



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale vedrørende porteføljeforvaltning av elektrisk strøm. Klagenemnda fant at innklagede benyttet et ulovlig underkriterium knyttet til tildelingskriteriet "Forvaltningsmodell", og at konkurransen følgelig skulle ha vært avlyst. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 11. juni 2012 i sak 2010/316

Klager: Tafjord Marked AS

Innklaget: Ålesund kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Gro Amdal og Kai Krüger

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Innkjøpssamarbeidet på Sunnmøre v/ Ålesund kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. mai 2010 en konkurranse med forhandling i ett trinn for inngåelse av rammeavtale vedrørende porteføljeforvaltning av elektrisk kraft. Innledningsvis i kunngjøringen var det opplyst følgende om anskaffelsen:

"Kommunene i innkjøpssamarbeidet på Sunnmøre skal ved hjelp av porteføljeforvaltning sikre levering av elektrisk kraft i en periode på 2 år med opsjon på levering i ytterligere 1+1 år. Volumet pr. år er stipulert til ca 100 GWH. I tillegg til det økonomiske aspektet ved fysisk levering, vil kommunene legge vekt på administrative rutiner som fakturering og rapportering CPV: 09310000."

- (2) I tilsvaret til klagenemnda av 3. desember 2010 har innklagede gitt følgende redegjørelse for de ulike elementene som danner prisen på strøm for en kunde som velger å kjøpe denne gjennom porteføljeforvaltning:

"Følgende utgjør prisen kunden betaler (eksemplifisert med priser):

Priselementer	Øre/kWh
<i>A1. Fysisk leveranse – priser på Nord Pool (område NO3)</i>	<i>40,0</i>
<i>A2. Påslag til leverandør, fysisk leveranse</i>	<i>0,8</i>

<i>B1. Finansielle sikringer (Nord Pool eller ustandardiserte kontrakter)</i>	<i>-5,0</i>
<i>B2. Påslag til leverandør, finansiell handel</i>	<i>0,5</i>
Resultat (porteføljepris)	36,3

I tillegg kan det komme påslag (kostnader) forbundet med kjøp av fornybar energi, energioppfølgingsprogram, rapporteringer, ENØK bistand med mer. Disse kostnadene kan legges inn i leverandørenes påslag eller bli priset spesifikt.

Ettersom prisen nevnt A1 prises på Nord Pool og således er fast, vil den pris kunden betaler variere ut fra de påslag leverandøren beregner til seg og ut fra de finansielle sikringer som velges. De finansielle sikringer som velges vil blant annet kunne bidra med å redusere risiko for store svingninger i markedet, både ut fra markedssituasjonen og ut fra de prisområder som er opprettet i landet.

Det som har størst utslag på resultatet (sluttprisen), er finansielle sikringer, benevnt B1 i tabellen. Forvalters oppgave er å skape fortjeneste (gevinster) gjennom finansiell handel av strømkontrakter. For en kommunekunde vil prioritering av forutsigbar strømpris (høy sikringsandel eller makspris) foretrekkes fremfor høy fortjeneste på finansiell handel. Det er derfor essensielt å velge en god porteføljeforvalter. Kvaliteten på porteføljeforvalter vil avhenge av hvilken kompetanse de ansatte besitter og porteføljeforvalterens organisasjon i tillegg til de modeller og systemer som velges. Dette vil således være sentrale forhold ved en konkurranse om kjøp av porteføljeforvaltning.

II.2 Nord pool og bilaterale avtaler

Finansielle kontrakter (B1) handles både på Nord Pool og som ustandardiserte kontrakter. Ustandardiserte kontrakter er kontrakter som handles direkte med motpart og som ikke går via Nord Pool sitt handelsbord.(...)

II.3 Områdepris

Norge har inndelt landet i flere områdepriser, noe som kan bety at kunder må betale forskjellige priser på strøm. I en situasjon med ingen eller liten begrensning i strømnettet, vil strømprisene være tilnærmet like i hele landet. Annerledes dersom etterspørselen er stor i forhold til tilgjengelig kraft. Denne områdeprisen er benevnt A1 i tabellen.

En viktig jobb for porteføljeforvalter er å kunne forutse når, eller om, forskjeller i områdepris vil oppstå. Når en kunde blir liggende i et høypris- eller lavprisområde, vil dette følgelig gi seg utslag i prisen til kunden (A1). Porteføljeforvalter kan gjøre finansielle handler som kan sikre gevinster eller redusere kostnader når kunden blir liggende i hhv. et lavprisområde eller høyprisområde (B1)."

- (3) Frist for inngivelse av tilbud var satt til 10. august 2010. Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på bakgrunn av følgende tildelingskriterier oppstilt i konkurransegrunnlaget punkt 5.1:

"Pris 40 %

- Vurdert i henhold til prisskjema, vedlegg 3

Forvaltningsmodell 40%

- kompetanse hos ansatte (erfaring antall år med samme type kunde/leveranse)
- Organisasjon (stor eller liten)
- Modeller og systemer som brukes (forvaltningsfilosofi)
- Referanserresultater (resultater oppnådd, referansekunder)

Rapportering/adm 20 %

- i hvilken grad krav til rapportering blir oppfylt
- gode rapporter (enkle og oversiktlige?, lett tilgjengeligweb?)
- fakturaoppsett (spesifikasjoner, samordning med nettleverandør etc.)
- organisering av rapportering og fakturering (hvilke personer, hvor i organisasjonen etc.)"

Underpunkt er oppsatt i ikke prioritert rekkefølge og kan bli vektlagt ulikt. Underpunktene er ikke uttømmende."

- (4) Av prisskjemaet, som dannet grunnlaget for evalueringen av "Pris" fremgikk følgende:

Vi ber om at alle påslag spesifiseres i øre/kWh eksklusive merverdiavgift. Påslaget Nord Pool spot områdepris skal dekke alle kostnader og gebyrer leverandøren har med den fysiske leveransen, eventuelt også krav til fortjeneste på denne delen av leveransen.

Dersom tilbudt påslag på kraftforvaltningen ikke dekker handelsgebyrer og andre kostnader med forvaltningen, ber vi om at faste og variable kostnader som belastes porteføljen spesifiseres som angitt. Dersom det beregnes suksesshonorar må prinsipp for beregning av dette angis for seg.

<i>Del I: Fysisk kraft, forvaltning og fakturering</i>	<i>Øre/kWh</i>
<i>Påslag Nord Pool spot områdepris:</i>	
<i>Påslag kraftforvaltning:</i>	
<i>Påslag nettleiehandtering</i>	
<i>Del II: Spesifikasjon av eventuelle kostnader belastet forvaltningsresultatet:</i>	
<i>Faste handelskostnader (øre/kWh):</i>	
<i>Variable handelskostnader (øre/kWh):</i>	
<i>Påslag fornybar energi</i>	

"

- (5) I kravspesifikasjonen fremgikk følgende under overskriften "Generelt om leveransene":

"Leverandør skal forestå anmelding og avregning av oppdragsgivers behov for elektrisk kraft i henhold til vedlagt oversikt i Bilag 5. Leverandør skal handle i det fysiske kraftmarkedet og gjennomføre prissikringshandel i det finansielle kraftmarkedet etter

avtale med oppdragsgiver. Oppdragsgiver ønsker at all rapportering skal skje på norsk med fakturering i NOK.

Oppdragsgiver ønsker leverandør som motpart for alle transaksjoner. Leverandør skal dokumentere/bekrefta sitt avtaleforhold med Nord Pool i det fysiske og finansielle marked.

Oppdragsgiver ønsker primært at leveransen tilbys gjennom en av leverandørens standard forvaltningsmodeller, eventuelt ved at leverandør kommer med et ferdig løsningsforslag for forvaltning av oppdragsgivers kraftportefølje.

Det skal også tilbys en løsning for håndtering av nettleiefakturaer og leverandørens mulighet for å spesifisere dette på samme faktura."

- (6) Videre fremgikk det følgende av kravspesifikasjonen om "Handel og handelsstrategier":

"Oppdragsgiver ønsker primært å kjøpe et standardisert kraftforvaltningsprodukt. Modellen bør baseres på en løpende prissikringsstrategi som omfatter årene 2011 til og med 2014.

Oppdragsgiver vektlegger i stor grad forutsigbarhet og stabilitet i prisene og dette må tas hensyn til i leverandøren sitt kraftforvaltningsprodukt.

I forhold til det standardiserte forvaltningsproduktet ønsker oppdragsgiver at leverandør angir hvilke prinsipper som legges til grunn for handelen, hvilke parametere som er faste og hvilke som kan påvirkes av oppdragsgiver.

Vi ber om at leverandør i tillegg til generell presentasjon, presenterer sin forvaltning ved å svare på følgende spørsmål:

- A: Gi en kort, generell beskrivelse av prinsippene i tilbudte forvaltningsmodell. Hva skiller denne modellen fra andre modeller som er tilgjengelig i markedet?
- B: Hvordan ser risikoprofilen ut for denne forvaltningen? I hvilken grad, og med hvilket formål er aktiv handel en del av forvaltningen?
- C: Dersom det kan dokumenteres resultater for 2008, 2009 og 2010 forutsatt forvaltningsstart i januar 2007, ber vi om at dette spesifiseres.
- D: Dersom det finnes en referansekunde som har fått levert resultatene som angitt under pkt. c, og som vil ha tilnærmet samme prisutvikling dersom oppdragsgiver velger modellen, ber vi om kontakinformasjon til denne.

Vi ber også om at det ved hjelp av modellen under, eller ved tilsvarende oppsett, redegjøres for hvilke standardløsninger som er valgt for forvaltningen, og hvilke av disse som kan tilpasses oppdragsgiver. Oppsettet vil også bli benyttet for å sammenligne de ulike tilbudte modellene:

	Standard løsning	Mulighet for tilpassing
Antall år prissikringshorisont		
Prinsipp for prissikring (indeks, inndeckingsmål eller lignende)		
Håndtering av prisrisiko (maksimal pris, stop-loss eller lignende)		

<i>Håndtering av områdepriser</i>		
<i>Håndtering av valutarisiko</i>		
<i>Håndtering av profilrisiko</i>		
<i>Tidspunkt for fastsettelse av evt. budsjettpris</i>		
<i>Tidspunkt for fastsettelse av maksimalpris, budsjettpris eller lignende</i>		
<i>Hvem tar risiko utover fastsatt maksimalpris, budsjettpris eller lignende</i>		

"

- (7) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra fem leverandører. Dette var blant annet fra Tafjord Marked AS (heretter kalt klager) og LOS AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) Forhandlingsmøter med klager ble avholdt 20. og 25. august 2010. Frist for inngivelse av endelig tilbud ble satt til 3. september 2010. Klager innga endelig tilbud innen fristen.
- (9) I brev datert 3. september 2010 ble tilbyderne informert om at valgte leverandør var innstilt som vinner av konkurransen. Av brevet fremgikk følgende om vurderingene som var foretatt i henhold til tildelingskriteriene pris og forvaltningsmodell:

"PRIS, VEKT 40 %

Prisen ble vurdert i henhold til prisskjema i konkurransegrunnlaget og multiplisert med et årlig oppgitt volum. Vurdert pris inneholder både forvaltningspris og kostnad ved kjøp av fornybar energi. Etter presentasjon og innlevering av justert tilbud fra den enkelte leverandør, mener vi at prisene er direkte sammenlignbare. Samlet sum etter justeringer for valgte leverandør er 1 029 000,-. Differansen ned til rimeligste leverandør [klager] er 4,6 %. Selv om valgte leverandør ikke var best på dette kriteriet, ble likevel prisen samlet sett avgjørende for denne konkurransen.

FORVALTNINGSMODELL, VEKT 40 %

Alle leverandørene ble vurdert som gode på dette kriteriet. Det er likevel forskjell på den enkelte leverandørs dokumenterte kvaliteter. Oppnådd historisk resultat av tilsvarende portefølje er vurdert under dette kriteriet. Valgte leverandør fikk full score på 3 av 4 underkriterier og nest beste score på ett av underkriteriene

(...)

KONKLUSJON

Der er synliggjort tilstrekkelig differanse med hensyn til kriteriene "forvaltningsmodell" og "rapportering/adm" til å kunne oppveie prisforskjellen til valgte tilbyder. Vi konkluderer følgelig med at LOS AS har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet."

- (10) I e-post av 8. september 2010 ba klager om en nærmere begrunnelse for evalueringen av flere av underkriteriene til tildelingskriteriene "Forvaltningsmodell" og "Rapportering/adm". Utdrag av anbudsprotokoll med vedlegg ble oversendt av innklagede i e-post av 10. september 2010. I anbudsprotokollen var det under overskriften "HELHETSVURDERING AV TILBUDENE" gitt en redegjørelse for

evalueringen av tildelingskriteriene. Når det gjelder tildelingskriteriet "Forvaltningsmodell" var det innledningsvis opplyst følgende:

"Vi har vurdert [under]kriteriene med lik verdi! Evalueringsgruppen har også lagt vekt på å behandle kun tilsendt dokumentasjon. Noe skjønn må likevel utvises for å kunne identifisere en vinner."

- (11) Videre fremgikk følgende om evalueringen av underkriteriene "kompetanse hos ansatte (erfaring antall år med samme type kunde/leveranse)", "organisasjon (stor eller liten)" og "referanserresultater (resultater oppnådd, referanse kunder)":

"Kompetanse hos ansatte er vurdert todelt, -finansiell handel og kjøp av fysisk kraft. Forhandlingsgruppen må tillegge dette punktet noe subjektiv vurdering, men gjennomgående mener vi at alle har god kompetanse på området. Vi har imidlertid trekt 1 poeng hos Nordvest Kraft AS fordi den totale kompetansen i fysisk kraft delen er liten og sårbar. Ishavskraft er også trekt 1 poeng, men dette på finansiell handel. Dette fordi selve analysedelen i stor grad blir kjøpt etter behov. Dette utgjør etter vurderingsgruppen sin mening en trussel i forhold til den som har dimensjonert med egne ansatte. (...)

Organisasjon

Vurderingsgruppen har gjennomgått den enkelte sin forvaltningsorganisasjon for fysisk handel og vurdert størrelsen i antall personer og antall TWh som blir behandlet. Gruppen er klar på at Nordvest Kraft AS og Ishavskraft ikke er dimensjonert på samme måte som de øvrige deltakerne og gir derfor de 8 poeng, mens de øvrige får full score (10 poeng).

(...)

Referanserresultater

Referanserresultater er hentet fra tilbuds brevet, presentasjonen eller virkelig oppnådde resultater. Gruppen har diskutert verdien av dette underkriteriet i forhold til om det er direkte sammenlignbart. Vi har kommet frem til at den enkelte har levert inn relevant grunnlag og vi velger derfor å benytte oss av innsendt materiale."

- (12) Poengmatriser vedrørende de ulike tildelingskriteriene var inntatt som vedlegg til anbudsprotokollen. Som vedlegg 8A var det inntatt følgende matrise som viste poengsettingen vedrørende underkriteriet "organisasjon (stor eller liten)":

"

	Organisasjon forvaltning			Organisasjon fysisk handel		
	Personer	TWh		Personer	TWh	
Markedskraft	25(1)	28,000	Nordvest Kraft	3	0,420	8
Bergen Energi	160(2)	55,000	SFE	200(6)	0,750	10
Ishavskraft	22(3)	1,300	Troms Kraft	450(7)	5,000	8
Statkraft Trondheim	4(4)	9,400	Tafford Marked	41	1,200	10

LOS	60(5)	9,000	LOS	60(5)	9,000	10
-----	-------	-------	-----	-------	-------	----

1 12 Forvaltere + 13 analytikere

2 Tot ansatte Bergen Energi

3 Tot ansatte, handelsmiljøet består av 4 personer, kjøper tjenester fra andre

4 Statkraft har 4 forvaltere i Trondheim, Fjordkraft har 87 ansatte

5 Tot ansatte LOS

6 Tot ansatte SFE

7 Tot ansatte Troms Kraft"

- (13) Klager påklaget tildelingen i brev av 17. september 2010. Det ble blant annet anført at evalueringen av tildelingskriteriet *"Forvaltningsmodell"* var i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling, og/ eller fremstod som vilkårlig og grovt urimelig. Innklagede avviste klagen i brev av 23. september 2010.
- (14) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 23. september 2010.
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 12. november 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (16) Tre av underkriteriene til tildelingskriteriet *"Forvaltningsmodell"* er ulovlige, og konkurransen skulle følgelig ha vært avlyst. Det vises til at underkriteriene *"kompetanse hos ansatte (erfaring antall år med samme type kunde/leveranse)"*, *"organisasjon (stor eller liten)"* og *"referanserresultater"* ikke har den nødvendige tilknytning til kontraktsgjenstanden.
- (17) Når det gjelder kriteriet *"kompetanse hos ansatte (erfaring antall år med samme type kunde/leveranse)"* fremgår det ikke at dette knytter seg til personene som skal utføre tjenesten, og må etter klagers oppfatning forstås å rette seg mot leverandørens kompetanse som sådan. Det er ikke etterspurt opplysninger om navn og cv i konkurransegrunnlaget, og under forhandlingene ble det heller ikke spurt om hvilke personer som skulle utføre oppdraget. Det fremgår heller ikke av evalueringsdokumentene at det er noe annet enn selskapets generelle kompetanse som er evaluert.
- (18) At samtlige tilbydere har inngitt opplysninger om dedikert megler, kan ikke få avgjørende betydning, da det i henhold til klagenemndas praksis er en objektiv forståelse av konkurransegrunnlaget som skal legges til grunn.
- (19) Underkriteriet *"organisasjon (stor eller liten)"* er helt klart ulovlig da det utelukkende knytter seg til generelle kvalifikasjoner, og ikke til den konkrete kontrakten. Oppdragsgivere vil generelt hevde at det er en fordel å forholde seg til en stor organisasjon ved alle typer anskaffelser. En stor organisasjon vil per definisjon ha et stort fagmiljø, med de fordeler det innebærer. Et slikt kriterium kan likevel ikke anses å ha den nødvendige tilknytning til kontraktsgjenstanden, fordi det ikke er egnet til å si

noe om kvaliteten på ytelsen. Selv om organisasjonen er stor, herunder har et stort fagmiljø, er det ingen garanti for at oppdragsgiver får nytte godt av dette.

- (20) Når det gjelder underkriteriet "*referanseresultater*" er det ikke sannsynliggjort at dette knytter seg til kvaliteten på de tjenestene som konkret er tilbudt. Evalueringen bygger på historiske tall som ikke er egnet til å si noe om kvaliteten på den leveransen som er tilbudt. Klager viser i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/64. Klager viser også til at konkurransegrunnlaget åpnet for at det kunne tilbys nye/skreddersydde modeller, slik klager også har gjort. Referanseresultatene vil da under ingen omstendighet ha tilknytning til den konkrete leveransen.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (21) Innklagede bestrider at det er anvendt ulovlige tildelingskriterier.
- (22) Når det gjelder underkriteriet "*kompetanse*" påpekes det at erfaring med tidligere leveranser, og øvrig kompetanse hos ansatte som utøver forvaltningen, er av direkte betydning for å kunne identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriet må ses i lys av at det er et underkriterium til tildelingskriteriet "*Forvaltningsmodell*", og at det således er kompetansen tilbyderer kan tilby ved forvaltningen som er aktuell. Samtlige tilbydere, også klager, har vedlagt CV for personer ved handelsbordet. Dette viser at det ikke har vært tvil om hvordan dette kriteriet skulle forstås.
- (23) Organisasjonen rundt handelsbordet har direkte betydning ved fastleggingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette gjelder ikke bare størrelsen på organisasjonen, men også om organisasjonen er utfyllende, ikke bare rundt bordet, men også angående tilgang til analytikere i forhold til valuta, kull, Co2, hydrologi, olje, temperaturutvikling osv. Dette er parametre som påvirker strømprisen, og som vil ha betydning for megleren sine handlinger, og direkte påvirker prisen på produktet innklagede skal anskaffe.
- (24) Underkriteriet "*referanseresultat*" sier noe om hvor vellykket forvaltningen er, målt i øre/kWh, og er den endelige prisen kunden betaler. Det betyr at både fortjeneste (kostnader) til leverandør, selve prisen på den fysiske strømmen, og fortjeneste eller tap knyttet til de finansielle handlingene, er inkludert. Underkriteriet "*referanseresultat*" ble valgt for å kunne sammenligne resultater leverandørene har oppnådd med tilsvarende forvaltning fra andre offentlige kunder. I tillegg sier oppnådd resultat noe om i hvilken grad forvaltningsmodellen totalt sett er vellykket, i form av dedikert utnyttelse av organisasjonen, og kompetanse til fordel for kunden.
- (25) Dokumentasjon av referanseresultater var ikke oppstilt som et absolutt krav da dette ville være konkurransehemmende. Samtlige tilbydere, med unntak av klager, oppga sammenlignbare resultat. For klager ble derfor oppnådd resultat i dagens leveranse lagt til grunn. Dette som en følge av at klager er innklagedes nåværende leverandør, og at klager hadde oppgitt innklagede som referansekunde.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder porteføljeforvaltning av elektrisk strøm som er en uprioritert tjeneste i kategori 27, jf.

vedlegg 6. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig tildelingskriterium

- (27) Klager har anført at tre av underkriteriene til tildelingskriteriet "*Forvaltningsmodell*" er ulovlige. Som begrunnelse har klager blant annet vist til at kriteriene kun retter seg mot leverandørens generelle kvalifikasjoner og at kriteriene av denne grunn ikke har den nødvendige tilknytning til kontraktsgjenstanden. Det er ikke anført at det er sammenfall mellom tildelingskriteriene og oppstilte kvalifikasjonskrav.
- (28) Av forskriften § 13-2 (2) følger det at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand for å være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette er også lagt til grunn av klagenemnda i en rekke saker jf. blant annet klagenemndas avgjørelser i sakene 2009/80 premiss (52) og 2009/285 premiss (24). Klagenemnda viser videre til EU- domstolens avgjørelse i sak C-448/01(Wienstrom) hvor det følger at oppdragsgiver i utgangspunktet står fritt til å velge tildelingskriterier og hvordan de vektles. Tildelingskriteriene må imidlertid være i samsvar med kravene i loven § 5, herunder kravene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Det samme gjelder underkriterier til et tildelingskriterium.
- (29) Foreliggende sak gjelder en uprioritert tjeneste. I forskrift om offentlige anskaffelser del II er det imidlertid stilt opp tilsvarende regler som i forskriften del III for kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Reglene må derfor som utgangspunkt forstås på samme måte, selv om det kan være grunn til å vise noe større tilbakeholdenhet med å overprøve innklagedes vurdering av hvorvidt et tildelingskriterium er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. klagenemndas uttalelser i sak 2011/118 med videre henvisninger til EU-praksis.
- (30) Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å behandle spørsmålet om hvorvidt underkriteriet "*Organisasjon (stor eller liten)*" har den nødvendige tilknytning til kontraktsgjenstanden, herunder er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (31) Anskaffelsen gjelder porteføljeforvaltning av elektrisk strøm, hvor det sentrale elementet er forvaltningsmodellen som tilbys. Leverandørene skal i dette tilfellet fungere som et mellomledd ved innklagedes anskaffelse av strøm, og det sentrale for innklagede vil være hvilken pris som skal betales for strømmen. Strømprisen påvirkes av svingninger i en rekke andre markeder, jf. innklagedes eksemplifisering av hvilke markeder som påvirker prisen på strøm. I denne relasjon har innklagede vist til at det vil være av betydning, for hvordan megleren utfører tjenesten, at han har tilgang til informasjon vedrørende tilstøtende markeder. Klagenemnda er ikke uenig i at tilstedeværelsen av slik komplementær kompetanse innad i organisasjonen, kan være relevant for meglernes utførelse av porteføljeforvaltningen, og at en vurdering av dette i prinsippet kan inngå i en evaluering av hvilken forvaltningsmodell som er den økonomisk mest fordelaktige.
- (32) Når det gjelder den konkrete utformingen av underkriteriet "*Organisasjon (stor eller liten)*" kan klagenemnda imidlertid ikke se at det er en slik vurdering konkurransegrunnlaget legger opp til. Ordlyden henspiller isolert sett på en vurdering av organisasjonens dimensjonering, og klagenemnda kan ikke se at det er noe annet enn

dette som er evaluert, jf. redegjørelsen i anbudsprotokollen, hvor det fremgår at det som er vektlagt under dette kriteriet er antall ansatte og antall terrawattimer som er behandlet. Størrelsen på organisasjonen gir imidlertid ikke nødvendigvis opplysninger om hvilken kompetanse selskapene besitter, av betydning for utførelsen av tjenesten i den angjeldende kontraktperioden. Dette innebærer at innklagede kan vektlegge stor størrelse positivt under tildelingskriteriet "*Forvaltningsmodell*", uten at selskapene nødvendigvis er i besittelse av relevant komplementær kompetanse. Motsatt kan en tilbyder få mindre poeng, alene på bakgrunn av lavt antall ansatte, selv om nødvendig utfyllende kompetanse er tilgjengelig i organisasjonen. Klagenemnda ser at organisasjonens størrelse kan gi en indikasjon på kompetansetilgang, ettersom det kanskje kan antas at en stor organisasjon har et utfyllende fagmiljø, men finner likevel at tilknytningen i dette tilfellet ikke kan anses tilstrekkelig. Innklagede kunne enkelt ha formulert kriteriet på en slik måte at det innklagede har forklart å skulle evaluere med dette kriteriet, hadde blitt fanget opp. Klagenemndas oppfatning er derfor at kriteriet "*Organisasjon (stor eller liten)*", slik det må forstås, ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand.

Avlysning

- (33) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførsle som er fremsatt, må klagenemnda først ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet "*organisasjon (stor eller liten)*" som tildelingskriterium i konkurransen, er en feil som innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.

- (34) Basert på førsteinstansdomstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61):

"Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."

- (35) Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Et tildelingskriterium vil regelmessig ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om de overhodet skal delta i konkurransen og ved utformingen av tilbudet. Betydningen vil kunne variere med den vekt det aktuelle tildelingskriterium er gitt ved evalueringen. Som utgangspunkt bør det likevel legges til grunn at ethvert ulovlig tildelingskriterium kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. Har oppdragsgiver benyttet et slikt kriterium, vil dette forhold derfor normalt utløse en plikt til å avlyse konkurransen. Den foreliggende saken representerer i så måte intet unntak fra denne hovedregel.
- (36) På grunn av det resultat klagenemnda har kommet til, blir klagers øvrige anførsler ikke behandlet.

Konklusjon:

Ålesund kommune har brutt forskriften § 13-2 ved å benytte "*Organisasjon (stor eller liten)*" som underkriterium til tildelingskriteriet "*Forvaltningsmodell*".

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

Bergen, 11. juni 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver