



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen konkurranse med forhandling for porteføljeforvaltning av elektrisk energi. Klagenemnda fant ikke grunnlag for å underkjenne kvalifikasjonskriteriet om at kun porteføljeforvaltere som ikke hadde egne posisjoner i markedet kunne delta. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling ved å kvalifisere en deltaker som hadde egne posisjoner i markedet.

Klagenemndas avgjørelse 18.06.07 i sak 2007/8 – 15

Klager: Hafslund AS

Innklaget: Helse Øst og Helse Sør RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning, gyldighet av kvalifikasjonskriterium

Bakgrunn:

- (1) Innklagede (heretter kalt HØF) kunngjorde den 11. september 2006 en konkurranse med forhandling angående porteføljeforvaltning av elektrisk energi. Av kvalifikasjonsgrunnlaget pkt 4.3 fremgikk bl.a. følgende kvalifikasjonskrav:
- (2) *"For å sikre at porteføljeforvalter opptrer og agerer i markedet på vegne av oppdragsgiver i tråd med oppdragsgivers beste vil kun profesjonelle porteføljeforvaltere som ikke har egne posisjoner i markedet bli kvalifisert for denne konkurransen. Det skal vedlegges en egenerklæring som bekrefter porteføljeforvalters nøytralitet."*
- (3) Partene har redegjort for to hovedkonsept for handel på Nord Pool børsen. "Clearingkonseptet" innebærer at kunden handler i eget navn og for egen risiko. Megleren forestår da det praktiske rundt kraftkjøpet, men tar ikke selv noen motpartsrisiko. Når megleren opptrer som clearingrepresentant vil han oppfylle kvalifikasjonskriteriet.
- (4) Det andre konseptet innebærer at megleren handler i eget navn og for egen risiko. I kontrakten med sluttbrukeren er da megleren kraftleverandør. Kontraktene clerares da ikke inn på Nord Pool i kundens navn, men i meglerens navn. Megleren tar da både risiko i forhold til motpart, og i forhold til kundens oppgjør for kontraktene.

- (5) Klager (heretter kalt Hafslund) innleverte rettidig forespørsel om å delta i konkurransen, og vedla en egenerklæring om sin nøytralitet og hvordan denne skulle ivaretas. Egenerklæringen pkt 2.9 vedlegg 9 er nedenfor inntatt i sin helhet:

Herved erklæres porteføljeforvalters nøytralitet i forhold til forvaltning som utføres for Helse Sør og Helse Øst. Nedenfor fremgår hvordan nøytraliteten ivaretaes.

Helse Sør og Øst ønsker et leveringskonsept hvor de er egen kraftleverandør. Helseforetaket er da Clearing klient på Nordpool og ønsker en Clearingrepresentant som håndterer alle kontraktsforpliktelser mot Nordpool og Statnett. Hafslund kan tilby et slikt konsept.

Hafslund handler da på vegne av Helseforetaket, og Helse Øst og Helse Sør er egen kraftleverandør. Helseforetaket er representert ved en porteføljeforvalter fra Hafslund Krafthandel. Denne porteføljeforvalteren innehar kun posisjoner på vegne av kunder og har ikke egne posisjoner på vegne av Hafslund. Andre porteføljeforvaltere i Hafslund forvalter Hafslunds egen kraftproduksjon. Alle prissikringskontrakter som handles på vegne av Helse Øst og Helse Sør cleares inn umiddelbart og senest innen 15 minutter etter utført handel. Dette sikrer en absolutt ivaretagelse av nøytraliteten i forhold til Helse Øst og Helse Sør.

Hafslund forbereder seg forhold i til MiFID, et EU direktiv som omfatter investerings- og rådgivningstjenester i tilknytning til finansielle instrumenter. Nytt er at dette direktivet nå også vil omfatte råvarederivater, der under kraftkontrakter som handles i Nordpools finansielle marked. Alle clearingrepresentanter og kraftleverandører som bedriver porteføljeforvaltning eller rådgivning vil sannsynligvis måtte hensyn ta endringen i direktivet. Direktivet er ment å ivareta og styrke kundens interesser versus leverandørens eller meglerens.

- (6) Ved epost av 22. november 2006 ble Hafslunds forespørsel om å delta avslått med en kort begrunnelse om at kravet til nøytralitet i kvalifikasjonsgrunnlaget pkt 4.3 ikke var dokumentert oppfylt gjennom egenerklæringen.
- (7) Hafslund tok avvisningsspørsmålet opp med HØF. Det ble avholdt et telefonmøte for gjennomgang. I møtet ble det i følge Hafslund avtalt at HØS skulle revurdere avslaget for deretter å gi en tilbakemelding innen 24 timer. Avslaget ble opprettholdt, og i e-post av 4. desember skrev HØS bl.a.

"Våre krav rundt porteføljeforvaltning fremkommer klart i den dokumentasjonen dere har mottatt og vi har ut fra deres kvalifikasjonsanmodning vurdert det nevnte krav som ikke oppfylt."

- (8) Hafslund ble på forespørsel om klagefrist gitt opplysning om at det ikke var adgang til å klage over en beslutning om avvisning i prekvalifikasjonsfasen.
- (9) To leverandører, Bergen Energi AS og Energipartner AS, ble ansett for å være kvalifisert for deltakelse. En tredje leverandør ble ansett for å være kvalifisert i forhold til nøytralitetsvilkåret, men ble avvist som følge av andre forhold.
- (10) Den 15. januar 2006⁷ ble kontrakt inngått med Bergen Energi AS. Ved klage av 16. januar 2007 ble saken brakt inn for KOFA.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Kvalifikasjonskrav

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at kvalifikasjonskravet som ble benyttet som grunnlag for avvisning var i strid med kravet til konkurranse i LOA § 5 (2) og forskriften § 3-1 (1), og avvisningen var derfor ugyldig. Kravet utelukker i praksis alle andre leverandører enn Bergen Energi AS. HØS er betydelige kraftforbrukere med 600 GWh i årlig forbruk. Det finnes i underkant av 10 kraftmeglere/leverandører på landsbasis som kan håndtere en kunde med slikt omfang. Samtlige av disse potensielle leverandørene foruten Bergen Energi AS har egne posisjoner i markedet, og er derved utelukket fra å delta i konkurransen.
- (12) Det finnes ingen saklig grunn til å oppstille et slikt kvalifikasjonskriterium. Megleren vil opptre nøytralt enten han kun tilbyr et clearingkonsept, eller om han også innehar egne posisjoner i markedet. Dette følger av Nord Pools clearingavtale og clearingregler.
- (13) Den eneste forskjellen mellom de to meglerkonseptene er om megleren tar motpartsrisiko på Nord Pool eller om handelen foregår direkte i kundens navn. I begge tilfeller skjer handelen uansett i markedet på Nord Pool. Uavhengighetskravet som er oppstilt i denne konkurransen får ikke praktisk betydning. Også en kraftmegler som bare tilbyr clearingkonseptet vil kunne ha interesse motsetninger. For eksempel kan Bergen Energi AS ha noen kunder som har interesse av lav pris, mens andre kunder har interesse i høy pris. Denne konflikten unngås ikke ved å stille krav om at megleren ikke har egne posisjoner i markedet.
- (14) Videre har megleren uansett konsept ikke mulighet til å koble kundens handler mot egne posisjoner, siden all handel skjer med clearingtjenesten til Nord Pool som motpart. Meglerens egne posisjoner vil derfor ikke få betydning for gjennomføringen av handler på vegne av kunden.
- (15) Den eneste forskjellen på å ha egne posisjoner, og det å ikke ha det, er at i førstnevnte tilfelle kan megleren ha incentiv til å påvirke prisen i markedet som helhet. Ingen av meglerne er imidlertid store nok til at dette er en reell problemstilling.
- (16) HØFs egen oppfatning av vilkåret er at det vil være relativt lett for leverandørene å organisere seg slik at vilkåret oppfylles. Vilåret skal i følge HØF forstås slik at det ikke er til hinder for at andre selskaper i samme konsern, eller samarbeidspartnere vil kunne ha posisjoner i markedet. Leverandøren får da mulighet til å organisere seg bort fra kvalifikasjonsvilkåret uten at organisasjonen i realiteten er endret. Vilåret vil da ikke ha en reell funksjon, og således være usaklig og unødvendig da det ikke vil være egnet til å realisere formålet om nøytralitet.
- (17) At vilkåret er konkurransebegrensende illustreres ved at det av kvalifikasjonsgrunnlaget på side 3 fremgår at det vil bli kvalifisert minimum tre og maksimum fem leverandører. Det var kun to leverandører som oppfylte alle kvalifikasjonsvilkårene.

Forskjellsbehandling

- (18) For det tilfelle at vilkåret er lovlig anfører klager at Energipartner AS ikke skulle vært kvalifisert. Energipartner AS tar betydelige egne posisjoner i kraftmarkedet. Det

var i strid med likebehandlingskravet i LOA § 5 (4) og FOA 2001 § 3-1 (2) å kvalifisere denne leverandøren.

- (19) Også Bergen Energi AS skulle ut fra likebehandlingskravet vært avvist, siden leverandøren indirekte tar egne posisjoner i markedet gjennom samarbeidspartnere, og derved ikke oppfyller kravet til uavhengighet som HØS har oppstilt.

Ny prøving av avvisningsbeslutningen

- (20) HØS har ikke undergitt avvisningsbeslutningen noen reell ny prøving etter at Hafslund protesterte på beslutningen. Leverandøren har rett til å klage på, og få omgjort enhver beslutning tatt under anskaffelsesprosessen frem til kontrakt inngås, jf prinsippet i LOA § 7(2) og § 8 (1).

Erstatning

- (21) Bruddene på regelverket utgjør ansvarsgrunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteressen. Dersom Hafslund hadde visst at man ville blitt avvist på et urettmessig grunnlag ville selskapet ikke ha deltatt i konkurransen, og dermed spart utgiftene til slik deltakelse.

Innklagedes anførsler:

Kvalifikasjonskrav

- (22) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene, jf FOA 2001 § 5-5. I vurderingen av om et krav til leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, og hvorvidt kravet står i forhold til den ytelsen som skal leveres har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet. Det avgjørende er hvorvidt oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering ved fastsettelsen av de kvalitative kravene. I dette tilfeller er kravet til nøytralitet fremkommet etter en grundig vurdering.
- (23) Kravet om at leverandørene ikke skal ha egne posisjoner i markedet er nødvendig for å sikre at leverandørene ivaretar oppdragsgivers interesser uavhengig av egne kommersielle interesser. Dersom leverandøren har egne interesser i markedet er det en risiko for at leverandørene ser disposisjonene som gjøres på vegne av oppdragsgiver i sammenheng med egne disposisjoner i markedet. Clearingavtalen eller Clearingreglene er ikke egnet til å avhjelpe en slik interessekonflikt. Kriteriet er derfor saklig begrunnet, nødvendig og lovlig.
- (24) Det var tre potensielle leverandører som oppfylte kravet til nøytralitet. Det kan uansett ikke utledes noe om vilkårets konkurransebegrensende virkning ut fra antall deltakere i konkurransen.

Forskjellsbehandling

- (25) Det er ikke foretatt en usaklig forskjellsbehandling.
- (26) Med porteføljeforvalter menes det selskapet som er avtalepart eller leverandør. Nøytralitetskravet er oppfylt selv om andre selskap i leverandørens konsern, eller samarbeidspartnere har egne posisjoner i markedet.
- (27) Hafslunds nøytralitetserklæring og den metoden som der skisseres kan ikke med rimelighet fortolkes i samsvar med kvalifikasjonsgrunnlaget. Selv om det er en enkeltperson som rent fysisk forvalter porteføljen, må det være åpenbart at det er

selskapet som avtalepart/leverandør det siktes til ved uttrykket "porteføljeforvalterne". Hafslund oppfylte ikke dette kriteriet, og avvisningen var derfor berettiget.

- (28) Energipartner AS har oppfylt dette ved at det avga en nøytralitetserklæring der de beskrev en løsning for forvaltning av porteføljekunder helt atskilt fra annen finansiell virksomhet i Energipartner AS operative miljø. Denne løsningen skilte seg vesentlig fra den Hafslund beskrev i sin nøytralitetserklæring, som innebar at ulike porteføljeforvaltere innen Hafslund Krafthandel ville forvalte henholdsvis kunders og Hafslunds posisjoner i kraftmarkedet. I motsetning til Hafslund presenterte Energipartner således en allerede etablert ordning som opererte atskilt fra Energipartner AS annen finansielle virksomhet, herunder egen porteføljeforvaltning. HØS har ved tolkningen av dette kravet vært opptatt av å ikke tolke det unødvendig restriktivt.

Ny prøving av avvisningsbeslutningen

- (29) HØS var etter regelverket ikke forpliktet til å foreta en ny vurdering av avvisningsbeslutningen, men foretok likevel en ny vurdering av Hafslunds forespørsel om deltakelse etter telefonmøtet. Siden det ikke fremkom nye opplysninger i møtet fant ikke HØS grunn til å omgjøre sin beslutning om å avvise Hafslund. Det er således ikke korrekt at HØS ikke underga avvisningsbeslutningen en reell ny vurdering.

Erstatning

- (30) Det aktuelle kriteriet fremgikk klart av kvalifikasjonsgrunnlaget pkt 4.3. At Hafslund likevel sendte inn en forespørsel om deltakelse må selskapet således selv ta risikoen for. Anskaffelsesprosessen har vært i full overensstemmelse med regelverket for offentlige anskaffelser, og det foreligger ikke erstatningsgrunnlag.

Klagenemndas vurdering:

Formalia

- (31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser 2001 del I og II, jf. forskriftens § 2-2, jf § 2-1.

Kvalifikasjonskrav

- (32) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner i tråd med FOA 2001 § 5-5. Ved fastsettelsen av hvilke krav som kan stilles, herunder vurderingen av om kravene er egnet til å sikre at leverandørene kan oppfylle kontraktsforpliktelsene og om kravene er forholdsmessige, har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet, jf bl.a. klagenemndas sak 2003/31 som HØS har vist til. I denne sak uttalte klagenemnda bl a: "*Klagenemnda kan ikke underkjenne oppdragsgivers rent innkjøpsfaglige vurderinger, selv om det kan reises spørsmål ved om det er i innklagedes egen interesse å stille opp så strenge krav som i den foreliggende sak. Klagenemndas kompetanse til å underkjenne oppdragsgivers skjønnsutøvelse vil på dette punkt være begrenset til tilfeller hvor skjønnet fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig.*"

- (33) I denne saken har HØS anført at de vurderte det slik at dersom leverandøren hadde egne interesser i markedet var det en risiko for at leverandørene kunne se disposisjonene som ble gjort på vegne av oppdragsgiver i sammenheng med egne disposisjoner i markedet.
- (34) Klager har anført flere konkrete forhold som de mener taler mot at den vurdering HØS har gitt uttrykk for var riktig. Klagenemnda har likevel ikke grunnlag for å slå fast at det var uforsvarlig av HØS å vurdere risikoen ved at leverandørene hadde egne posisjoner i markedet slik de gjorde.
- (35) Spørsmålet er da om vilkåret er i strid med kravet til at en anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse etter LOA § 5 (2). I dette ligger at kravet til konkurranse må veies mot hensynet til at oppdragsgiver kan ha legitime behov som rent faktisk begrenser konkurransen under en aktuell anskaffelse.
- (36) HØS vurderte det her slik at tre tilbydere var kvalifiserte etter nøytralitetsklausulen. Etter nemndas oppfatning kunne Energipartner AS ikke anses for å være kvalifisert, slik nemnda kommer tilbake til nedenfor. Dermed var det etter det som er opplyst kun to kvalifiserte deltakere.
- (37) Det kan likevel ikke uten videre slutes ut fra antall kvalifiserte deltakere i konkurransen at samtlige andre potensielle leverandører var utelukket som følge av nøytralitetsklausulen, og det er ikke dokumentert at vilkåret ble stilt i den hensikt å favorisere en enkelt leverandør i konkurransen. Oppdragsgivers behov må da veies mot lovens krav til konkurranse. Oppdragsgiver kan tenkes å ha et legitimt behov for å stille vilkår som rent faktisk begrenser konkurransen i noen grad. Ved vurderingen vil oppdragsgiver som nevnt ha en betydelig skjønnsfrihet når kvalifikasjonskrav skal fastsettes. Nemnda finner etter dette ikke grunnlag for å overprøve HØS innkjøpsfaglige skjønn knyttet til nøytralitetsklausulen.

Forskjellsbehandling

- (38) Av kvalifikasjonsgrunnlaget pkt 4.3 fremgikk at det kun var porteføljeforvaltere som ikke hadde egne posisjoner i markedet som ville bli kvalifisert. Det naturlige forståelsen av dette er, som HØS også har fremholdt under saksforberedelsen for klagenemnda, at med porteføljeforvalter menes det selskap som er avtalepart/leverandør. Bergen Energi AS hadde selv ikke posisjoner i kraftmarkedet, og det var da ikke grunnlag for avvisning som følge av at selskapets samarbeidspartnere hadde det.
- (39) Dette innebærer samtidig at selskap som har egne posisjoner i markedet ikke oppfyller kvalifikasjonskravene og skal avvises i medhold av FOA 2001 § 8-12 (1) a, jf også kravet til forutheregnelighet i LOA § 5.
- (40) Energipartner AS som selskap hadde egne posisjoner i markedet. HØS anførsler om at den interne organisering likevel medførte at de måtte anses som kvalifisert strider mot en naturlig forståelse av ordlyden i kvalifikasjonskriteriet. HØS har dermed brutt likebehandlingskravet i LOA § 5 ved ikke å avvise Energipartner AS, samtidig som Hafslund ble avvist som følge av at selskapet hadde posisjoner i kraftmarkedet.

Ny prøving av avvisningsbeslutningen

- (41) Nemnda er av den oppfatning at det er forutsatt en klageadgang over avvisningsvedtak, basert på kravene til begrunnelse i FOA 2001 § 3-8 (1) og (4) for denne typen vedtak. Når klageadgang er forutsatt plikter oppdragsgiver ved mottak av klage å foreta en reell vurdering av om det er grunnlag for å opprettholde avvisningen.
- (42) HØS har anført at de har foretatt en reell ny prøving, men at det ikke var grunnlag for en omgjøring siden det ikke fremkom nye opplysninger fra Hafslund. Nemnda kan da ikke se at det er grunnlag for Hafslunds anførsel om at oppdragsgiver ikke har foretatt en ny vurdering.

Erstatning

- (43) Nemnda har konstatert brudd på likebehandlingskravet i den forstand at en annen leverandør også skulle vært avvist. Det er ikke grunnlag for å anta at en slik feil ville medført at Hafslund ville avstått fra å delta i konkurransen om de på forhånd hadde visst at feilen ville bli begått.
- (44) Nemnda kan derfor ikke se at det er grunnlag for krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen

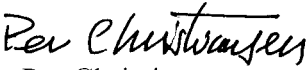
Konklusjon:

HØS har brutt likebehandlingskravet i LOA § 5 ved ikke å avvise Energipartner AS.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

18.06.2007


Per Christiansen