



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av offentlig tjenstepensjon. Klagenemnda fant at anvendelsen av tildelingskriteriet "Tilleggsytelser, [...] og lignende" var i strid med forskriften § 22-2 (2) tredje punktum, samt at det var i strid med klarhetskravet og kravet til forutberegnelighet nedfelt i lovens § 5. Klagenemnda fant ikke grunnlag for å uttale seg om spørsmålet om erstatning.

Klagenemndas avgjørelse 5. oktober 2009 i sak 2009/44

Klager: Vital Forsikring ASA

Innklaget: Eidsvoll kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl.

Saken gjelder: ulovlig tildelingskriterium, tildelingsevalueringen, inhabilitet

Bakgrunn:

(1) Eidsvoll kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. juli 2008 en konkurranse med forhandling vedrørende levering av offentlig tjenstepensjon til kommunen. Fristen for å inngi tilbud var satt til 22. september 2008. Innklagede benyttet Factor Insurance Broker AS (heretter Factor) som rådgiver ved anskaffelsen.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 3.0, "Krav til tilbudet" fremkommer det at:

"Selskapet skal gi tilbud på tjenstepensjonsforsikring tilhørende Eidsvoll kommune i henhold til kapittel 2 i Hovedtariffavtalen og som beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det er en klar forutsetning at alle spørsmål som fremkommer i konkurransegrunnlaget besvares for at tilbudet skal være tilfredsstillende.

*Eventuelle avvik i forhold til konkurransegrunnlaget skal fremkomme tydelig og forklares i tilbudet. Eventuelle økonomiske eller andre konsekvenser avvikene medfører for kommunen skal redegjøres for.
[...]"*

(3) Av konkurransegrunnlagets punkt 4.0, "Behandling av tilbud", fremkommer blant annet at:

"Tildelingen skjer på bakgrunn av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. (FOA § 13-2).

Tildelingskriteriene er gruppert på følgende måte:

Kriterium:	Vekting	Maksimal poengtildeling/undervektning
Avkastning / kapitalforvaltning	50 %	35
Soliditet / Eierform / Risikostyring		15
Premieutjevningsskaps	25 %	10
Pris for: rentegaranti, kapitalforvaltning og adm.		15
Service	25 %	15
Tilleggsytelser, HMS og lignende		10
SUM	100 %	100

- (4) Av konkurransegrunnlagets punkt 6, "Ytterligere informasjon", fremkommer følgende presisering av tildelingskriteriene:

"TILBUDET

Generelt:

Samtlige punkter skal være besvart. Det forventes at hver enkelt leverandør får frem sin struktur for beregning av premier, tilskuddsatser, prising av satser for kapitalforvaltning, risiko og administrasjon samt premie for rentegaranti, egenkapitalbetjening og lignende.

Tilbudet skal være på norsk.

Leverandørene bes oppgi hvilken underportefølje i en kollektivportefølje Eidsvoll kommune i dag anbefales på grunnlag av kommunens premiereserver, tilleggsavsetninger og kursreserver.

Tilbudene bes ta utgangspunkt i en underportefølje i en kollektivportefølje med normal risiko.

Leverandørene bes også få frem fordeler/ulemper, risiko, pris og øvrige sider ved eventuelt å velge en flerårig avtale i en investeringsportefølje.

[...]

3– SERVICE

Her vil man vite nærmere om selskapets serviceprogram og evne til å betjene kunden på ulike områder. Vi ber selskapet redegjøre for deres engasjement, krav til kunde og eventuelle engangs- og løpende kostnader knyttet til hvert spørsmål.

Hvert svar bør være på maks en A4-side, og med henvisninger til punktmarkeringene.

3.1 Ajourhold og rapporter

3.1.1 Beskriv selskapets rutiner ved ordinært ajourhold, herunder behandlingstider og leveransegarantier.

3.1.2 Beskriv selskapets rutiner ved skademeldinger.

3.1.3 Beskriv selskapets rutiner ved pensjonsutbetaling

3.1.4 Hvordan følges kommunen opp av selskapet?

3.1.5 Hvilke rapporter (administrative og økonomiske) vil bli utarbeidet, hvor ofte blir disse produsert, legg ved eksempel.

3.2 IT

3.2.1 Hvilke IT-løsninger har man for ajourhold?

3.2.2 Hvilket IT-program tilbys ansatte mht innsyn i pensjonsordningen?

3.3 Opplæring

3.3.1 Kurs og opplæring for kommunens nøkkelpersoner som skal betjene pensjonsordningen. For eksempel rådgivning innenfor kapitalforvaltning.

3.3.2 Kurs- og informasjonsprogrammer til ansatte og pensjonister. Vi ber om informasjon om selskapets policy for kurs og seminarer, herunder bruk av egenandeler for samlinger i inn- og evt. utland samt hyppigheten av slike arrangementer.

3.4 AFP / Seniorpolitikk

Tilbyr selskapet program for redusering av AFP-uttak?

Hvilket konsept/tjeneste tilbyr selskapet innen seniorpolitikk.

3.5 HMS

3.5.1 Hvilket HMS-program kan selskapet tilby kommunen?

3.5.2 Tilbyr selskapet økonomisk støtte/kompensasjon til HMS- tiltak?

3.7 Lån

Selskapets tilbud om lån til ansatte i kommunen samt regler og betingelser for gjeldsforsikring (herunder krav til helseerklæring etc.)

3.8 NRS6

Vi ber om å få oppgitt hvilke kostnader som vil påløpe i forbindelse med utarbeidelse av NRS6 for kommunen. Vi ber også om å få oppgitt hvilke leveringstid/frist man følger ved bestilling og om selskapet har tilstrekkelig kapasitet til å oppfylle leveringsfristen

Har eventuelt selskapene en etablert rutine for å levere prognose for NRS6 i september/oktober måned og endelig oppstilling i januar?

3.9 Annet

Eventuelle andre tjenester/tilbud til kommunen og dens ansatte som ikke fremkommer i spørsmålsstillingen over. Angi eventuelle kostnader.”

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Vital (klager), KLP (valgte leverandør) og Storebrand. KLP er et gjensidig forsikringsselskap som krever egenkapitalinnskudd.
- (6) Det ble avholdt forhandlingsmøter med tilbyderne 29. september 2008. Frist for å inngi revidert tilbud ble satt til 20. oktober 2008. Samtlige tilbydere leverte inn reviderte tilbud innen fristen.
- (7) Innklagede og Factor evaluerte deretter tilbudene, og Factor utarbeidet en rapport 22. oktober 2008. Rapporten ble presentert for kommunens hovedtillitsvalgte 27. oktober 2008, og oversendt formannskapet sammen med rådmannens innstilling 28. oktober 2008.
- (8) Det fremkommer av rapporten blant annet følgende:

”Vi registrerer at enkelte av selskapene har vært unøyaktige i forhold til å besvare alle spørsmål og å svare på **alle spørsmål utfyllende**. Spesielt har Vital gitt mangelfulle svar

og på den måten gjort den samlede vurdering vanskelig og gir negative utslag i sluttvurderingen.”

- (9) Ved Factors evaluering og begrunnelse i rapporten 22. oktober 2008, fremkommer det videre blant annet:

”Avkastning/kapitalforvaltning

Ved en gjennomgang av de historiske avkastningstall, verdijustert, bokført og tilført kundens konti, ser vi at det ikke er de store forskjellene mellom tilbyderne. Vital er imidlertid den som har hatt høyest avkastning. Alle tilbyderne er i sin kapitalforvaltning opptatt av en dynamisk risikostyring og en veldiversifisert portefølje. På denne måten vil risikoen i den samlede porteføljen gjenspeile risikoevnen.

Soliditet/eierform/risikostyring

KLP har i de senere årene bygd opp store buffere, og fremstår som meget solid, noe også Kredittilsynets stresstest viser. I skrivende stund har vi imidlertid opplevd et meget turbulent år i finansmarkedet. Dette vil innvirke på selskapenes soliditet, men virkningene vil ikke fremkomme før tidligst ved fremlegging av selskapenes tredjekvartalsrapport. Det vil derfor være for tidlig å spekulere i dette. En vedvarende uro i finansmarkedet vil imidlertid kunne gi sterke utslag for KLP som gjensidig selskap. Når det gjelder myndighetskrav i forhold til kapitaldekning og solvens, ser vi at alle tilbyderne oppfylder kravene med god margin.

Premieutjevningssfellesskapet

Det er veldig liten forskjell mellom tilbyderne i forhold til pris/pensjonskostnader. Kun 0,01% skiller beste (10,10%) og nest beste (10,11%) tilbyder på sammenlignbar premie. Det er 0,04% mellom beste og dårligste tilbud. Med utgangspunkt i et pensjonsgrunnlag på kr 265 mill betyr det en differanse mellom beste og dårligste tilbud på 106.000,-.

Pris for rentegaranti, kapitalforvaltningskost og adm.

På dette punkt har KLP en klart lavere kostnad enn de øvrige.

Service

Leverandørene har gjennomgående gode rutiner og systemer for håndtering av filoverføringer ved ajourhold, for pensjonsutbetalinger, for kommunikasjon og kundeservice, for rapportering, og for opplæring. Som følge av at leverandørene stadig utvikler elektroniske tjenester, vil kundene få stadig mer innblikk og kontroll. Samtidig gir en økende mengde elektronisk lagrede data kundene muligheter til å foreta dypere analyser og vurderinger i forhold til blant annet seniorpolitiske tiltak. I denne forbindelse har KLP kommet lengst med opprettelse av sitt Datavarehus. For de i kommunen som til daglig håndterer pensjonsordningen, har Storebrand kommet langt med IT-løsninger som gir full oversikt over medlemsbestanden, i tillegg til adgangen til alle konti tilhørende pensjonsordningen. Storebrand og KLP har i sine nettløsninger muligheter for å hente frem de fleste dokumenter som vedrører pensjonsordningen.

Både Storebrand og Vital har etter hvert opprettet gode rutiner for rapportering gjennom sine kvartalsrapporter.

Alle leverandørene tilbyr omfattende kurs- og informasjonsprogrammer til ansatte og pensjonister i kommunen. Vital og KLP sine aktiviteter er som hovedregel kostnadsfrie, mens Storebrand som regel tar en egenandel.

Når det gjelder HMS og seniorpolitikk er det nok Storebrand og KLP som har mest erfaringsmateriale, men Vital har også gjennom mange år utviklet sitt HMS-konsept. Alle tilbydere har stilt betydelige midler til disposisjon for Eidsvoll kommune.

Resultater av anbudskonkurransen

Selv om ikke anbudskonkurransen har medført de store reduksjoner i premiekostnader, har prosessen allikevel hatt en viss effekt. Eidsvoll kommune har gjennom prosessen oppnådd følgende:

- fokus på pensjonskostnader og reduksjon i noen premieelementer
- betydelig bidrag til HMS-arbeid i tillegg til at selskapene har stilt egne ressurser til rådighet
- fokus på best mulig betjening fremover
- tilbud om tilleggstjenester”

(10) Etter at tilbudene var evaluert, utarbeidet Factor følgende tabell:

”RANGERING / ANBEFALNING AV LEVERANDØR

Ved bruk av vekting får vi følgende rangering:

1. KLP med 39,35 poeng
2. Storebrand med 38,85 poeng
3. Vital Forsikring med 31,8 poeng

Kriterium	Vekting	Maksimal poengtildeling	Vektet poeng		
			Vital	Storebrand	KLP
Avkastning/kapitalforvaltning	50%	35	11,07	11,93	12
Soliditet/Eierform/Risikostyring		15	4,77	5,39	4,83
Premieutjevningssfellesskap	25 %	10	3,41	3,33	3,27
Pris,rentegaranti, kapitalforvaltning og adm.		15	2,63	5,58	6,79
Service	25 %	15	2,63	3,65	3,46
Tilleggsytelser, HMS og lignende		10	7,03	8,97	9
SUM	100	100	31,8	38,85	39,35

Vi vil anbefale at Eidsvoll kommune beholder KLP som leverandør for pensjonsforsikring i neste innkjøpsperiode. Dette begrunnes med at KLP har gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i henhold til tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Leverandørene er i utgangspunktet meget like, og det er ikke fremkommet differanser mellom leverandørene som tilsier at det er sannsynlig å oppnå en besparelse ved å bytte leverandør.”

(11) Etter at rådmannen hadde sendt sin innstilling, men før formannskapet avholdt møte, ble det foretatt noen justeringer i rapporten, slik at det ble utarbeidet en ny revidert rapport datert 28. oktober 2008. Den korrigererte rapporten ble utdelt under formannskapets møte

28. oktober 2008, og det ble muntlig redegjort for endringene i møtet. Av den redigerte rapporten fremstår blant annet rangeringen og anbefalingen av leverandør med noe endret poengtall. Det hitsettes fra rapportens side 6:

”RANGERING / ANBEFALNING AV LEVERANDØR

Ved bruk av vekting får vi følgende rangering:

- 1. KLP med 35,27 poeng*
- 2. Storebrand med 35,02 poeng*
- 3. Vital Forsikring med 29,71 poeng*

Kriterium	Vekting	Maksimal poengtildeling	Vektet poeng		
			Vital	Storebrand	KLP
Avkastning/kapitalforvaltning	50 %	35	11,70	11,62	11,68
Soliditet/eierform/risikostyring		15	4,77	5,39	4,83
Premieutjevningsselskap	25 %	10	3,41	3,33	3,27
Pris,rentegaranti,kapitalforvaltning og adm.		15	2,63	5,58	5,18
Service	25 %	15	4,33	5,48	5,18
Tilleggsytelser, HMS og lignende		10	2,87	3,62	3,52
SUM	100	100	29,71	35,02	35,27

Vi vil anbefale at Eidsvoll kommune beholder KLP som leverandør for pensjonsforsikring i neste innkjøpsperiode. Dette begrunnes med at KLP har inngitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i henhold til tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Leverandørene er i utgangspunktet meget like, og det er ikke fremkommet differanser mellom leverandørene som tilsier at det er sannsynlig å oppnå en besparelse ved bytte av leverandør.”

- (12) Saken ble fremmet for formannskapet 28. oktober 2008. Av innklagedes saksfremlegg fremkommer blant annet at:

”I rapportens oppsummering på side 4 – 6 redegjøres det for vekting i forhold til oppsatte kriterier og rådgivers rangering (s.6), samt rådgiverens anbefaling som går ut på å inngå ny avtale med Kommunal Landspensjonskasse.

Rådmannen

Den prosessen som nå er i ferd med å bli brakt til ende, har vært krevende og komplisert. De ulike tilbyderne har på like vilkår fått presentere sine tilbud overfor kommunens utvalg og de har alle fått anledning til å komme med korrigeringer til sine tilbud. De ansattes medvirkning er ivaretatt slik avtaleverket krever. Selv om leverandørene fremstår med tilbud som står meget like, så er det rent faktisk mulig å se en forskjell som begrunner forslaget om å inngå ny avtale med eksisterende leverandør. Jeg støtter således rapportens anbefalinger.

Rådmannens innstilling

Eidsvoll kommunestyre inngår avtale om levering av tjenstepensjon for fellesordningen med Kommunal Landspensjonskasse fra 1. januar 2009. Avtalen har en varighet på 3 år med opsjon for forlengelse på 1 + 1 år. Rådmannen gis fullmakt til å vurdere om opsjonen kan og skal benyttes med vanlig oppsigelsesfrist på 3 mnd.”

(13) Kommunestyret fattet 11. november 2008 følgende enstemmige vedtak:

”Eidsvoll kommunestyre inngår avtale om levering av tjenstepensjon for fellesordningen med Kommunal Landspensjonskasse fra 1. januar 2009. Avtalen har en varighet på 3 år med opsjon på forlengelse på 1 + 1 år. Rådmannen gis fullmakt til å vurdere om opsjonen kan og skal benyttes med vanlig oppsigelsesfrist på 3 mndr.”

(14) Ved tildelingsbrevet 26. november 2008 meddelte innklagede at tilbudet fra valgte leverandør ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og det ble deretter gitt en begrunnelse for valget. Klagefristen ble satt til 12. desember 2008.

(15) Klager påklaget vedtaket til innklagede ved brev 11. desember 2008. Innklagede meddelte ved brev 18. desember 2008 at de ikke tok klagen til følge.

(16) Ved brev til valgte leverandør 16. desember 2008 ba innklagede om at valgte leverandør sørget for kontrakt i medhold av kommunestyrets vedtak. Valgte leverandør bekreftet i brev 17. desember 2008 at innklagedes oppsigelse av pensjonsavtalen 19. september 2008 var trukket tilbake, slik at den allerede inngåtte pensjonsavtale fortsatte å løpe fra 1. januar 2009.

(17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev 2. mars 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(18) Klager bemerker at det i anbudsprosessen har vært uklart hvilken del av forskriften som kom til anvendelse.

(19) Klager anfører at tildelingskriteriet *”Tilleggsytelser, HMS og lignende”* er ulovlig, jf. forskriften § 22-2 (2) tredje punktum, herunder at det også er i strid med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2008/136.

(20) I tillegg anføres at det ikke fremkommer tilstrekkelig klart hvilke forhold som skal tillegges vekt under tildelingskriteriet *”Tilleggsytelser, HMS og lignende”*, slik at det er i strid med klarhetskravet, samt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5. Det vises i den forbindelse til klagenemndas avgjørelser i sakene 2005/75, 2005/204 og 2008/98, Høyesteretts avgjørelse av 11. desember 2008, og Dragsten/Lindalens *”Kommentarutgave – offentlige anskaffelser”*, side 1253. Klager viser videre til at det i konkurransegrunnlaget, på side 9-10, er angitt hvilke momenter som skal tillegges vekt under kriteriet *”Service”*, mens *”Tilleggsytelser, HMS og lignende”* ikke er utdypet. HMS er kun nevnt som punkt 3.5 under *”Service”*. I tillegg vises det til at det er åpnet for at *”eventuelle andre tjenester/tilbud til kommunen og dens ansatte som ikke fremkommer i spørsmålsstillingen over”*, kan vektlegges under kriteriet *”Annet”*, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3.9. Klager anfører at dette medfører at innklagede har en

ubetinget anledning til å ta hensyn til aspekter som ikke på forhånd er klart angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

- (21) Factor utarbeidet en rapport 22. oktober 2008. Rapporten ble korrigert 28. oktober 2008. Begge rapportene var utdelt på formannskapsmøtet. Klager viser til at det er gjort betydelige endringer i den reviderte rapporten av 28. oktober 2008, blant annet ved at poengtildelingen i noen grad er justert og at noen uttalelser er fjernet, mens noen nye er kommet til. Klager anfører at det er grunn til å tro at deres selskap, uten disse endringene, burde fått en høyere poengsum. På denne bakgrunn bestrides innklagedes anførsel om at *"justeringene ikke har hatt betydning for innstillingen."*
- (22) Klager anfører videre at det foreligger en rekke feil ved innklagedes tildelingsevaluering, slik at den er i strid med regelverkets grunnleggende krav, herunder at den ikke er saklig eller forsvarlig.
- (23) Klager anfører at det er i strid med forskriften § 22-2 når Factor bare har vurdert tilbudene opp mot tre av de seks tildelingskriteriene, nemlig *"Premieutjevningssfellesskap"*, *"Avkastning /kapitalforvaltning"* og *"Service"*. Klager anfører videre at denne evalueringen vanskeliggjør en etterprøving av hvilke elementer ved tilbudene som er vektlagt i forhold til det enkelte tildelingskriterium. Klager anfører i den sammenheng at det ikke er samsvar mellom de poeng klager har fått for tildelingskriteriene *"Soliditet/Eierform/Risikotyring"*, *"Service"* og *"Tilleggsytelser, HMS og lignende"*, og det at Factor legger til grunn om at det tilsynelatende er små forskjeller mellom tilbudene. I forhold til tildelingskriteriet *"Avkastning/Kapitalforvaltning"*, anfører klager at de burde fått høyere uttelling. Det anføres på denne bakgrunn at tildelingsevalueringen er vilkårlig, usaklig og i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5.
- (24) Klager gjør videre gjeldende at ettersom det ikke fremkommer noen konklusjoner i tilknytning til tildelingskriteriene *"Avkastning/Kapitalforvaltning"* og *"Soliditet /eierform /risikostyring"*, er det ikke er mulig å etterprøve Factors vurdering av disse. Tilsvarende anføres i tilknytning til kriteriene *"Service"* og *"Tilleggsytelser, HMS og lignende"*, hvor det av Factors rapport ikke fremkommer noe som tilsier at leverandørene skal ha ulik behandling. Poenggivningen fremstår som vilkårlig og etterprøving er ikke mulig. Klager anfører at det med tydelighet må fremkomme hva som har vært utslagsgivende ved poenggivningen, særlig i tilfeller der leverandørene har vært meget like, jf. lovens § 5. På denne bakgrunn anføres at tildelingen av kontrakt er gjennomført i strid med kravet til forutberegnelighet, likebehandling, konkurranse og forretningsmessighet.
- (25) I tillegg anføres at det er feil når innklagede ikke har vektlagt egenkapitalrisikoen i forhold til valgte leverandør, herunder at dette er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Klager anfører at kommunestyret og rådgiveren i større grad burde ha vurdert og vektet ulike typetilfeller hvor kundene, som eiere av valgte leverandør, kan bli avkrevd ekstra egenkapital for å dekke opp avtalte garantier. Klager anfører videre at innklagede også burde vurdert avkastningsmulighetene på innskutt kapital ved fortsatt å være kunde hos valgte leverandør.
- (26) Klager viser til at Factor uttaler, blant annet på side 6 i rapporten, at *"Leverandørene er i utgangspunktet meget like"*, og anfører at innklagede har plikt til å påpeke forhold i

tilbudene som bør forbedres. Dette gjelder spesielt når disse forholdene vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning, se klagenemndas avgjørelse 2008/136, samt rådgiverens rapport side 16 og 17. Selv om utgangspunktet er at det er tilbyderne som må gi relevante opplysninger, må det legges til grunn at innklagede i dette tilfellet hadde en avklaringsplikt.

- (27) Klager anfører videre at innklagede ikke kan inngå en flerårig kontrakt som er i strid med flyttereglene, jf. forsikringsvirksomhetslovens § 9-4. Det vises til at valgte leverandør bekrefter at prisen i tilbudet bare gjelder for ett år. Konkurransetilsynet har i brev til Fornyings- og administrasjonsdepartementet 18. mars 2009 tatt opp problemstillingen vedrørende lengden på kontrakter om tjenestepensjoner innenfor offentlig sektor. I brevet bes departementet ta stilling til om alle løpende kontrakter om tjenestepensjonsordninger jevnlig skal underlegges anbuds konkurranse. Klager har også selv tatt problemstillingen opp med Direktoratet for IKT og forvaltning i brev 27. oktober 2008. Det vises videre til Dragsten/Lindalen, Offentlige anskaffelser - kommentarutgaven side 543, klagenemndas avgjørelse i sak 2004/16, samt EF-domstolens sak C-454/06, avsagt 18. juni 2008, hvor begrepet "inngåelse" i forhold til direktiv 92/50 behandles. I forhold til priselementet i forsikring bemerkes at den nye forsikringsvirksomhetsloven § 9-4 innebærer at forsikringsselskapene ensidig kan endre sine pristariffer årlig i kundenes disfavør. Prisregulering vil medføre at kommunene kan oppnå bedre avtalevilkår ved å gå ut i markedet på nytt. Det vil således ikke kunne anses som forretningsmessig korrekt, jf. lovens § 1 og § 5, å vente fire – fem år med å avklare om det foreligger endringer i markedssituasjonen.
- (28) Klager viser til at innklagedes formannskap har fått utlevert rådgivers reviderte rapport, datert 28. oktober 2008, som var på 35 sider, på formannskapsmøtet. Klager anfører at det stilles krav til forsvarlig saksbehandling i forkant av at det skal tas så viktige beslutninger som tildeling av kontrakt etter anskaffelsesregelverket.
- (29) Det anføres videre at ordføreren var inhabil ved behandlingen av saken, ettersom han er varamedlem i valgte leverandørs representantskap i perioden 2008 – 2010, jf. forvaltningslovens § 6 første ledd bokstav e, subsidiært forvaltningslovens § 6 annet ledd, jf. Rt 2007 side 983 og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/13.
- (30) Klager krever at innklagede utlyser en ny anbuds konkurranse i 2009. I tillegg bes det om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt. Subsidiært bes det om at nemnda tar stilling til vilkårene for den negative kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

- (31) Når det gjelder hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse, vises det til innklagedes svar 18. desember 2008.
- (32) Innklagede anfører at tildelingskriteriet "*Tilleggsytelser, HMS og lignende*" er et lovlig tildelingskriterium. Når kriteriet leses sammen med presiseringene i konkurransegrunnlaget, særlig side 7 og 9, fremstår det ikke uklart. Tilbudsevalueringen viser at innklagede har holdt seg innenfor denne spesifiseringen, jf. Factors rapport 28. oktober 2008. Innklagede gjør videre gjeldende at det ikke er riktig at kriteriet gir innklagede ubetinget anledning til å hensynta forhold som ikke på forhånd er klart oppgitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. At klager mener det er vanskelig å

etterprøve hvilke forhold som er vektlagt under ”Service”, ”Tilleggsytelser, HMS og lignende”, skyldes muligens klagers egen redigering og besvarelse av spørsmålene i konkurransegrunnlaget.

- (33) Innklagede presiserer at rapporten av 22. oktober 2008 var et utkast, og at rapporten 28. oktober 2008 er den endelige versjonen, som ble fremlagt for kommunens politiske organ. Endringene mellom utkastet og endelig rapport har ikke betydning for vurderingen av tilbudene, eller rangeringen av disse. Det er kun foretatt enkelte språklige endringer og mindre justeringer av poenggivningen. Tildelingen er foretatt på grunnlag av den endelige rapporten. Innklagede viser til at i formannskapsmøtet ble endringene gjennomgått skriftlig, samt at de sidene som var endret ble fremlagt særskilt.
- (34) Innklagede anfører dessuten at tilbudsevalueringen oppfyller samtlige grunnleggende krav, og er basert på korrekt faktum. Det fremkommer av rapporten at alle tildelingskriteriene er evaluert. I tillegg anføres at innklagedes evaluering er etterprøvbare. Evalueringen fremkommer av rapporten og er utdypet i innklagedes svarbrev på klagen, datert 18. desember 2008. For øvrig påpekes at de andre forhold som påklaget, utgjør en del av det innkjøpsfaglige skjønnet, som klagenemnda ikke har kompetanse til å overprøve.
- (35) Innklagede viser videre til at det fremgår av Factors rapport at valgte leverandørs egenkapitalsituasjon er vurdert.
- (36) Innklagede anfører i tillegg at det ved evalueringen fremkom slike forskjeller mellom tilbudene at det er mulig å komme frem til en vinner. Samtlige tilbydere fikk anledning til å revidere sine tilbud, og klager ble konkret spurt om de mente de hadde besvart alle spørsmålene i konkurransegrunnlaget.
- (37) Dersom tilbyderne er av den oppfatning at den lovbestemte retten til å endre pristariffer medfører at kommunene må utlyse denne type kontrakter hvert år, vil det føre til en sterk reduksjon i utlyste kontrakter. Mulighet for slike hyppige bytter av tjenesteleverandør, vil være både arbeids- og kostnadskrevende og medføre at kommunenes eneste alternativ er å opprette egen eller interkommunal pensjonskasse. Kontraktperioden er i foreliggende kontrakt satt til tre år, noe som er den korteste tidsperioden i forhold til en forsvarlig, økonomisk håndtering av denne type tjenester.
- (38) Innklagede avviser at det foreligger inhabilitet hos ordføreren. Det vises til at han var 7. vara til representantskapet hos valgte leverandør. Han har aldri blitt innkalt til møte i representantskapet, og har heller ikke deltatt i møter. Som vararepresentant har han imidlertid, som vanlig er, fått tilsendt sakskartet, men ikke saksdokumentene før møtene.

Klagenemndas vurdering:

- (39) 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 det opplyste lov om offentlige anskaffelser av 16. juni 1999, nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2002 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften § 2-1 og § 2-2. Klagenemnda bemerker at innklagede har vært noe upresis i forskriftshenvisningene under anbudskonkurransen, blant annet ved at det flere steder i konkurransegrunnlaget er angitt bestemmelser som er omfattet av forskriften del II. Det

fremgår imidlertid av andre dokumenter, blant annet kunngjøringen samt indirekte av anskaffelsens verdi, at anskaffelsen var omfattet av forskriften del III. Klagenemnda kan uansett ikke se at det har hatt betydning for klager at det var oppgitt feil henvisning til bestemmelser i konkurransegrunnlaget.

Hvorvidt det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium

- (40) Klager anfører at tildelingskriteriet "*Tilleggsytelser, HMS og lignende*" er i strid med forskriften § 22-2 (2) tredje punktum, samt kravene til klarhet, gjennomsiktighet og forutberegnelighet i loven § 5. Nemnda finner at "HMS", slik saken foreligger for nemnda, kan være relevant som tildelingskriterium ved anskaffelse av offentlig tjenestepensjon. Klagenemnda begrenser derfor den videre drøftelse av lovligheten av tildelingskriteriet til "*Tilleggsytelser [...] og lignende*".
- (41) Forskriften § 22-2 angir hvordan tildeling av kontrakt skal skje, samt hvilke kriterier som kan benyttes ved tildeling av kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Etter bestemmelsens andre ledd tredje punktum er det krav om at kriteriene som vil bli vektlagt, "*skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*".
- (42) I EF-domstolens sak C-19/00 SIAC Construction, fastslo domstolen at tildelingskriteriene må utformes på en slik måte at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke kriteriene på samme måte. Dette er også lagt til grunn i en rekke avgjørelser fra klagenemnda, blant annet i sakene 2007/120, 2007/86 og 2007/39. I dette ligger det et klarhetskrav ved utformingen av det enkelte tildelingskriterium, samt at det må være klart hvilke kriterier som kommer til anvendelse. Klarhetskravet kan også utledes av de grunnleggende prinsippene om likebehandling, etterprøvnbarhet, gjennomsiktighet og forutberegnelighet i lovens § 5.
- (43) Hvorvidt et tildelingskriterium oppfyller kravene i forskriften § 22-2, herunder kravet til klarhet, må vurderes på bakgrunn av en tolkning av tildelingskriteriene og konkurransegrunnlaget for øvrig.
- (44) Tildelingskriteriene er angitt i konkurransegrunnlagets punkt 4.0, hvorav ett av dem er "*Tilleggsytelser, [...] og lignende*". Under konkurransegrunnlagets punkt 6.0, "*Ytterligere informasjon*", er det foretatt en presisering av kriteriene under følgende overskrifter: "*1-Premieutjevningsskapskap*", "*2-Avkastning, Kapitalforvaltning*" og "*3-Service*". Under punktet om "*3-Service*" fremkommer blant annet at innklagede ønsker informasjon om leverandørens tilbud knyttet til HMS, lån til ansatte, NRS6 (norsk regnskapsstandard for pensjonsforpliktelser) og annet. Under "*Annet*" fremkommer at innklagede ønsker opplyst om "*Eventuelle andre tjenester/tilbud til kommunen og dens ansatte som ikke fremkommer i spørsmålsstillingen over. Angi eventuelle kostnader*."
- (45) Klagenemnda er av den oppfatning at det i utgangspunktet er noe uklart hva som er ment å omfattes av tildelingskriteriet "*Tilleggsytelser, [...] og lignende*". Det er følgelig også noe uklart hva som skal legges til grunn ved innklagedes evaluering av tilbudene knyttet opp mot dette tildelingskriteriet. Innklagede har imidlertid presisert tildelingskriteriet i konkurransegrunnlaget, jf. ovenstående redegjørelse. Klagenemnda er likevel av den oppfatning at presiseringene ikke fjerner uklarheten, ettersom det kun vises til "*Annet*", hvor det ønskes opplyst eventuelle andre tjenester/tilbud til kommunen

og dens ansatte som ikke fremkommer av innklagedes spørsmålsstilling i konkurransegrunnlaget. Det vises i denne sammenheng til klagenemndas sak 2006/67.

- (46) Klagenemnda finner derfor at anvendelsen av tildelingskriteriet ”*Tilleggsytelser, [...] og lignende*” ikke tilstrekkelig presist angir hva som skal vektlegges, slik at kriteriet er i strid med forskriften § 22-2 (2), tredje punktum. Klagenemnda er videre av den oppfatning at slik tildelingskriteriet er angitt og presisert i konkurransegrunnlaget, er det heller ikke tilstrekkelig klart utformet til at alle rimelig aktsomme leverandører vil forstå kriteriet på samme måte, se blant annet klagenemndas sak 2008/145. Tildelingskriteriet er således også i strid med klarhetskravet og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (47) Klagenemnda er på bakgrunn av ovenstående kommet til at det foreligger brudd på forskriften § 22-2 ved at det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriften § 17-2 (1), er anvendelse av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen.
- (48) Klagenemnda gjør videre oppmerksom på at nemnda i sakene 2009/10 og 2009/19, fant at HMS som tildelingskriterium ved kjøp av offentlig tjenestepensjon, ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand, slik den var fremsatt i konkurransegrunnlaget. Innklagede hadde følgelig brutt forskriften § 22-2. Klager har i foreliggende sak ikke anført disse forhold, og klagenemnda har derfor ikke tatt stilling til dette.

Klagers øvrige anførsler

- (49) Ut fra det resultat klagenemnda er kommet til, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler. Klagenemnda har ikke kompetanse til å beslutte at det skal utlyses ny konkurranse, jf. klagenemndsforordningen § 6.

Erstatning

- (50) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. forskriften § 12 (2) femte punktum.

Konklusjon:

Eidsvoll kommune har brutt forskriften § 22-2 (2), samt klarhetskravet og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å benytte tildelingskriteriet ”*Tilleggsytelser, [...] og lignende*” ved anskaffelse av offentlig tjenestepensjon.

Klagenemnda har ikke funnet grunnlag for å ta stilling til klagers øvrige anførsler som følge av sakens resultat.

For klagenemnda,

5. oktober 2009

Andreas Wahl