



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kommunal tjenstepensjon. Klagenemnda fastslo at lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser del I kom til anvendelse, men tok ikke stilling til om anskaffelsen var regulert av forskriftens del II eller III, idet dette ikke hadde betydning for resultatet i saken. Nemnda fant at kravene til likebehandling var brutt ved at kun en av tilbyderne var gitt anledning til å ha møter med innklagede, samt at kravet til etterprøvbarehet var brutt ved at det ikke var ført referat fra møtene. Videre fant nemnda at innklagede hadde brutt regelverkets krav til tildelings-evalueringen idet kontrakten ikke var tildelt på basis av en uttømmende evaluering av samtlige av tildelingskriteriene, samt at forhold administrasjonen hadde funnet grunn til å rangere tilbudene på grunnlag av, ikke var vurdert. Regelverkets krav til begrunnelse var heller ikke overholdt. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. april 2007 i sak 2006/161

Klager: Kommunal Landspensjonskasse

Innklaget: Hvaler kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Regelverkets anvendelse. Avlysning. Likebehandling, forsvarlig saksbehandling og etterprøvbarehet. Tildelingsevaluering. Tildelingskriterienes vekt. Begrunnelse.

Bakgrunn:

- (1) Hvaler kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. juni 2006 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kommunal tjenstepensjon.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 fremgikk det at: "Anskaffelsen gjennomføres iht lov om offentlige anskaffelser [...] og tilhørende forskrift av 15. juni 2001." Om anskaffelsesprosedyre var det uttalt at: "Anskaffelsen følger forskriftens del II", og grunnlaget for øvrig henviste også til en rekke av bestemmelsene i forskriftens del II.
- (3) I grunnlagets punkt 2.2.2 het det følgende om opplysningsplikt: "Oppdragsgiver skal gi skriftlig melding med kort begrunnelse dersom forespørselen om å få delta i konkurransen eller tilbudet avvises, eller dersom oppdragsgiveren beslutter å forkaste samtlige tilbud eller avlyse konkurransen."
- (4) I punkt 4 fremgikk det at tildeling av kontrakt skulle skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud etter følgende uprioriterte og uvektede kriterier:

”1. Avkastning - klargjøre tilbyders konkrete avkastningsmålsettinger. Hvilke avveininger er gjort mellom forventet avkastning og forventet risiko og hvilken tidshorisont er lagt til grunn. (tabell 1.)

2. Egenkapitalbetjening - belyse tilbyders eierform og soliditet og hvilken betydning dette kan ha for tilbyders avkastning og oppdragsgivers premiebetaling. (tabell 2 og 3)

3. Forsikringsselskapets administrasjonskostnader — å belyse tilbyders prising av administrative tjenester, både for forsikringsbare og ikke-forsikringsbare ytelser. Hva koster det Hvaler kommune å få forvaltet sine pensjonsmidler og pensjoner (tabell 4 og 5)

4. Service - å beskrive pensjonsordningens administrasjon og informasjonsrutiner, samt hvilke pensjonsfaglige og HMS-relaterte støtte/tjenester oppdragsgiver tilbys. (tabell 6,7,8,9,10,11)

5. AFP – kan forsikringsselskapet tilby premieutjevningssfellesskap i AFP-ordningen 62 til 65 år? Hvis svaret er ja, hvem, er med i dette fellesskapet?”

(5) Kriteriene var nærmere presisert i vedlegg 2 til grunnlaget.

(6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud, fra selskapene Kommunal Landspensjonskasse (heretter kalt klager eller KLP), Vital Forsikring ASA (heretter kalt Vital) og Storebrand Livsforsikring AS (heretter kalt Storebrand).

(7) Tilbudene ble gjennomgått av rådmannen. I rådmannens innstilling til kommunestyret av 2. oktober 2006 ble det fremmet følgende forslag til vedtak:

”Rådmannens forslag til vedtak:

1. I Hvaler kommunes anbudskonkurranse for innkjøp av tjenstepensjonsordning innen KS tariffområde, er KLPs tilbud vurdert best på flest av konkurransens tildelingskriterier.

2. Hvaler kommune aksepterer KLPs tilbud på tjenstepensjon som gjøres gjeldende fra 01. 01. 2007.”

(8) I den etterfølgende saksutredning fremgikk det blant annet følgende:

”Samlet sett er det marginale forskjeller mellom de tre tilbyderne. Innenfor de oppsatte tildelingskriteriene er det allikevel en rangering som viser at KLP er vurdert som best på flest punkter, og samlet innstilling er da på tildeling av kontrakt til KLP. Selv om inngangsbilletten er betydelig for å bli eier/kunde hos KLP, så vurderes det til å bli det mest økonomiske fordelaktige på litt lengre sikt.”

(9) I gjennomgangen av de enkelte tildelingskriteriene ble KLP vurdert som best på tre av kriteriene, mens tilbyderne ble ansett likestilte på de to resterende. Storebrand ble vurdert som nest best på to av kriteriene, mens Vital ble vurdert som nest best på ett. Etter gjennomgangen av tildelingskriteriene fremgår det følgende vurdering av flyttekostnader:

”Skulle Hvaler kommune velge å gå tilbake til KLP som pensjonsleverandør så må kommunen betale inn et egenkapitalinnskudd for å være en gjensidig eier/kunde i KLP. KLP har beregnet egenkapitalinnskuddet til å utgjøre ca 1 600.000 kroner ut fra Hvaler kommunes pensjonsgrunnlag pr 01. 01. 2006. Som eier i

pensjonsselskapet får man imidlertid avkastning på det innskutte egenkapitalinnskuddet, mens man som kunde i et privat selskap må betale mellom 0,4 - 0,5 % av pensjonsfondet til eierne av det private selskapet. Da vil man innen forholdsvis kort tid ha tjent inn det innskutte egenkapitalinnskuddet, dette kan illustreres i følgende tabell:

	<i>Inntekt fra egenkapitalinnskuddet i KLP (7 %, sist års kapitalavkastning)</i>	<i>Betaling til eiere i privat selskap(0,4 % av pensjonsfond)</i>
<i>1. år</i>	<i>112 000</i>	<i>260 000</i>
<i>2. år</i>	<i>120 000</i>	<i>286 000</i>
<i>3. år</i>	<i>128 000</i>	<i>315 000</i>
<i>4. år</i>	<i>137 000</i>	<i>346 000</i>
<i>5. år</i>	<i>147 000</i>	<i>380 000</i>
<i>Sum etter 5 år</i>	<i>644 000</i>	<i>1 567 000</i>
<i>Egenkapitalinnskudd 01. 01. 2006</i>	<i>1 600 000</i>	
<i>Verdi etter 5 år</i>	<i>2 244 000</i>	<i>- 1 587 000</i>

Øvrige kostnader ved en ev bytte av pensjonsleverandør er en fast flyttekostnad på kr. 5.000,- til Vital.”

- (10) Av vedleggslisten til saksfremstillingen fremgikk det at det fjerde dokumentet var et utgående brev vedrørende: ”Oppsigelse av forsikringsavtale om tariffestet kollektiv tjenstepensjonsordning – Vital Forsikring.”
- (11) Etter dette ble rådmannens innstilling, som er et offentlig dokument, lagt ut på kommunens hjemmeside. Dette gjorde innstillingen kjent for alle tilbyderne.
- (12) I e-post av 20. oktober 2006 fra Storebrand til gruppeførerene i kommunestyret fremgår det:

”Vi har lest rådmannens saksfremstilling og har noen kommentarer til denne. Hvaler kommune har valgt avkastning, egenkapitalbetjening, administrasjonskostnader, service og AFP 62 — 64 som tildelingskriterier. I saksfremlegget gis to av tildelingskriteriene en kort drøfting og tilbyderne rangeres likt. I avsnittet om avkastning sier rådmannen at forskjellene er små, tabellen viser at Storebrand kommer best ut og KLP dårligst. I tillegg ser man at KLP er det eneste selskapet som har hatt negativ avkastning (2001). Korrekt rangering er derfor, Storebrand 1, Vital 2 og KLP 3. Rådmannen skriver i avsnittet om service at Storebrand har et forsprang med vårt web verktøy, men hevder de andre tilbyderne snart vil være like gode og rangerer oss derfor likt. Han nevner at KLP støtter konkrete prosjekt innen HMS og sier vel derfor at de ligger foran oss. Imidlertid har Storebrand i vårt tilbud gitt løfte om øremerkede HMS midler til Hvaler kommune. Rangeringen er derfor, Storebrand 1, KLP 2 og Vital 3. Vi har i tillegg noen kommentarer om egenkapitalbetjening og AFP 62— 64. Rådmannen skriver; “Kommuner som velger KLP vil altså også sitte med ansvar for å sikre tilstrekkelig kapital bak selskapet.” Hva dette ansvaret kan

innebære, drøftes ikke. I det hele tatt er ikke egenkapitalinnskudd drøftet i saken. En slik drøfting vil kunne endre rådmannens rangering på dette punktet. Alle tilbyderne tilbyr utjevning av AFP 62—64, rådmannen slår fast at det er best med et stort felleskap og rangerer derfor KLP først. Han har ingen tall som bygger opp om konklusjonen. Hvaler kommune har i dag et lavt uttak, kun tre ansatte i aldersgruppen 62—64 har valgt å ta ut AFP. Dette innebærer at kun 15 % av de som kan gå av med AFP faktisk har gjort det. (Tallene er hentet fra medlemsbestand overført fra dagens leverandør.) Vi har beregnet at ved 30 % uttak vil kostnaden være 0,8 % av pensjonsgrunnlaget, KLPs sats for utjevning er 1,1 %. Når det gjelder vår sats for utjevning, har rådmannen rett i at den er usikker. Våre aktuarer har imidlertid beregnet den til å bli 0,7 % av pensjonsgrunnlaget. Til slutt har rådmannen laget en tabell som viser avkastning på innskutt egenkapital og kostnad ved leie av egenkapital. Måten innskutt egenkapital i KLP behandles på er komplisert. Tabellen indikerer at avkastning tilføres egenkapitalen slik at avkastningen er økende, det er ikke riktig. Dermed er konklusjonen om fremtidig verdi av egenkapitalen feil. Rådmannen skriver at KLP har beregnet kommunens egenkapitalinnskudd til 1,6 mill, han skriver ikke hvordan det er tenkt finansiert. Egenkapitalinnskudd skal føres i investeringsregnskapet, men kan ikke lånefinansieres. Hvis kommunen ikke har ubundne kapitalfond som kan benyttes, må man overføre fra kommunens driftsbudsjett. Dette gjelder også fremtidige egenkapitalinnskudd. Det innebærer at man må finne rom for dette i kommunens ordinære driftsbudsjett. Vi håper våre kommentarer har vært nyttige i beslutningsprosessen, og svarer gjerne på eventuelle spørsmål i sakens anledning.”

- (13) I brev av 26. oktober 2006 fra rådmannen til tilbyderne fremgår det at kommunen har valgt å utsette kontraktstildelingen noe som følge av:

”Rådmannen er kjent med at minst to av de tre leverandørene av tjenstepensjonsordning har forsøkt å påvirke utvalgte politikere, uten at andre tilbydere eller administrasjonen samtidig ble gjort kjent med de innspillene som er gitt til disse utvalgte politikerne. Det vi er kjent med er at Storebrand sendte en e-post til gruppeførerene i kommunestyret hvor Storebrand mener å påvise feil og mangler i rådmannens saksfremlegg. I tillegg går Storebrand i e-posten inn i det skjønnet som er utøvet i saksfremstillingen. Videre er vi kjent med at Vital inviterte noen utvalgte politikere til et eget “informasjonsmøte”. Vi er ikke kjent med hva som var innholdet i dette møtet. Samtidig er det slik at Vital ved besøk i rådhuset på Skjærhalden har fått tilgang til de andre tilbydernes originale og fullstendige tilbud.”

- (14) Tilbyderne ble bedt om å avgi kommentarer til forholdene som ble nevnt i rådmannens brev innen 30. oktober 2006.

- (15) I brev fra KLP av 30. oktober 2006 ble det anført at Storebrands og Vitals opptreden måtte anses som et forsøk på å påvirke beslutningstakerne i konkurransen, og at det ville være i strid med § 9-1 å vektlegge selskapenes uttalelser. Det ble også påpekt at kommunens representanter som hadde fått seg forelagt Storebrands e-post eller deltatt i møte med Vital, muligens ville være inhabile til å forestå kontraktstildelingen, og at den informasjon som var mottatt etter tilbudsfristens utløp uansett ikke kunne tas hensyn til i tilbudsevalueringen.

- (16) I brev fra Vital av 30. oktober 2006 ble det benektet at firmaet hadde forsøkt å påvirke utvalgte politikere. Fra brevet hitsettes følgende:

”Det er riktig at Vital Forsikring ASA har hatt møter med enkelte politikere og møtene har vært avholdt i begge siders interesse. I Vital Forsikring ASA sitt møte har prisstruktur vært kommentert og egenkapitalbetjeningsmodeller i de ulike selskaper, dvs. ikke diskutert tilbudet konkret. Vi er også kjent med at Storebrand har hatt tilsvarende møter og at KLP har fremhevet selskapet gjennom leserbrev til lokalpressen. [...] På bakgrunn av det som har skjedd i saken fra kommunens side, er det vår vurdering at prosessen bør stoppes. Vi vektlegger da særlig informasjonsutleveringen fra kommunens side til leverandører, men også at taushetsbelagte opplysninger om alle medlemmene, (lønn, fødsels- og pers nr.), er gjort allment tilgjengelige.”

- (17) Fra brev fra Storebrand av 30. oktober 2006 hitsettes følgende:

”Vi vil innledningsvis beklage at informasjonen sendt på e-post fra Storebrand ikke samtidig gikk til rådmann. Dette er ikke i tråd med hvordan Storebrand til vanlig opptrer i markedet. At rådmann i dette tilfellet ikke ble informert skyldes en forglemmelse. Vår e-post, som følger vedlagt, ble sendt til samtlige gruppeledere samt til ordfører. Vi må legge til grunn at blant mottakerne av vår e-post finnes både motstandere og tilhengere av den konklusjon som rådmannen fremmer. Dette var således ikke et forsøk på å påvirke en part i saken men snarere redegjøre for det vi oppfattet som urimelig i rådmannens saksfremlegg.”

- (18) Etter dette fremmet rådmannen sin innstilling til kommunestyret, hvor KLP fremdeles ble anbefalt. I saksfremlegget fremgår det følgende om prosessen:

”Saken ble [...] utsatt fordi det ble oppdaget at to av anbyderne (Vital og Storebrand) hadde hatt kontakt med utvalgte politikere på en slik måte at det kunne reises tvil om hvorvidt kommunen som oppdragsgiver kunne gjennomføre konkurransen på lovlig måte, i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. [...] Etter innhenting av uttalelser fra de tre anbyderne, samt fra advokatene i KS, konkluderer rådmannen med at konkurransen bør fullføres som planlagt.”

- (19) Etter dette oppsummerte rådmannen uttalelsen fra KS slik:

” Det er kritikkverdig av kommunen og/eller en eller flere av dennes ansatte, å ikke ha sørget for å vurdere om det forelå taushetsbelagte opplysninger i anbudene, før Vital fikk innsyn i disse.*

** Det er kritikkverdig av Storebrand, å ikke sende e-posten (datert 20.10.06) til kommunen som sådan, eventuelt til kontaktpersonen som er oppgitt i konkurransegrunnlaget.*

** Det avholdte møtet mellom Vital og utvalgte politikere vitner om manglende forståelse eller respekt for grunnleggende prinsipper under en anskaffelsesprosess både fra angjeldende politikere og Vital.*

** Anbudskonkurransen kan og bør fullføres, men kommunen må være ytterst aktpågivende i forhold til hvilken informasjon saksbehandlere, arbeidsmiljøutvalget, administrasjonsutvalget, formannskapet og kommunestyret forholder seg til når leverandør velges.*

** Administrasjonen kan supplere sin opprinnelige saksfremstilling med utgangspunkt i kommentarer som er gitt fra Storebrand og Vital og spørsmål fra politikere.”*

(20) Etter dette oversendte Storebrand ytterligere to e-poster til innklagede av hhv 4. og 8. november 2006. Disse er ikke fremlagt for klagenemnda.

(21) I tillegg til uttalelsene om flyttekostnader i den opprinnelige innstillingen het det:

”Dette egenkapitalinnskuddet skal utgiftsføres i investeringsregnskapet og som en verdi i balansen. Imidlertid er det ikke anledning til å lånefinansiere egenkapitalinnskuddet. KLP har i et styrevedtak den 25.09.06 besluttet at kommuner som mangler egenkapital når de ev kommer tilbake til KLP i høst, kan spre innbetalingen av egenkapitalinnskuddet over inntil 5 år. Hvaler kommune har i dag kapitalfond som kan benyttes til å dekke behovet for et ev egenkapitalinnskudd til KLP.”

(22) Den 8. november 2006 fattet kommunestyret med 12 mot 9 stemmer følgende vedtak, basert på alternativt forslag til vedtak fra den borgelige gruppen:

”1. Kommunestyret kan ikke se at det fremkommer momenter i rådmannens saksfremstilling som tilsier at det skal bli fordeler ved å velge tilbake KLP. Rådmannen beskriver derimot at et skifte av leverandør tilbake til KLP medfører betydelige utgifter til “inngangsbilletten”. Kommunestyret i Hvaler vil også legge til grunn de betydelige økonomiske utfordringer som kommunen står overfor i tiden fremover, og ønsker derfor ikke å legge ekstra sten til byrden i form av betydelige utgifter til egenkapitalinnskuddet.

2. Hvaler kommune velger at Vital fortsatt skal være leverandør av tjenstepensjon i Hvaler kommune.”

(23) Kommunestyrets vedtak ble meddelt tilbyderne i brev av 9. november 2006. I brev av 17. november 2006 ba klager om en nærmere begrunnelse for kontraktstildelingen.

(24) Klagers anmodning ble besvart på følgende måte i brev av 4. desember 2006:

”Administrasjonen har sendt ut en forespørsel til alle gruppelederne i Hvaler kommunestyre om å komme med en nærmere begrunnelse til sitt vedtak om valg av leverandør for kommunens tjenstepensjonsordning. Tilbakemeldingen var at de ikke har ytterligere begrunnelse for sitt vedtak utover det som fremkommer i vedtaket og saksframlegget. Videoopptak av kommunestyrets behandling av denne saken kan også avspilles da disse finnes på kommunens hjemmeside: www.hvaler.kommune.no.”

(25) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 5. desember 2006. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått etter dette.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(26) Klagenemnda bes om å vurdere om anskaffelsesregelverket får anvendelse på offentlig tjenstepensjon. Selv om nemnda kommer til at regelverket ikke gjelder

offentlig tjenestepensjon, er det ikke nødvendigvis slik at saken må avvises. Dersom kommunen først har besluttet å følge anskaffelsesreglene, må kommunen være bundet av dette, og nemnda har da kompetanse til å uttale seg. Allerede i mai 2005 uttalte KS-advokatene ovenfor kommunene at *"pensjon er offentlig anskaffelse"*, jf oppslag på KS hjemmeside 4. mai 2005. Videre sendte KS 7. juni 2005 ut et rundskriv om dette. Kommunene har forholdt seg til rundskrivet, og fulgt regelverket både i 2005 og 2006.

- (27) Kommunestyrets vedtak fremstår ikke som en avlysning av konkurransen. Etter at det var innhentet uttalelser fra tilbyderne og KS-advokatene, besluttet kommunen aktivt å gjennomføre konkurransen, til tross for at prosessen, som en følge av bla leverandørenes forhold, fremsto som *"uryddig og lite tillitsvekkende"*. For øvrig fremstår det som lite trolig at kommunestyret har truffet en beslutning om avlysning i strid med administrasjonens anbefaling om å gjennomføre prosessen, uten noen form for drøftelse eller begrunnelse. Tilsvaret side 2, andre avsnitt, bekrefter også at kommunestyret traff et aktivt vedtak om å tildele kontrakten til Vital etter å ha vurdert tilbyderne, jf tilsvarets uttalelser: *"kommunens økonomi ikke tilsier at man går inn som eier i et selskap"*, og *"en flytteprosess vil ha vesentlige omstillingskostnader."*
- (28) Dersom kommunestyret mente å avlyse konkurransen foreligger det uansett ikke saklig grunn. Marginal forskjell mellom tilbyderne er ikke en saklig grunn. Tvert imot skjerper dette kravene til begrunnelse ved fravikelse av administrasjonens innstilling, jf klagenemndas sak 2005/70. Når administrasjonen i tillegg hadde vurdert avlysning, uten at dette ble anbefalt, skjerpes kravene ytterligere. Omstillingskostnader utgjør heller ikke en saklig grunn. Slike kostnader er heller ikke angitt, dokumentert eller omfattet av de oppgitte tildelingskriteriene.
- (29) Kommunestyrets tildelingsevaluering er mangelfull. Ut fra dets vedtak i saken av 9. november 2006 og videoopptaket fra behandlingen av saken, hvilket er det eneste som belyser hvilke vurderinger kommunestyret kan ha foretatt, fremgår det at det eneste forhold som ble vurdert er forholdet knyttet til egenkapitalinnskudd ved valg av KLP som leverandør. Selv om forholdet knyttet til egenkapitalinnskudd må anses som et relevant forhold å vurdere under tildelingskriteriet egenkapitalbetjening, kunne ikke kommunestyret utelukkende legge vekt på dette. Kommunestyret skulle også vurdert de øvrige kriteriene, samt rangert tilbyderne både på kriteriet administrasjonskostnader og AFP, foruten egenkapitalbetjeningskriteriet. KLP ble av administrasjonen bedømt som best på samtlige av disse kriterier, mens tilbyderne ble likestilt på de to øvrige. Vital ble bedømt som nest best på ett av kriteriene, og Storebrand som nest best på to av de andre. Kommunestyret kunne ikke vektlegge hvordan finansieringen av egenkapitalinnskudd skulle skje, da dette forhold ikke var en del av tildelingskriteriene.
- (30) Innklagede har ikke begrunnet kontraktstildelingen til Vital, eller hvorfor kommunestyret fravek administrasjonens innstilling. At kommunestyret har nektet å etterkomme klagers anmodning om en nærmere begrunnelse her, jf forskriftens § 3-8 (4), indikerer at tildelingen har skjedd i strid med forskriftens § 10-2 (2), om å foreta et saklig og forsvarlig valg basert på de oppgitte tildelingskriterier. Det er ikke tilfredsstillende at det eventuelt gis en utvidet begrunnelse i tilsvaret for klagenemnda. De forhold innklagede i tilsvaret anfører at kommunestyret har

vurdert, fremgår verken av vedtaket eller videoopptaket. Det kan ikke være ”uforholdsmessig vanskelig” å begrunne tildelingsbeslutningen, når innklagede i tilsvaret har klart dette. Kommunestyrets behandling av saken er ikke en del av vedtaket, og videoopptaket kan ikke tjene som begrunnelse for vedtaket.

- (31) Det er i strid med regelverket å ta hensyn til partsinnlegg, jf klagenemndas sak 2005/70. Storebrands e-poster av 20. oktober og 4. og 8. november 2006 må anses som partsinnlegg.
- (32) I Vitals brev av 30. oktober 2006 fremgår det at Vital har hatt flere møter med utvalgte kommunestyremedlemmer, hvor blant annet egenkapitalbetjeningsmodeller har vært tema. Egenkapitalbetjening var ett av tildelingskriteriene, og det er i strid med likebehandlingsprinsippet å la en av tilbyderne få uttale seg om forhold knyttet til et tildelingskriterium, hvis de øvrige tilbyderne ikke gis tilsvarende mulighet. Innklagede kan ha blitt påvirket at Vitals uttalelser om egenkapitalbetjening, idet kommunestyret endte opp med å vurdere egenkapitalinnskuddet på en helt annen måte enn administrasjonen uten at dette er nærmere begrunnet. Klager fikk ikke mulighet til å kommentere Vitals uttalelser. Forskriftens § 8-1 er også brutt, da det ikke er ført protokoll fra møtene.
- (33) Det er påfallende at kommunen bestrider at regelverket er brutt ved håndteringen av e-poster fra Storebrand og møter med Vital, samtidig som dette beskrives som ”uryddig og lite tillitsvekkende”, og dermed grunnlag for avlysning av konkurransen. Det vesentlige i denne sammenheng er imidlertid det som også innklagede påpeker, nemlig at det er ønskelig med en prinsipiell uttalelse fra KOFA på dette punktet. Det er flere aktører - både på innkjøps- og tilbudssiden - som vil ha interesse av å få en avklaring av hvor langt leverandørene kan gå i å kontakte og søke å påvirke kommunestyremedlemmer utenfor selve kommunestyremøtet, og hvor langt det enkelte kommunestyremedlem kan gå i å ha slik kontakt. I denne forbindelse kan det også være av interesse å få belyst hvilke sanksjoner en kommune har overfor tilbydere som går ut over det klagenemnda finner akseptabelt. Det er åpenbart at utstrakt kontakt mellom tilbydere og beslutningstakere på siden av den formelle anbudsprosessen lett vil kunne medføre en uthuling av anskaffelsesregelverket og formålet om forutsigbarhet, gjennomsiktighet og likebehandling. Samtidig er det usikkert hvor langt man kan strekke anskaffelsesreglene, slik innklagede har påpekt.
- (34) Det er ikke opplyst hvilken vekt kommunestyret tilla egenkapitalbetjeningskriteriet. Av kommunestyrets vedtak fremgår det imidlertid at dette er det eneste kriteriet som ble vektlagt. Selv om klager ble bedømt dårligst på dette kriteriet, ble klager av administrasjonen bedømt som best på to av de øvrige kriteriene (administrasjonskostnader og AFP) og likestilt med Vital på de to siste, mens Vital ble bedømt som dårligst på to av kriteriene. Det synes som om egenkapitalkriteriet er blitt tillagt avgjørende vekt, uten at dette på forhånd var angitt i konkurransegrunnlaget. Dette strider mot prinsippet om forutberegnelighet.

Innklagedes anførsler:

- (35) Klagenemnda bes om å vurdere hvorvidt anskaffelsesregelverket får anvendelse ved anskaffelse av kommunal tjenstepensjon. Dersom nemnda kommer til at anskaffelsen ikke er omfattet av regelverket må saken avvises i sin helhet.

- (36) Selv om saken av rådmannen ble fremmet som en sak om kontraktstildeling, og det ikke direkte ble vist til forskriftsbestemmelsen om avlysning eller vedtaket ble kalt avlysningsvedtak, fremstår kommunestyrets vedtak, både etter sin ordlyd og slik det fremgår i videoopptaket fra saksbehandlingen, som en avlysning av konkurransen. Det er realiteten som er avgjørende, selv om det eventuelt kan vurderes om forskriftens § 3-8 er brutt. Avlysning kan finne sted ved saklig grunn, jf forskriftens § 10-1 (1). Begrunnelsen for avlysningen var dels at forskjellen mellom leverandørene var marginal og dels at kommunens økonomi ikke tilsa at kommunen skulle gå inn som eier i et selskap med tilhørende innskudd av eierkapital og risiko. En flytteprosess ville også ha vesentlige omstillingskostnader, deriblant til intern opplæring i kommunen som følge av skifte av diverse systemer. Den manglende respekt for regelverket som tilbyderne har vist for å fremme sine syn underveis i prosessen gjør også at prosessen må anses som så uryddig og lite tillitsvekkende at dette i seg selv kunne tilsi avlysning. Får klager medhold i sine innsigelser tilsier også dette at konkurransen ble lovlig avlyst. Anskaffelsesprosessen var aldri ment å være en markedstest som ikke skulle ende opp i kontraktstildeling, jf innstillingen.
- (37) Subsidiært, dersom klagenemnda skulle komme til at innklagede avlysning ikke var lovlig, anføres det at kommunestyrets vedtak er en lovlig tildelingsbeslutning, basert på de oppgitte tildelingskriterier.
- (38) Idet tildelingskriteriene ikke var prioritert eller vektet i forkant av kommunestyremøtet, måtte kommunestyret ha en vid skjønnsmessig adgang til å vurdere dette. Idet forskjellene mellom leverandørene på de fire første kriteriene av kommunestyret ble ansett marginale, ble det femte kriteriet, "egenkapitalbetjening", avgjørende. At vedtaket ikke går inn på hvilke vurderinger som ligger bak kommunestyrets oppsummering skyldes at det bygger på rådmannens vurderinger, som konkret går inn på de enkelte kriteriene. Det er korrekt at det ikke ville være relevant å legge vekt på hvordan finansieringen av egenkapitalinnskuddet skulle skje. Dette har innklagede heller ikke gjort, men det er lagt vekt på at egenkapitalinnskudd skulle skje. At et krav om egenkapitalinnskudd faller inn under kriteriet egenkapitalbetjening er åpenbart. I vurderingen av dette kriteriet la rådmannen til grunn at deltakelse i et gjensidig selskap var positivt, da avkastningen på investeringen går tilbake til kunder og eiere, som er de samme. Dette er korrekt i et oppadgående marked. Det er imidlertid ikke drøftet hvilken risiko eierskap medfører eller hvilke kortsiktige kostnader dette har, hvilket også er saklige vurderinger under kriteriet. Det finnes ikke noe matematisk svar her, hvilket tilsier at kommunestyrets skjønn må være betydelig. Saken gjelder også mer enn en ren anskaffelse, idet kommunestyret også måtte vurdere konsekvensene av medeierskap dersom klagers tilbud skulle velges. Pensjonskontorets innkjøpsveileder gir et godt grunnlag for de folkevalgte til å vurdere administrasjonens innstilling. Kommunestyret vil aldri kunne stille opp med tilsvarende utredningskapasitet som administrasjonen. Det kan dermed ikke kreves en konkret faglig utredning som støtter opp om kommunestyrets vedtak dersom dette er i strid med administrasjonens innstilling.
- (39) Det er ikke i strid med regelverket å la seg forelegge e-post fra en av tilbyderne når det samtidig gis anledning til å kommentere de forhold e-posten omhandler. Som det fremgår av videoopptaket fra kommunestyremøtet brukte rådmannen 5 til 10 minutter på å kommentere og imøtegå Storebrands argumentasjon i e-post av 8. november 2006. Idet e-posten ble mottatt samme dag som kommunestyremøtet ble

avholdt, var dette en adekvat håndtering av dette. Storebrand ble heller ikke tildelt kontrakten.

- (40) Det bestrides ikke at enkeltpolitikere og/eller grupper av politikere har hatt møter med Vital, uten at de øvrige tilbyderne ble invitert og uten at det ble ført referat fra møtene. Spørsmålet er imidlertid om dette er en del av anskaffelsesprosessen, hvor reglene om likebehandling og protokollplikt gjelder. Tradisjonelt har enkeltpolitikeres forbindelser med parter i en forvaltningssak blitt håndtert som et spørsmål om inhabilitet. Det advares mot at nemnda tolker anskaffelsesregelverket utvidende slik at dette også gjelder for enkeltpolitikeres handlinger og opptreden. Det er først dersom en inhabil kommunestyrerepresentant deltar i et kommunestyremøte at det blir brudd på anskaffelsesreglene, og da på regelverkets habilitetsregler. Informasjon som utveksles på et møte mellom en tilbyder og enkeltpolitikere kan imidlertid ikke gjøre enkeltpolitikere inhabile. Dersom en avgjørelse baseres på feilinformasjon må dette vurderes på samme måte, uavhengig av om informasjonen kommer fra en tilbyder eller fra andre kilder. Innklagede har ikke fullstendig oversikt over hvilken type informasjon som ble utvekslet. Dersom innklagede pålegges bevisbyrden for om det har skjedd en usaklig påvirkning gjennom møtene innføres regelverket bakveien. Det bes om en prinsipiell vurdering av spørsmålene.
- (41) At det på den ene side påstås at håndteringen av e-poster fra Storebrand og møter med Vital ikke strider mot regelverket, samtidig som det påstås at dette er uryddig og lite tillitvekkende, har sin bakgrunn i at politikerne opptrer på egen hånd og dermed etter Hvaler kommunes syn ikke er bundet av regelverket som privatpersoner.
- (42) Kommunestyrets vedtak tilfredsstiller både kravet om begrunnelse for avlysning i forskriftens § 3-8 (2) og kravet om begrunnelse for kontrakttildeling i forskriftens § 10-3. Det er angitt at tilbyderne er likestilt på de fleste av punktene, og at ett forhold dermed er blitt det avgjørende. I forhold til klagenemndas sak 2006/77 anføres det at kommunestyret ikke kan pålegges noen utvidet begrunnelsesplikt for hvorfor administrasjonens innstilling er fraveket når dette følger av hovedbegrunnelsen. Forskriftens krav om utvidet begrunnelse etter § 3-8 (4) passer dårlig når kommunestyret fraviker administrasjonens innstilling. Det blir uforholdsmessig vanskelig for kommunestyret å begrunne hvorfor de ikke-valgte tilbyderne ikke ble valgt. Dette er begrunnelsen for at slik begrunnelse ikke ble gitt, til tross for at klager har anmodet om dette. Dersom det kreves flertall for begrunnelsene, og ikke bare vedtaket, vil dette lamme politiske organers virksomhet i alle tilfeller administrasjonens innstilling ikke tas til følge. I anskaffelsessaker betyr dette at saken må sendes tilbake til administrasjonen med krav om ny innstilling, hvilket vil forsinke prosessen og føre til at konkurransen må avsluttes fordi man ikke klarer å gjøre saken ferdig før fristene etter Hovedtariffavtalen er gått ut. Det er heller ikke aktuelt at kommunestyret vedtar begrunnelser etter § 3-8 (4) idet disse må gis konkret etter anmodning. Ekstraordinære møter for å utforme disse vil være uforholdsmessig tyngende. Dersom kravene i forskriften er absolutte vil det resultere i at politisk behandling av anskaffelsessaker nærmest automatisk vil medføre regelbrudd. Kommunestyrets behandling kan imidlertid i sin helhet ses på video på internett. Dette må anses for å tilfredsstille kravet i forskriftens § 3-8 (4), og overoppfylle regelverkets krav om gjennomsiktighet. Den manglende begrunnelse er ikke et bevis på at kommunestyrets vedtak er basert på feilaktig bruk av tildelingskriteriene.

Klagenemndas vurdering:

- (43) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsesregelverkets anvendelse på anskaffelsen

- (44) Av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 § 3 fremgår det at loven får anvendelse ved anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i lovens § 2. Idet kommunal tjenstepensjon er en tjeneste, og en kommunal oppdragsgiver er omfattet av lovens § 2, kommer lovens bestemmelser til anvendelse på anskaffelsen. Av forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr 616 § 1, jf § 1-3, fremgår det at forskriften får anvendelse på vare- tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som ikke er unntatt etter § 1-3 (2). Etter nemndas syn kommer ingen av unntaksbestemmelsene til anvendelse. Anskaffelsen reguleres da av forskriftens del I og II eller del I og III. Hvorvidt det er del II eller del III som kommer til anvendelse beror på om anskaffelsen er en prioritert eller uprioritert tjeneste, samt dens verdi dersom anskaffelsen er en prioritert tjeneste. Det aktuelle her er hvorvidt anskaffelsen er en prioritert tjeneste i kategori 6 eller en uprioritert tjeneste i kategori 27. Dette tar nemnda ikke stilling til da dette ikke har betydning for resultatet i denne saken.

Hvorvidt den kunngjorte konkurransen må anses avlyst, og i så fall om det forelå saklig grunn for avlysningen

- (45) Det framgår av innklagedes brev av 9. november 2006 til tilbyderne at innklagede innstilte på at det skulle "inngås" kontrakt med Vital. Videre fremstår brevet som en helt ordinær tildelingsmeddelelse, hvor valgte leverandørs navn oppgis samtidig som de øvrige leverandørenes klagerett angis. Brevets overskrift er også "meddelelse av kontraktstildeling og klagefrist for inngåelse av kontrakt", og det er henvist til forskriftens § 10-3. Melding som angitt i konkurransegrunnlagets punkt 2.2.2 er heller ikke gitt. Klagenemnda finner etter dette at konkurransen ikke kan anses avlyst og finner da heller ikke grunn til å drøfte hvorvidt innklagede ville hatt saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Utvalgte kommunestyremedlemmers møter med Vital

- (46) Av kravet til etterprøvbarhet følger det at det skal føres referat fra eventuelle møter innklagede har med tilbyderne, jf klagenemndas sak 2003/171. Av kravet til likebehandling følger det at leverandørene skal gis like muligheter til å ha møter med innklagede.

I nærværende sak har utvalgte kommunestyrerepresentanter hatt møter med Vital, uten at det har vært ført referat eller på annen måte søkt forklart hvilke tema som ble drøftet på møtene. Etter klagenemndas syn må det være åpenbart at møtene, i alle fall fra Vitals side, har vært avholdt for å formidle et budskap til kommunestyremedlemmene i deres egenskap av å være beslutningstakere. Det er antageligvis også slik øvrige tilbydere vil oppfatte dette. Da må anskaffelsesregelverket komme til anvendelse. På grunn av manglende referat fra møtene kan nemnda ikke ta stilling til om forhandlingsforbudet i åpne anbudskonkurranser er brutt. Manglende referat innebærer imidlertid at kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5 er brutt. Videre er kravet om likebehandling brutt, idet de øvrige tilbyderne ikke ble gitt en tilsvarende mulighet til møter med innklagede. For øvrig vil nemnda bemerke at det lett vil anses uheldig dersom det legges opp til en

utstrakt bruk av møter mellom tilbyderne og oppdragsgiver i åpne anbudskonkurranser i tidsperioden forut for valget av tilbud, selv om dette ikke direkte er i strid med forhandlingsforbudet så lenge tilbudene ikke endres. Da det er uklart om kommunestyrerepresentantene i tilbudsevalueringen vektla de opplysningene de fikk meddelt på møtene, kan nemnda ikke ta stilling til om kravet til forsvarlig saksbehandling og likebehandling på dette grunnlag er brutt.

Vedrørende e-postene fra Storebrand

- (47) Av forskriftens §§ 9-1 (1)/ 16-1 (1) fremgår det at det er et absolutt forhandlingsforbud i åpne anbudskonkurranser, hvilket innebærer at det ikke er tillatt å endre eller forsøke å endre tilbudene etter tilbudsfristens utløp. I klagenemndas sak 2005/70 ble det slått fast at kravene til likebehandling og forsvarlig saksbehandling var brutt idet innklagede hadde godtatt fremleggelse av et partsinnlegg fra en av leverandørene. I klagenemndas sak 2006/159 ble det godtatt at et partsinnlegg ble fremlagt, når innholdet i dette ikke var i strid med forhandlingsforbudet, og samtlige impliserte parter hadde fått like muligheter til å kommentere innlegget.
- (48) Av innsendt dokumentasjon fremgår det at Storebrand oversendte enkelte av kommunestyremedlemmene tre e-poster, av hhv 20. oktober 2006 og 4. og 8. november 2006. Det er kun den første av e-postene som er fremlagt for nemnda, hvilket her medfører at det kun er innsendelsen og innklagedes behandling av denne nemnda tar stilling til om er forenelig med regelverket.
- (49) Idet e-posten kun inneholder argumentasjon for valg av Storebrands tilbud, samt firmaets mening om rådmannens innstilling, og de øvrige tilbyderne fikk like muligheter til å kommentere innsendelsen av denne, kan nemnda ikke se at det skulle være i strid med regelverket at kommunestyret godtok fremleggelse av e-posten og tilbydernes tilhørende kommentarer til dette i kommunestyremøtet av 8. november.

Innklagedes tildelingsevaluering, behandlingen av saken i kommunestyret

- (50) Av forskriftens §§ 10-2/ 17-2 og de grunnleggende kravene til alle anskaffelser i lovens § 5, fremgår det at oppdragsgivers tildelingsevaluering skal skje på basis av de oppgitte tildelingskriterier. Samtlige kriterier skal evalueres, og det er utelukkende de oppgitte kriterier som er relevante. Av kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet følger det at det må kunne dokumenteres at og hvordan tilbudene er evaluert under samtlige kriterier. Regelverkets krav gjelder uavhengig av om kontrakten tildeles av folkevalgte politikere eller av offentlig ansatte. Hvis de folkevalgte fraviker administrasjonens innstilling må dette skje på basis av selvstendige vurderinger i samsvar med regelverket. Hvis de folkevalgte er enig med administrasjonen må det være nok at disse slutter seg til de vurderinger administrasjonen har foretatt.
- (51) Av videoopptaket fra kommunestyrets behandling av saken fremgår det at representantene for den borgerlige gruppe fremmet et alternativt forslag til vedtak. Av vedtaksteksten fremgår det følgende: *"kommunestyret kan ikke se at det fremkommer momenter i rådmannens saksfremstilling som tilsier at det skal bli fordeler ved å velge tilbake KLP"*, at valg av KLP medførte *"betydelige utgifter til inngangsbilletten"* samt at kommunen ikke vil *"legge ekstra sten til byrden i form av betydelige utgifter til egenkapitalinnskudd"*, når kommunen på andre områder sto ovenfor økonomiske utfordringer. Det ble ikke foretatt noen vurderinger av tilbudene

i møtet, eller gitt uttrykk for eventuelle vurderinger som var foretatt av de ulike gruppene på forhånd. Det ble heller ikke drøftet hvorfor kommunestyret ikke fant å rangere tilbudene, verken på de kriterier administrasjonen hadde rangert dem eller på de øvrige. Etter at samtlige grupper hadde fremført sine innlegg, hvor gruppene utenom den borgerlige gruppe i hovedsak begrenset seg til å uttrykke preferanse for administrasjonens innstilling, ble den borgerlige gruppens forslag vedtatt med 12 mot 9 stemmer.

- (52) Foruten de vurderinger knyttet til egenkapitalinnskudd som vedtaksteksten vitner om, kan klagenemnda ikke se at kontraktstildelingen har skjedd på basis av de oppgitte tildelingskriterier. Det eneste forhold som synes vurdert av kommunestyret, er forholdet knyttet til egenkapitalinnskudd ved valg av KLP. At kommunestyret ikke har funnet grunn til å rangere tilbyderne på noen av kriteriene, begrunnes utelukkende med at forskjellene mellom leverandørene på basis av administrasjonens innstilling er ansett "*marginale*". Selv om også administrasjonen anså forskjellene mellom tilbudene som små, fant denne likevel grunn til å rangere tilbudene på tre av de fem tildelingskriteriene. Når kommunestyret har vurdert dette annerledes, skulle dette vært basert på en drøftelse hvor i alle fall de forhold administrasjonen la til grunn for sin rangering skulle blitt vurdert. Dette kan nemnda ikke se at er blitt gjort. På basis av dette har innklagedes kontraktstildeling skjedd i strid med forskriftens §§ 10-2/ 17-2, jf de grunnleggende kravene i lovens § 5.

Egenkapitalbetjeningskriteriets vekt

- (53) Klager har anført at innklagede ikke kunne tillegge egenkapitalbetjeningskriteriet avgjørende vekt, når det ikke var angitt i konkurransegrunnlaget at dette skulle skje. Forskriftens §§ 10-2/ 17-2 oppstiller ikke noe absolutt krav om at tildelingskriterienes vekt skal oppgis på forhånd. Når kriteriene således ikke er prioritert eller vektet på forhånd, har oppdragsgiver et visst skjønn med hensyn til dette i tilbudsevalueringen. I klagenemndas sak 2003/279 ble det imidlertid fastslått at oppdragsgiver ikke kan legge til grunn en totalt uventet vekting, jf kravet til forutberegnelighet.
- (54) Av innklagedes tilsvarende klagenemnda fremgår det at innklagede tiller forskjellene mellom tilbudene tilknyttet kriteriet egenkapitalbetjening avgjørende vekt, idet forskjellene mellom tilbudene under de øvrige kriteriene ble ansett marginale. I denne situasjonen kan klagenemnda ikke se at vektleggingen av kriteriet egenkapitalbetjening fremstår som totalt uventet.

Innklagedes begrunnelse for valg av tilbud

- (55) Av forskriftens § 3-8 (3), jf §§ 10-3 (2)/ 17-3 (2), fremgår det at oppdragsgivers tildelingsmeddelelse skal inneholde en begrunnelse for valget av leverandør. I klagenemndas saker 2003/49, 2003/230 og 2004/215 ble det fastslått at den uoppfordrede begrunnelsen skal gi tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig, basert på korrekt faktisk grunnlag og i samsvar med tildelingskriteriene. Dersom de folkevalgte har fraveket administrasjonens innstilling skal dette begrunnes særskilt, jf klagenemndas sak 2006/53. De folkevalgte må da også vise hvordan disse har vurdert kriteriene som ble vurdert annerledes enn administrasjonen. På kriteriene de folkevalgte kun har tilsluttet seg administrasjonens innstilling, må det være tilstrekkelig at dette oppgis.

- (56) Etter nemndas syn tilfredsstillers ikke innklagedes sitering av kommunestyrets vedtak i tildelingsmeddelelsen regelverkets krav. Innklagede har derfor brutt forskriftens § 3-8 (3), jf. §§ 10-3 (2)/ 17-3 (2).
- (57) Av forskriftens § 3-8 (4) fremgår det at en leverandør som anmoder om det innen 15 dager har krav på en nærmere begrunnelse for hvorfor vedkommendes tilbud ikke ble valgt. Dersom kontrakt er tildelt skal navnet på den som fikk kontrakten opplyses sammen med det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. Når det gjelder reglene ved fravikelse av administrasjonens innstilling, gjelder det samme som skissert ovenfor.
- (58) I brev av 4. desember 2006 av slo innklagede å komme med en nærmere begrunnelse for valget av tilbud. Uten å ta nærmere stilling til hvorvidt videoopptak kan tjene som tilfredsstillende dokumentasjon for politiske organers behandling av anbud, finner nemnda at det påberopte videoopptak ikke inneholder noen begrunnelse for kommunestyrets kontraktstildeling utover det som allerede følger av selve vedtaket. Det foretas ikke noen vurderinger av tildelingskriteriene, det drøftes ikke hvorfor kommunestyret ikke rangerte tilbudene, og det uttales heller ikke noe om hvorfor administrasjonens innstilling ble fraveket, utover det som fremgår av selve vedtaksteksten. Det avgjørende er tydeligvis forholdet knyttet til egenkapitalinnskudd ved valg av KLP. Dette tilfredsstillers ikke regelverkets krav om en nærmere begrunnelse. Innklagede har dermed brutt forskriftens § 3-8 (4).

Konklusjon:

Hvaler kommune har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved ikke å la de øvrige tilbyderne få samme mulighet som Vital til møter med innklagede, og kravet til etterprøvbarehet i samme bestemmelse ved ikke å føre referat fra møtene.

Hvaler kommune har brutt forskriftens §§ 10-2/ 17-2, jf de grunnleggende kravene i lovens § 5, ved ikke å tildele kontrakten på basis av en uttømmende evaluering av alle de oppgitte tildelingskriteriene, samt ved ikke å vurdere de forhold administrasjonen la til grunn for sin rangering.

Hvaler kommunes begrunnelse for valg av tilbud tilfredsstillers ikke kravene i forskriftens §§ 3-8 (3), jf 10-3 (2)/17-3 (2), og § 3-8 (4).

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

30. april 2007

Jakob Wahl