55) På bakgrunn av resultatet finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (56) Bruddene som klagenemnda har konstatert ovenfor, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13 femte setning. Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd.

Konklusjon:

Vestfold offentlige innkjøpssamarbeid har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å stille et ulovlig konkurransebegrensende krav i kravspesifikasjonen, og ved at tildelingskriteriet «*Pris*» var ulovlig fordi vektleggingen av byttekostnader ga en urimelig konkurransefordel.

Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk