



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av kommunal tjenstepensjon. I konkurransegrunnlaget var blant annet HMS oppført som tildelingskriterium. Klagenemnda fant at anvendelse av HMS som tildelingskriterium ved kjøp av offentlig tjenstepensjon ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand slik det var fremsatt i konkurransegrunnlaget. Kriteriet var således i strid med forskriftens § 22-2 (2).

Klagenemndas avgjørelse 31. august 2009 i sak 2009/10

Klager: Kommunal Landspensjonskasse gjensidig forsikringsselskap

Innklaget: Ski kommune v/ordføreren

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: HMS som tildelingskriterium ved anskaffelse av kommunal tjenstepensjonsordning.

Bakgrunn:

(1) Ski kommune (heretter innklagede) kunngjorde 20. juni 2008 konkurranse med forhandling vedrørende levering av kommunal tjenstepensjonsordning til kommunen. Tilbudsfristen var satt til 15. august 2008. Kommunen benyttet forsikringsmeglerkonsernet Willis AS som rådgiver ved anskaffelsen.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 3, kalt "Kravspesifikasjon", er anskaffelsen beskrevet på følgende måte:

"Det etterspørres tilbud av kommunal tjenstepensjonsordning i henhold til Hovedtariffavtalen for KS' tariffområde (HTA), inkludert Vedtekter for avtalefestet pensjon (APF) og Vedtekter for Tjenstepensjonsordning (TPO)."

(3) Av konkurransegrunnlagets punkt 5, kalt "Tildelingskriterier", fremkommer at tildeling av kontrakt skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 22-2 (1). Ved vurderingen skal følgende kriterier legges til grunn:

„

Forsikringsteknikk	40 %	Poengskala
Premieutjevningssfellesskap	10	1-6
Pensjonskostnad	15	1-6
Forsikringsbart/ikke forsikringsbart	10	1-6
Likviditet	20	1-6
Kapitalbinding	10	1-6
Administrasjon	15	1-6

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

<i>Service og rådgivning</i>	20	1-6
Kapitalforvaltning	40 %	
<i>Kapitalforvaltningspremie</i>	20	1-6
<i>Avkastning/risikoforhold</i>	15	1-6
<i>Samfunnsansvar</i>	15	1-6
<i>Service og rådgivning</i>	20	1-6
<i>Tilbyders forvaltnings-kompetanse</i>	15	1-6
<i>Tilbyders selskapsform/ek-betjening</i>	5	1-6
<i>Annet, for eksempel flerårig forvaltningsløsninger, flyttekostnader m.m</i>	10	1-6
Annet	20 %	
<i>HMS</i>	90	1-6
<i>Lån til ansatte</i>	10	1-6
SUM	100 %	

- (4) Fra konkurransegrunnlaget punkt 5.4.1, kalt ”HMS og lån til ansatte”, hitsettes følgende:

”5.4.1 HMS og lån til ansatte

Om HMS og lån til ansatte: Tilbyder skal her beskrive hva som tilbys vedrørende aktiv seniorpolitikk, HMS-relaterte tjenester og lån til ansatte.

Tabell 51: HMS, seniorpolitikk, annet

Tjenester	
<i>Tilbys bistand for mer aktiv seniorpolitikk?</i>	Ja ☐ Nei ☐ Redegjør.
<i>Tilbys HMS-relaterte tjenester?</i>	Ja ☐ Nei ☐ Redegjør.
<i>Tilbys lån til ansatte?</i>	Ja ☐ Nei ☐ Redegjør.
<i>Planlagte eller mulige endringer hos tilbyder</i>	Effekt for kundebetjening og avtaleforhold

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, deriblant fra KLP (heretter klager) og Vital (heretter valgte leverandør). En av tilbyderne ble avvist, ettersom det ble tilbudt en annen tjeneste enn den som ble etterspurt i konkurransegrunnlaget.
- (6) Av klagers tilbud fremkom blant annet:

”1. Tilbud HMS – samarbeid Ski kommune og KLP

KLP er en pådriver og erfaringsformidler innen forebyggende arbeidsmiljøtiltak. Som markedsleder på offentlig tjenstepensjon har vi opparbeidet et unikt erfaringsgrunnlag innen HMS som vi ønsker å dele med våre kunder. Som eksempel kan vi nevne at vi har arbeidet med prosjekter innen seniorpolitikk / livsfasetilpasset personalpolitikk, lederutviklingsprogrammer, sykefravær / nærværprosjekter, ”myndiggjorte medarbeidere” med mer. Til Ski kommune kan vi tilby en ramme på inntil kr. (...)¹ til

¹¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

sammen over en 3- års periode. I dette beløpet ligger både tilskudd til konkrete tiltak / prosjekter, samt bruk av våre ressurser innenfor HMS.”

- (7) Forhandlingsmøter med tilbyderne ble avholdt 28. august 2008. Av invitasjonen til møtene fremkom at HMS var ett av forholdene som skulle drøftes:

”Vi vil drøfte selskapets totale tilbud generelt og pris på rentegaranti, forvaltningskostnad og HMS tilbud spesielt.”

- (8) På forhandlingsmøtet deltok innklagedes HMS-ansvarlige, som redegjorde for hvilke HMS-tiltak man så for seg de nærmeste årene. Det ble gitt mulighet til å inngi revidert tilbud innen 2. september 2008.

- (9) Samtlige tilbydere inngav reviderte tilbud innen fristen, og alle økte blant annet andelen av ”frie midler” til bruk i innklagedes HMS-arbeid. Klager økte sin HMS-andel av frie midler til (...)².

- (10) Klager, ved Gry Lovlund, sendte 28. oktober 2008 en e-post til ordfører, rådmann og gruppeleder i Ski kommune. Fra e-posten hitsettes:

”I rådmannens innstilling med vedlegg fremgår at KLP kommer best ut på de kriterier som er knyttet til de økonomiske forhold, forsikringsteknikk og kapitalforvaltning (4,6728), mens Vital, som er innstilt som nr. 1, kommer dårligst ut på disse kriteriene (4,516). Etter at det tas hensyn til HMS endres dette til at Vital kommer best ut (5,716) og KLP dårligst (5,3508).

KLP anbefaler politikerne å foreta sin egen vurdering av om dette er i overensstemmelse med det overordnede kriteriet om valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Vi vil særlig peke på følgende forhold som politikerne bør vurdere:

HMS-bistand. *Ski kommune får i seg selv ingen fordel av å få midler til bruk i HMS-arbeidet. Det er først dersom HMS-bistanden har en økonomisk målbar effekt for kommunen, at HMS-bistanden bidrar til kommunens økonomi. Videre er det bare dersom HMS-bistanden har en effekt på kommunens pensjonskostnader, for eksempel ved lavere AFP-uttak, at HMS-bistand bidrar til å gjøre tilbudet om pensjonsordning mer økonomisk fordelaktig. Slik effekt er svært vanskelig å måle. Det vesentlige er at innsatsen konsentreres om de forhold som faktisk kan få betydning for sykefravær og pensjoneringsmønster, og det er ikke slik at det nødvendigvis er de dyreste tiltak og prosjekter som gir best effekt. I saksfremlegget for formannskapet er det ikke angitt noen vurdering av hvordan de HMS-midler som er tilbudt er tenkt benyttet, utover at det foreslås nedsatt en gruppe til å følge opp bruken av midlene, og at det foreslås en friskvernskonsulent. Det er ikke angitt noe om hvilken effekt midlene eller bruken av disse vil kunne ha på økonomien i kommunenes pensjonsordning – verken på kort eller lang sikt. Det kan ikke uten videre legges til grunn at det pensjonstilbudet som inneholder høyest garantert HMS-bidrag er det pensjonstilbud som er det økonomisk mest fordelaktige for Ski kommune.”*

- (11) Formannskapet behandlet saken i møte 29. oktober 2008, og traff enstemmig vedtak om å innstille på å inngå kontrakt med valgte leverandør om levering av tjenestepensjonsordning. Fra referatet fra formannskapsmøtet hitsettes:

” [...]

Arbeidsgruppens anbefaling og rapporten fra Willis er drøftet med de tillitsvalgte, se vedlagte drøftingsreferat (vedlegg 2). Det fremgår her at det er enighet om at anbudskonkurransen utpeker Vital som vinner og at Ski skifter leverandør av tjenestepensjon fra KLP til Vital.

[...]

Vurdering:

[...]

Når det gjelder vurderingen av tilbudene og vektning av de forskjellige elementene vil rådmannen særlig vise til rapportens side 4. Her gis en oppstilling som veldig tydelig viser resultatet av konkurransen. [...]

På en poengskala der man maks kan oppnå 6 poeng pr. element har Vital oppnådd 91,7 poeng, Storebrand 89,23 poeng og tilslutt KLP med 88,56 poeng.

Det er på noen enkeltpunkter at forskjellene mellom selskapenes tilbud viser seg, se tabell side 4. For ytterligere utdyping vises til begrunnelse sidene 5-8.

[...]

HMS har vært et viktig punkt, spesielt for de tillitsvalgte, og stigende sykefravær har vært fokusert sterkt politisk. Alle selskapene har gode konsepter for dette området og disse vurderes som like gode. Det som gjør forskjellen i oppnådd poeng er imidlertid direkte tilskudd i form av frie disponible midler og uttak av tjenester. Her er det Vital som scorer absolutt best med(...). De tilbyr nesten det doble av KLP og (...) mer enn Storebrand.

Midlene og tjenestene kan tas ut suksessivt gjennom avtaleperioden og rådmannen ser for seg tiltak som engasjement av ”Friskvernkonsulent” og andre konkrete og målrettede tiltak i forskjellige livsfaser, eks. seniorer og gravide.

[...]

Økonomiske konsekvenser:

Ved å velge Vital får Ski kommune det tilbudet som anses mest gunstig økonomisk. I dette ligger sparte omkostninger til forsikringspremie, omkostninger og budsjett til ikke-forsikringsbare ytelser med (...). Videre et HMS tilskudd i størrelsesorden (...). Kommunen unngår innkreving av egenkapital til KLP med (...). Frigjøring av egenkapitalinnskudd på minimum (...) millioner.”

- (12) Av innleide konsultentselskap Willis’ rapport, som det vises til i ovennevnte referat, fremkommer på side 4 følgende tabell:

”

SKI KOMMUNE								
Forsikringsteknikk	40 %	Poengskala	STB	VIT	KLP	STB	VIT	KLP
<i>Premieutjevningfelleskap</i>	<i>10</i>	<i>1-6</i>	<i>6</i>	<i>6</i>	<i>6</i>	<i>0,24</i>	<i>0,24</i>	<i>0,24</i>
<i>Pensjonskostnad</i>	<i>15</i>	<i>1-6</i>	<i>6</i>	<i>6</i>	<i>6</i>	<i>0,36</i>	<i>0,36</i>	<i>0,36</i>

<i>Forsikringsbart/ikke forsikringsbart</i>	10	1-6	5	5	6	0,2	0,2	0,24
<i>Likviditet</i>	20	1-6	5,83	6,0	5,76	0,4664	0,48	0,4608
<i>Kapitalbinding</i>	10	1-6	6,0	6,0	6,0	0,24	0,24	0,24
<i>Administrasjon</i>	15	1-6	5,9	6,0	5,2	0,354	0,36	0,312
<i>Service og rådgivning</i>	20	1-6	6,0	6,0	6,0	0,48	0,48	0,48
Kapitalforvaltning	40%					2,3404	2,36	2,3328
<i>Kapitalforvaltningspremie</i>	20	1-6	3,4	3,2	6,0	0,272	0,256	0,48
<i>Avkastning/risikoforhold</i>	15	1-6	6,0	6,0	6,0	0,36	0,36	0,36
<i>Samfunnsansvar</i>	15	1-6	6,0	6,0	6,0	0,36	0,36	0,36
<i>Service og rådgivning</i>	20	1-6	6,0	6,0	6,0	0,48	0,48	0,48
<i>Tilbyders forvaltningskompetanse</i>	15	1-6	5,0	6,0	5,0	0,3	0,36	0,3
<i>Tilbyders selskapsform/ek-betjening</i>	5	1-6	6,0	6,0	4,0	0,12	0,12	0,08
<i>Annet, for eksempel flerårige forvaltningsløsninger, flyttekostnader m.m.</i>	10	1-6	6,0	5,5	5,5	0,24	0,22	0,22
Annet	20%					2,132	2,156	2,28
<i>HMS</i>	90	1-6	4,1	6,0	3,1	0,738	1,08	0,558
<i>Lån til ansatte</i>	10	1-6	6	6	6	0,12	0,12	0,12
SUM	100%					0,858	1,2	0,678
			89,23	91,7	88,56	5,3304	5,716	5,2908

- (13) I rapportens punkt 1.1 fremkommer Willis' begrunnelsen for poenggivningen. Det uttales der blant annet:

”[...]

Annet (HMS og lån til ansatte)

Samtlige tilbydere har gode og sammenlignbare tilbud om lån til ansatte,

Samtlige tilbydere har gode HMS konsepter som tilbys kommunen. Konseptene vurderes som like gode. I tillegg har selskapene tilbudt økonomiske tilskudd i kombinasjon av uttak av tjenester og frie disponible midler.

KLP kr. (...), Storebrand kr.(...) og Vital (...).

Ved vurderingen av dette punktet har vi brukt samme kvantitative målemetode som ved andre direkte sammenlignbare tallstørrelser. Dette medfører at Vital scorer 6 poeng, Storebrand 4,1 poeng og KLP 3,1 poeng.”

- (14) I rapportens punkt 1.2 foretar Willis en oppsummering og anbefaling, hvor det fremkommer følgende:

”Etter en samlet vurdering anbefales Ski kommune å flytte sin pensjonsordning fra KLP til Vital med følgende begrunnelse:

- Vital har det beste økonomiske tilbudet som oppsummerer seg i best score totalt sett.*

- *Vital har en samlet forsikringspremie, omkostninger og budsjett til ikke-forsikringsbare ytelser som ligger ca kr. (...) under KLP.*
- *Kostnader til lønn og G forutsettes like og er leverandøruavhengig.*
- *Vital gir et tilbud på HMS siden som ligger langt over konkurrentene. En stor del av dette beløpet stilles til rådighet for Ski kommune og muliggjør for eksempel en prosjektstilling. Det samlede tilbud er på kr. (...).*
- *Kommunen unngår egenkapitalinnkreving fra KLP på ca (...).*
- *Det frigjøres et egenkapitalinnskudd i KLP på ca (...) kroner. (Per årsskiftet 2008/2009 vil dette utgjøre minst (...) kroner). Willis anbefaler at dette egenkapitalinnskuddet settes i fond for å sikre at man ved en eventuell senere anbudskonkurranse har egenkapital til å kunne velge KLP.*

(15) Klager sendte 31. oktober 2008 en e-post til gruppelederne i kommunestyret, hvor det argumenteres for at HMS ikke kan benyttes som tildelingskriterium ved anskaffelse av kommunal tjenstepensjonsordning. Fra e-posten hitsettes:

"VEDRØRENDE HMS

Vi registrerer den høyst relevante diskusjonen knyttet til de økonomiske midlene som tilbys i forbindelse med HMS. Det er avtale om pensjonsordning kommunen skal inngå, og det er derfor god grunn til å reflektere over nivået på tilbudte tilleggsytelser.

Til kommunens foreløpige orientering, kan vi opplyse at vi gjør vurderinger knyttet til om det er i strid med reglene om offentlige anskaffelser å legge vekt på HMS-bistand ved vurderingen av hvilket tilbud på tjenstepensjonsordning som er økonomisk mest fordelaktig.

Dette med basis i følgende:

- *I følge konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon er det kommunal tjenstepensjonsordning som etterspørres. HMS-midler/HMS-bistand er ikke egnet til å utpeke hvilken tilbyder som har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på kommunal tjenstepensjonsordning, men bare hvem som har det beste HMS-tilbudet.*
- *Det er ikke dokumentert noen sammenheng mellom HMS-bistanden/HMS-midler og økonomien i en tjenstepensjonsordning. Tvert imot vil de fleste elementene som inngår i HMS-bistanden være helt uten betydning for økonomien i ordningen.*
- *Omfanget av HMS-bistanden og størrelsen på HMS-midlene i forhold til administrasjonskostnadene viser med tydelighet at HMS er en selvstendig kontraktsytelse ved siden av tjenstepensjonsordningen, som ikke står i naturlig sammenheng med det behov tjenstepensjonsordningen skal dekke.*
- *Kriteriet "HMS-relaterte tjenester" i konkurransegrunnlaget er for lite spesifisert til at det kan brukes som et tildelingskriterium. Det fremgår ikke hva slags HMS-bistand Ski kommune etterspør og vil vektlegge ved vurderingen av tilbudene."*

(16) Parallelt med innklagedes anbudsprosess, var spørsmålet om anvendelse av HMS som tildelingskriterium tema mellom tariffpartene i kommunal sektor. Partene på arbeidsgiver- og arbeidstakersiden har opprettet et felles organ, Pensjonskontoret, for ivaretagelse av interesser i pensjonsspørsmålet. Pensjonskontoret sendte 31. oktober 2008 brev til leverandørene av offentlig tjenstepensjon og til kommunenes rådgivere,

herunder innklagedes rådgiver, om bruken av HMS i anskaffelsesprosessene i 2008. Fra brevet hitsettes:

"[...]

En av problemstillingene var å undersøke om tilbyders støtte til ulike prosjekter i forbindelse med kommunenes arbeid med HMS reelt sett er en premierabatt og således i strid med premieutjevningsprinsippet i HTA pkt. 2.18, jf. TPO-vedtektene § 13-2.

Saken var oppe til behandling i Pensjonskontorets styre den 16.10.2008. Pensjonskontorets styre fattet her følgende vedtak (sak 44/08):

"Pensjonskontoret ser det som positivt at det arbeides med HMS-arbeid og dette kan være med å dempe kostnadene i pensjonsordningen på sikt. Ved bruk av felles midler er det avgjørende at det utformes slik at alle deltakere kan ha nytte av det. Pensjonskontoret oppfatter at støtte til ulike prosjekter i forbindelse med kommunenes HMS-arbeid, slik det er lagt opp til i årets anbudsrunde, reelt sett kan være en premierabatt, og således i strid med premieutjevningsprinsippet i HTA pkt. 2.1.8, jf. TPO-vedtektene § 13-2. Bruk av 3 (5) – års økonomiske rammer i tilbudene kan synes å ha en konkurransehemmende virkning."

- (17) Kommunestyret behandlet saken 5. november 2008. Forut for behandlingen sendte klager en e-post til rådmannen, hvor det ble meddelt at "KS og Fagforbundet har i ettermiddag signert følgende protokoll [...]"

Enighetsprotokoll

Pensjonsleverandørenes tilskudd til HMS-tiltak

KS og fagforbundet ser det som positivt at det arbeides målrettet med relevante HMS-tiltak, og legger til grunn at dette kan være med på å redusere kostnadene i pensjonsordningen på sikt. Ved bruk av felles midler er det imidlertid avgjørende at økonomiske bidrag til HMS-tiltak utformes slik at alle deltakere i pensjonsordningen kan ha nytte av det.

KS og Fagforbundet vurderer det slik at støtte til ulike prosjekter i forbindelse med kommunenes HMS-arbeid, slik det er lagt opp i årets anbudsrunde, reelt sett kan være en premierabatt, og således være i strid med premieutjevningsprinsippet i HTA pkt. 2.1.8, jf. TPO-vedtektene § 13-2. Videre kan bruk av 3 (5)-års økonomiske rammer i tilbudene ha en konkurransehemmende virkning.

KS og Fagforbundet mener at HMS-tilskudd på pensjonsleverandørene som ikke ivaretar prinsippene i første avsnitt overfor er i strid med Hovedtariffavtalen og TPO-vedtektene."

- (18) Samme dag meddelte valgte leverandør at selskapet ville dekke alle omkostninger som måtte påløpe i kjølvannet av kommunestyrets beslutning om å tildele dem kontrakten. Kommunestyret traff følgende vedtak:

"Kommunestyrets vedtak er:

- 1. Ski kommune inngår avtale med Vital for sin tjenstepensjonsordning.*
- 2. Avtalen inngås for 3 år med rett til forlengelse for 1 + 1 år.*

3. *Tilbakebetalt egenkapital i forbindelse med uttreden fra KLP settes på fond øremerket "Egenkapital pensjon".*
 4. *Ski kommune tar enighetsprotokollen av 05.11.08 mellom KS og fagforbundet til etterretning og vil i samarbeid med Vital se til at alle kommunene i Vitals premieutjevningssfellesskap får opplysning og tilgang til de forskjellige prosjekter Ski kommune gjennomfører og resultatene av dem.*
 5. *Det nedsettes en partssammensatt arbeidsgruppe som skal følge opp planlegging av HMS-tiltak."*
- (19) Vedtaket ble meddelt tilbyderne ved brev 6. november 2008. Som bakgrunn og begrunnelse for beslutningen ble kommunens saksfremstilling vedlagt. Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 12. januar 2009.
- (20) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev fra KLP 22. januar 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (21) Vedrørende innklagedes avvisningspåstand, anfører klager at det ikke er grunnlag for avvisning av saken fra klagenemnda, jf. forskrift for klagenemnda for offentlige anskaffelser § 9. Det er ikke Pensjonskontorets mal klager ønsker prøvd lovligheten av, men innklagedes bruk av denne malen i den konkrete anskaffelsesprosessen. Innklagede har et selvstendig ansvar for å påse at konkurransegrunnlaget som benyttes er i samsvar med de krav regelverket for offentlige anskaffelser setter.
- (22) Forskriften skiller klart mellom hva som skal anskaffes (kontraktsgjenstanden) og kriteriene for tildeling av kontrakt, jf. for eksempel § 8-1 (1) som gjelder utarbeidelse av konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget er det også gjort et slikt klart skille, ved at kravspesifikasjonene fremgår av punkt 3 og tildelingskriteriene av punkt 5. Klager anfører at HMS-tjenester ikke er en del av kontraktsgjenstanden, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3 som angir kravspesifikasjonen. Verken hovedtariffavtalen eller lovverket om tjenstepensjon knytter HMS-tjenester/HMS-tilskudd til levering av kommunal tjenstepensjonsordning. Det dreier seg således om selvstendige tjenester, herunder tilskudd, som ikke har betydning for tjenstepensjonsordningen.
- (23) Innklagede har erkjent at HMS-tjenestene er å betrakte som en tilleggsytelse til tjenstepensjonsordningen, og anfører at HMS, gjennom konkurransegrunnlaget, er gjort til en del av kontraktsgjenstanden, og at det ikke *"er i strid med regelverket å kombinere en hovedytelse med en eller flere tilleggsytelser"*. Etter klagers oppfatning er det i strid med regelverket å blande sammen kravspesifikasjon/kontraktsytelse med tildelingskriteriene. Klager anfører at det klart må fremgå av konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver etterspør slike tilleggsytelser, at det konkretiseres hva tilleggsytelsen skal bestå i og at tjenestene knyttes opp mot økonomien i tjenstepensjonsordningen. Dersom den regelverksforståelse som innklagede legger til grunn er korrekt, vil dette innebære at også tildelingskriteriet *"lån til ansatte"* er en del av kontraktsgjenstanden, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5, herunder punkt 5.4.1. En leverandør som ønsker å score høyt, vil i teorien kunne tilby slike lån til en sterkt rabattert rente. I likhet med tilskudd som ytes til kommunens HMS-arbeid, vil heller ikke gunstige lånebetingelser ha noe tilknytning til tjenstepensjonsordningen.

- (24) Klager anfører at tildelingskriteriet HMS-tjenester, slik dette er beskrevet i konkurransegrunnlaget, ikke har tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriftens § 22-2 (2) første punktum. Vilkåret om at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, innebærer blant annet at kriteriene må ha betydning for tilbudets økonomiske verdi for oppdragsgiver, jf. klagenemndas sak 2008/119. I vilkåret ligger også et krav om at kriteriene må knytte seg til den aktuelle kontrakten, jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra 2006 punkt 15.1.1. Det er videre krav om at vilkårene også må være egnet til å identifisere egenskaper ved den etterspurte ytelsen, det vil si påvise kvalitative eller kvantitative fortrinn ved selve kontraktsgjenstanden, jf. forskriftens § 22-2 (2), jf. sak 2003/320, Trygstad, Tildeling av offentlige kontrakter, side 88, samt Dragsten/Lindalen, Kommentartutgave til offentlige anskaffelser, bind II, side 1254. At tildelingskriteriet må knytte seg til egenskaper ved kontraktsgjenstanden fremkommer også indirekte av den veiledende oppstillingen av tildelingskriterier i forskriftens § 22-2 (2) annet punktum.
- (25) Hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på tjenstepensjon, avhenger av hvilken tilbyder som kan oppfylle de krav, som etter tariffavtaler og lovgivning gjelder for en kommunal tjenstepensjonsordning, på best og billigst måte. Dette avspeiles også i de tildelingskriteriene som kontrakten skal tildeles etter, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5. Kriteriene under hovedbolkene "*Forsikringsteknikk*" og "*Kapitalforvaltning*" vedrører kostnader ved å ha tjenstepensjonsordning, samt kvaliteten på tjenstepensjonsordningen. Kriteriene under "*Annet*", om HMS og lån til de ansatte, skiller de seg fra de øvrige kriteriene. Det fremstår som opplagt at det å yte et uspesifisert kontanttilskudd på flere millioner kroner til HMS-arbeid, ikke uttrykker noen egenskaper ved en kommunal tjenstepensjonsordning. Innklagede synes ikke å bestride at HMS-midlene som er stilt til kommunens disposisjon, ikke uttrykker noen kvalitative eller kvantitative egenskaper ved tjenstepensjonsordningen, og derfor heller ikke kan sies å ha tilknytning til kontraktsgjenstanden
- (26) Hovedformålet med HMS-tiltak er å utvikle et godt arbeidsmiljø. Elementene som inngår i tilbyderens HMS-tilbud har ingen betydning for leveransen av, eller påvirkning på økonomien i tjenstepensjonsordningen. Det dreier seg hovedsakelig om tiltak som skal ivareta andre oppgaver innklagede har.
- (27) Hovedelementet i valgte leverandørs HMS-tilbud er et kontanttilskudd på (...) kroner som innklagede fritt kan benytte til HMS-tiltak i kommunen. Klager bestrider ikke at tilskuddet representerer en økonomisk målbar fordel for innklagede. Det kan imidlertid ikke generelt påvises at HMS-tiltak har noen påvirkning på økonomien i en pensjonsordning. De fleste elementene som inngår i tjenstepensjonsleverandørens HMS-tilbud, vil være helt uten betydning for en tjenstepensjonsordning. Uansett vil tiltak for å begrense antallet uføre og redusere kostnadene til AFP, bare i teorien kunne påvirke pensjonskostnadene. Forutsetningen er imidlertid at ikke bare innklagede, men også andre kommuner innefor valgte leverandørs premieutjevningsselskap, iverksetter slike tiltak og at tiltakene viser seg å virke. Endringen i antall uføre/AFP-uttak innenfor en kommune på innklagedes størrelse, vil ikke kunne påvirke premien i valgte leverandørs premieutjevningsselskap.
- (28) Klager anfører videre at omfanget og verdien av HMS-tilskuddet, sett i forhold til kostnadene ved å administrere selve tjenstepensjonsordningen, med tydelighet viser at

HMS-tilbudet er en selvstendig kontraktsytelse. Dersom det var innklagedes mening at anbudet skulle omfatte slike HMS-ytelser, burde dette fremgått klart av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon.

- (29) Innklagede viser til klagers nettsider, hvor HMS er omtalt under overskriften ”*Offentlig tjenstepensjon i KLP*”. Klager bestrider ikke at HMS brukes i markedsføringen av tjenstepensjonsløsninger, slik også valgte leverandør og Storebrand gjør. At livsforsikringsselskaper i markedsføringen trekker inn andre typer tjenester enn rene pensjonsytelser, betyr imidlertid ikke at kjøpere av offentlig tjenstepensjon, uten begrensninger, kan bruke slike tilleggsytelser som tildelingskriterium for å utpeke det beste tilbudet på tjenstepensjonsordning. Kriteriene må imidlertid ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriftens § 22-2 (2).
- (30) Klager anfører videre at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 å benytte HMS som tildelingskriterium, når dette reelt sett utgjør en selvstendig kontraktsytelse. Dersom innklagede ønsket å anskaffe HMS-tjenester, burde det kommet til uttrykk i konkurransegrunnlagets punkt om kravspesifikasjon. Dersom klagenemnda mot formodning skulle komme til at det foreligger tilstrekkelig nær tilknytning mellom levering av kommunal tjenstepensjonsordning og HMS-støtte, vil kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 likevel være overtrådt, ved at det ikke fremgår av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon at tilbyderer etterspør selvstendige HMS-tjenester og kontanttilskudd for å finansiere HMS-tiltak i kommunen.
- (31) Det presiseres at grunnlaget for anførselen ikke er, slik innklagede synes å legge til grunn i tilsvaret, at klager ikke var kjent med at innklagede etterspurte HMS-tjenester. Klagers anførsel bygger på at HMS overhodet ikke er omtalt i kravspesifikasjonen, men er kamuflert som et tildelingskriterium. I tillegg kommer at det verken er presisert hva HMS-tjenestene skal bestå i, eller etter hvilke kriterier HMS-tilbudene skal vurderes.
- (32) Det bemerkes videre at klager ikke bestrider at selskapet hadde et godt statistisk materiale over innklagedes ansatte, og også kjennskap til noen av innklagedes utfordringer. Ettersom det avgjørende for konkurransen var størrelsen av HMS-tilskuddet, og ikke hvem som hadde de best tilpassende HMS-tjenestene, var imidlertid denne kunnskapen uten betydning. Klager anfører at denne fremgangsmåten representerer et brudd på kravet til forutberegnelighet, men ber klagenemnda også vurdere om handlemåten var i strid med kravene til likebehandling og etterprøvbarhet.
- (33) Det anføres videre at tildelingskriteriet HMS uansett må anses uklart. Av klagenemndas praksis følger at tildelingskriteriene må være klart utformet, slik at alle rimelig aktsomme leverandører vil forstå kriteriene på samme måte, jf. sak 2006/65. Borgarting lagmannsrett har i dom avsagt 28. april 2007 (LB-2007-4676) uttalt at kriteriet vil være tilstrekkelig presist og forutberegnelig ”*så lenge det er mulig å utlede det konkrete innholdet i et kriterium av en alminnelig og naturlig forståelse av ordlyden*”, jf. også Høyesteretts dom i sak HR-2008-02134-A.
- (34) EF-domstolen har oppstilt som vilkår at tildelingskriteriene utformes slik at de gir anvisning på en objektiv vurdering, samt at de presist angir hvilke egenskaper som skal vurderes. Selv om tildelingskriteriene forstås på samme måte av leverandørene, kan de uansett ikke utformes slik at de gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn ved tildelingen av kontrakten, jf. EF-domstolens avgjørelser i sakene C-31/87 (Beentjes), C-

315/99 (Concordia) og C-19/00 SIAC Construction. I dette ligger at tildelingskriteriene må utformes slik at de kan gradere de konkurrerende tilbud ut fra hvor godt de imøtekommer bestemte behov ved anskaffelsen, jf. Trygstad, Tildeling av offentlige kontrakter, side 46. I dette tilfellet presiserte ikke innklagede hva slags HMS-tjenester det var behov for, eller hvilket omfang HMS-tilskuddet måtte ha for å ivareta innklagedes behov. Konkurranses grunnlaget inneholdt heller ingen kriterier for hvordan HMS-ytelsene skulle vurderes. Det var derfor overlatt til kommunens frie skjønn å vurdere leverandørenes HMS-tilbud.

Innklagedes anførsler:

- (35) Ved utlysningen av anbudskonkurransen anvendte innklagede den omforente konkurransegrunnlagsmalen utarbeidet av Pensjonskontoret. Innklagede anfører på denne bakgrunn at saken i realiteten omhandler lovligheten av Pensjonskontorets mal, slik at den ikke er egnet for behandling i klagenemnda. Det anføres at saken således må avvises.
- (36) Innklagede anfører videre at det som skal anskaffes er beskrevet i konkurransegrunnlagets punkt 5. Selv om dette punktet er betegnet som ”Tildelingskriterier”, inneholder det en oversikt over kravspesifikasjon og tildelingskriterier. Under punkt 5.4.1 er HMS-tjenester etterspurt. Videre fremkommer de enkelte elementer under den etterfølgende tabell 51. Det er ikke i strid med regelverket å kombinere en hovedytelse med en eller flere tilleggssytelser slik det her blir gjort.
- (37) Innklagede anfører videre at det er en naturlig og saklig sammenheng mellom hovedytelsen og HMS-tjenester som tildelingskriterium. Det vises til at det ved forberedelsen til anskaffelsesprosessen var klargjort at man ved anvendelse av HMS som tildelingskriterium ønsket midler til HMS-prosjekter, som skulle planlegges og iverksettes på sikt. En ekstern finansiering er etter innklagedes syn en åpenbar økonomisk og målbar fordel for innklagede, som har som målsetting å redusere blant annet kostnadene til AFP-uttak. Det vises til klagers egne nettsider, hvor kommunal tjenstepensjon og HMS er knyttet sammen under overskriften ”Offentlig tjenstepensjon i KLP”. Innklagede anfører på denne bakgrunn at HMS har tilknytning til kontraktsgjenstanden, slik at det er et saklig og lovlig tildelingskriterium i medhold av forskriftens § 22-2 (2).
- (38) Det er heller ikke i strid med lovens § 5 å kombinere en hovedytelse med en tilleggssytelse. Innklagede viser til at klager, inntil årsskiftet, var innklagedes leverandør av tjenstepensjon, slik at klager er den aktør som har best kjennskap til hva HMS-tjenester innebærer for innklagede. Det vises dessuten til at det tydelig fremgår av konkurransegrunnlaget at HMS er et viktig kriterium i konkurransen, herunder at det er vektet med 20 prosent. Kriteriets betydning er også fremhevet i klagers tilbud til innklagede, hvor det blant annet uttales at ”Som markedsleder på offentlig tjenstepensjon har vi opparbeidet et unikt erfaringsgrunnlag innen HMS som vi ønsker å dele med våre kunder.”
- (39) Når det gjelder klagers anførsel om at tildelingskriteriet HMS er uklart, vises det til konkurransegrunnlagets punkt 5.4.1, hvor HMS er angitt som tildelingskriterium, og tabell 51, hvor det er nærmere angitt hvilke elementer HMS skulle bestå av. I tillegg ble det gjennomført forhandlinger hvor innklagedes HMS-rådgiver deltok, diskuterte og

ytterligere utdypet hva HMS-tjenestene konkret innebar for innklagede. HMS var også angitt i selve invitasjonen til forhandlingsmøtene med de ulike tilbyderne.

- (40) Ved forhandlingene fikk tilbyderne ytterligere utdypet hvilke tiltak innklagede anså relevante i det fremtidige HMS-arbeidet. Etter forhandlingsmøtet økte klager den økonomiske rammen til (...) kroner over en 3 års periode. Det fremgikk også av det reviderte tilbudet at ytterligere støtte ville kunne påregnes ved gode HMS-prosjekter i kommunens regi. Det vises dessuten til at de øvrige tilbyderne forstod HMS-kriteriet på samme måte.
- (41) Dersom kriteriet var uklart har klager hatt god anledning til å ta dette opp direkte under forhandlingsmøtet med innklagede, hvor nettopp HMS var ett av punktene som ble drøftet.
- (42) Avslutningsvis anføres at Pensjonskontorets mal er så utbredt blant kommuner at kriteriet HMS-tjenester ikke kan anses å være verken uklart eller bryte med prinsippet om forutberegnelighet i lovens § 5.
- (43) Innklagede anfører på denne bakgrunn at det ikke foreligger brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste art og verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juni 1999 nr. 96 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriftens §§2-1 og 2-2.
- (45) Innledningsvis bemerker klagenemnda at klager også har klaget inn Kongsvinger kommune i sak 2009/19, som gjelder anskaffelse av kommunal tjenstepensjonsordning. Sakene ble avgjort samme dag og har noenlunde sammenfallende anførsler.

Avvisning av saken

- (46) Innklagede anfører at ettersom saken dreier seg om lovligheten av Pensjonskontorets mal, er den ikke egnet for behandling i klagenemnda, slik at den må avvises i medhold av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.
- (47) Klagenemnda bemerker at, slik nemnda oppfatter saken, reiser den spørsmål om hvorvidt HMS kan anvendes som tildelingskriterium ved anskaffelse av offentlig tjenstepensjon. Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for å avvise klagen i medhold av klagenemnds forskriftens § 9.

Hvorvidt HMS er et lovlig tildelingskriterium ved anskaffelse av kommunal tjenstepensjon

- (48) Klager anfører at tildelingskriteriet HMS ikke har tilstrekkelig tilknytning til hovedytelsen kommunal tjenstepensjonsordning, slik at det ikke er et lovlig tildelingskriterium, jf. forskriftens § 22-2 (2).
- (49) Problemstillingen er om ”HMS” er et lovlig tildelingskriterium slik det er kommet til uttrykk ved foreliggende anskaffelse av offentlig tjenstepensjonsordning, jf. forskriftens § 22-2 (2). Med HMS menes helse, miljø og sikkerhetsarbeid på en

arbeidsplass. Det fremkommer av konkurransegrunnlagets punkt 5.4.1 at det skal spesifiseres hva som tilbys knyttet til ”aktiv seniorpolitikk” og ”HMS-relaterte tjenester”. Det fremkommer av tilbudene og evalueringen av disse at det til dels er ulike tjenester som tilbys, og at det også tilbys såkalte ”frie midler”, som er et økonomisk tilskudd som oppdragsgiverne kan benytte til å subsidiere HMS-arbeidet.

- (50) Det følger av forskriftens § 22-2 (2) at dersom ”tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden”. EF-domstolen har i en rekke avgjørelser presisert hvilke krav tildelingskriteriene må tilfredsstille for å være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det følger av denne praksisen at kriteriene må knytte seg til kontraktens gjenstand og være relevante for tilbudets verdi, de må ikke være utformet så vagt at de i realiteten gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn og de må heller ikke stride mot de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, herunder kravet til likebehandling.
- (51) Kravet om at tildelingskriteriet må knytte seg til kontraktens gjenstand innebærer at kriteriet må knytte seg til den ytelsen som skal anskaffes og stå i naturlig sammenheng med det behov anskaffelsen skal dekke, jf. Dragsten/Lindalen, ”Offentlige anskaffelser, Kommentartutgave”, bind II, side 1722. Hvorvidt tildelingskriterier har den nødvendige tilknytningen, må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Klagenemnda behandlet en tilsvarende problemstilling i sak 2006/67, hvor innklagede gjennomførte en anskaffelse av rammeavtale for hovedbanktjeneste i kombinasjon med oppgaven som regional samarbeidspartner. Klagenemnda kom til at et tildelingskriterium som gir konkurransefordel for den av tilbyderne som gir mest midler til utviklingsprosjekter hos innklagede, ikke vil være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud i en konkurranse om levering av banktjenester, jf. sakens premiss (22).
- (52) Klagenemnda utelukker ikke at HMS- tjenester, med element av tilskudd til ”frie midler”, etter omstendighetene kan ha tilknytning til anskaffelse av kommunal tjenstepensjonsordning. Om det foreligger tilstrekkelig tilknytning vil imidlertid avhenge av hvordan kontraktsgjenstanden beskrives, og hvordan tildelingskriteriene spesifiseres i konkurransegrunnlaget.
- (53) Slik kriteriet HMS-tjenester er beskrevet og anvendt, er det knyttet til tilleggstjenester og tilskudd av kapital til innklagede (”frie HMS- midler”) som skal anvendes til HMS formål. Det er i konkurransegrunnlaget ikke spesifisert konkret hvilke HMS-tjenester innklagede etterspør, eller hvordan HMS-tjenestene og HMS-midlene skal brukes hos innklagede. Dette innebærer at det fremstår som uklart hva innklagede ønsker levert.
- (54) I forliggende sak er det størrelsen på såkalte frie HMS-midler som har hatt avgjørende betydning ved evalueringen av tilbudene. Det vises i den forbindelse til Willis’ rapport, hvor det ved begrunnelse for valg av leverandør blant annet uttales at ”Vital gir et tilbud på HMS siden som ligger langt over konkurrentene. En stor del av dette beløpet stilles til rådighet for Ski kommune og muliggjør for eksempel en prosjektstilling. Det samlede tilbud er på kr. (...)” Hvor mye som stilles fritt til rådighet og eventuelt hvilke krav som stilles til bruken, fremgår ikke. Når det av konkurransegrunnlaget heller ikke fremgår hvilke egenskaper ved HMS-tjenestene som skal tillegges vekt, er klagenemnda kommet til at HMS, slik det er definert i konkurransegrunnlaget, ikke indikerer hvilken verdi

HMS tjenestene vil ha for innklagede ved anskaffelse av kommunal tjenestepensjonsordning.

- (55) Klagenemnda er på bakgrunn av ovenstående kommet til at HMS i den foreliggende sak ikke er tilstrekkelig spesifisert med hensyn til innhold i leveransen og hvordan denne vil bli vurdert til at det fremstår å ha den nødvendige tilknytning til kontraktsgjenstanden, og at det er i strid med forskriftens § 22-2 å benytte det som tildelingskriterium.
- (56) Ut fra det resultat klagenemnda er kommet til, tas det ikke stilling til klagers anførsel om at tildelingskriteriet er for vagt og skjønnsmessig, herunder i strid med lovens § 5 om forutberegnelighet.
- (57) Klagenemnda bemerker at ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriftens § 17-2 (1), er bruk av ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede har da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas saker 2008/217, 2008/120, 2008/92 og 2009/88.

Konklusjon:

Ski kommune har brutt forskriftens § 22-2 (2) ved å benytte HMS som tildelingskriterium på en slik måte at det ikke identifiserer det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Klagenemnda har ikke funnet grunnlag for å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

For klagenemnda,
31. august 2009

Andreas Wahl