



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av fondsledelse og investeringsrådgivning. Det var anført å foreligge en rekke brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. mars 2011 i sak 2011/310

Klager: Gabler Wassum AS

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Magni Elsheim, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning. Avlysning. Tildelingsevaluering.

Bakgrunn:

- (1) Bærum kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. juni 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av fondsledelse og investeringsrådgivning. Kontrakten har en varighet på 2 år med mulighet for forlengelse i 1+1 år. Anskaffelsen har en estimert verdi på 500 000 – 750 000 kroner per år. Tilbudsfristen var satt til 12. juli 2010. I kunngjøringen punkt II.1.5 *"Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang"* var det opplyst at:

"Formålet med anskaffelsen er å etablere avtaler om rådgivningstjenester og daglig ledelse av Forvaltningsfondet. Tjenesten omfatter oppfølging av dagens forvaltning og aktiviteter, og inkluderer også gjennomføring av planlagte anskaffelser. Se også vedlegg 3 Tjenestebeskrivelse. Det skal etableres avtale om 2 – to dedikerte rådgivere, 1 – en for fondsledelse og 1 – en for investeringsrådgivning."

- (2) Av kunngjøringen punkt II.1.6 fremgikk det at anskaffelsen hadde CPV klassifisering 79412000.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1 *"Oppdragsgiver"* var det videre opplyst om anskaffelsen at:

"Kommunen har langsiktige midler på til sammen 1,9 mrd kroner som forvaltes samlet, under betegnelsen Forvaltningsfondet (Bærum kommunes forvaltningsfond – BKFF). Fondet består av omløpsmidler med markedsbasert verdivurdering. Kommunestyret fastsetter regler for kommunens finansforvaltning, herunder bl.a investeringsstrategi og prinsippene for bruk av fondets midler. Kommunens finansreglement ble sist vedtatt 23.09.09. Finansreglementet skal minimum opp til behandling i hver kommunestyreperiode. Kommunestyret kan fatte vedtak som vil kunne påvirke oppdragets innhold og omfang."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3 "KRAV TIL LEVERANDØR" var det oppstilt følgende kvalifikasjonskrav:

"3.2 Obligatoriske og ufravikelige krav

<i>Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:</i>	<i>Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt</i>
<i>Krav 1: Skatteattester</i> <i>Norske leverandører skal fremlegge skatteattest for merverdiavgift fra skattefogden og skatteattest for skatt utstedt av kemner/kommunekasserer (Skjema RF-1244)</i> <i>der leverandøren har sitt hovedkontor. Skatteattestene</i> <i>skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra tilbudsfristens utløp.</i>	• <i>Skatteattest</i> • <i>Merverdiavgiftsattest</i>
<i>Krav 2: HMS - egenerklæring</i> <i>Leverandører som skal utføre arbeid i Norge skal framlegge en egenerklæring om at leverandøren oppfyller, eller ved eventuell tildeling av kontrakt vil oppfylle, lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet.</i>	• <i>HMS – egenerklæring</i> <i>Skjema for HMS – egenerklæring kan hentes på nettadressen:</i> <i>http://www.lovdato.no/for/sffa/ta-20060407-0402-033.html</i>

3.3 Leverandørens organisatoriske og juridiske stilling

<i>Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:</i>	<i>Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt</i>
<i>Krav 3: Firmaattest</i> <i>Det kreves at leverandøren har et lovlig etablert foretak.</i>	<i>Norske firma:</i> • <i>Firmaattest fra Brønnøysund</i> • <i>Utenlandske firma: Attester for registrering i faglige register som bestemt ved lovgivning i det land hvor leverandøren er etablert.</i> • <i>Organisasjonskart</i>

3.4 Leverandørens økonomiske og finansielle stilling

<i>Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:</i>	<i>Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt</i>
<i>Krav 4: Kredittvurdering</i> <i>Leverandøren skal ha en økonomisk</i>	• <i>Utvidet rapport fra et offentlig godkjent kredittvurderingsselskap som inneholder kredittvurdering av leverandør — typisk angitt</i>

<i>og finansiell soliditet som gir oppdragsgiver trygghet for at leverandøren vil være økonomisk levedyktig i hele avtaleperioden.</i> <i>Minimumskrav til kredittverdighet er rating A eller tilsvarende at tilbyder er kredittverdig.</i>	<i>ved bokstavkarakter eller kortfattet tekst, samt forklaring av disse. Rapporten skal bl.a. inneholde revisors beretning, negative betalingsanmerkninger, regnskap og ratinghistorikk. Rapporten skal basere seg på siste kjente regnskapstall. Dato må fremkomme tydelig. Norske selskaper som leverer inn tilbud på vegne av et utenlandsk selskap, skal legge ved slik attest med kredittvurderingsgrad for det norske selskapet</i> <i>• Eventuelt stiftelsesdokument med åpningsbalanse for nystartet selskap</i> <i>• Erklæring om foretakets omsetning de siste årene som har betydning for denne kontrakten</i>
---	---

3.5 Leverandørens tekniske kvalifikasjoner

<i>Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:</i>	<i>Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt</i>
<i>Krav 5: Erfaring</i> <i>Det kreves betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag.</i>	<i>• Oversikt over leverandørens bemanning/organisasjonsplan og relevant kompetanse og erfaring som besittes eller planlegges tilknyttet leverandøren for utførelse av dette oppdraget. Dokumenteres med CV og annen relevant beskrivelse.</i> <i>• Leverandørens viktigste leveranser (de siste 3 årene) inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker.</i> <i>• Kjennskap til og erfaring med Lov og Forskrift om offentlige anskaffelser. Dokumenteres med beskrivelse av gjennomførte konkurranser, type konkurranse, oppdragsgiver, verdi og referanse til Doffin-kunngjøring.</i>
<i>Krav 6: Gjennomføringsevne</i> <i>Det kreves meget god gjennomføringsevne.</i>	<i>• Beskrivelse av relevante referanseoppdrag med kort beskrivelse av teknologi og løsninger som ble benyttet. Navn og telefonnummer til kontaktperson hos mottaker bes oppgitt</i>

Krav 7: Kvalitetssystem <i>Det kreves et velfungerende kvalitetssystem.</i>	• <i>Kopi av sertifikat utstedt av offentlig kvalitetskontrollinstitusjon eller</i> • <i>Redegjørelse vedrørende leverandørens kvalitetssystem</i>
Krav 8: Bekreftelse av uavhengighet	• <i>Generell redegjørelse for egen uavhengighet og hvilke betalingsmekanismer/honorarmodeller som benyttes.</i>

”

Av konkurransegrunnlaget punkt 5.2 ”Tildelingskriterier” fremgikk det at ”Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

- *Pris – vekting 40 %*

Priser angis i vedlagt prisskjema. Prisene evalueres med følgende prioritering:

- fastpris

-timepris og maksimal ramme vedr. anskaffelser (hfr Tjenestebeskrivelse pkt 3.1);

-timepris (timer utover fast honorar)

-pris på elektronisk rapporteringssystem (dersom det tilbys)

- *Kvalitet, oppdragsforståelse og metodikk – vekting 60 % - evalueres ut fra leverandørens beskrivelse av:*

- hvordan oppgaven tenkes løst

- arbeidsmetodikk

- forståelse av oppdragsgivers behov

- faglig basis (teori/empiri/modeller/kilder) for risikovurderinger og investeringsråd

- løsning for rapportering

- organisering av arbeidet for å sikre kontinuitet (ferieavvikling, sykdom, permisjoner etc.)

- responstid”

- (5) Av punkt 5.2 fremgikk det avslutningsvis:

”Det vil være aktuelt med en tilbudspresentasjon med de mest aktuelle tilbyderne etter at en innledende tilbudsevaluering er gjennomført. Tilbudspresentasjonen er ikke forhandlinger, og det presiseres at dette gjennomføres for å få et bedre helhetsinntrykk av tilbudet, særlig innenfor området oppdragsforståelse og metodikk.”

- (6) I konkurransegrunnlaget vedlegg 3 ”Tjenestebeskrivelse” var innholdet i de to stillingene, fondsledelse og investeringsrådgivning, nærmere beskrevet. Om

fondsledelse het det innledningsvis i punkt 1 *"TJENESTENS OMFANG – FONDSLEDELSE:*

"Fondsleder står for den daglige oppfølging av fondet iht kommunens gjeldende finansreglement, rutinebeskrivelesr og administrative vedtak, og skal holde løpende kontakt med forvaltere og kommunens lederteam for fondet. Fondsleder skal sørge for effektiv drift av fondet, velfungerende kontrollrutiner, rettidig og pålitelig rapportering, samt varsle/initiere endringer ved behov. Fondsleder skal videre yte råd og bidra med overordnet kvalitetssikring av kommunens finansielle tertalvise rapportering som helhet (omfatter gjeld og kortsiktig likviditet, i tillegg til langsiktige plasseringer)."

- (7) Om investeringsrådgivning het det innledningsvis i punkt 2 *"TJENESTENS OMFANG – INVESTERINGSRÅDGIVNING"*:

"Investeringsrådgiver skal bistå kommunen ved valg av investeringsstrategi og utforming av fondsforvaltningen, gi råd ift taktiske beslutninger og neste periodes operasjonsprogram, samt overvåke måloppnåelse og risiko for forvaltningsfondet, herunder varsle og initiere endringer ved behov. Investeringsrådgiver skal utarbeide kommentarer i rapporter vedrørende forvaltningen av kommunens langsiktige midler."

- (8) Om investeringsrådgivningstjenesten fremgikk videre av punkt 2.1 *"Følgende oppgaver skal være inkludert i det faste honoraret"*:

- *Rådgivning om finansielle spørsmål som går på forvaltning av fondets midler og være godt orientert om finansmarkeder og aktører*
- *Rådgivning om oppfølging av eksisterende forvaltere "forvalte forvalterne"*
- *Utarbeide kommentarer til oppnådde resultater i rapportering til politiske organer (p.t. tertialvis)*
- *Utarbeide årlige avkastnings- og risikorapport i forbindelse med oppdatering av investeringsstrategien (innspill til endring av finansreglementet) og gjennomgang av forvalternes resultater*
- *Stå til rådighet for planlegging av møter i lederteamet (hyppighet ca 6 g/år)*
- *Delta i leder møter under poster som behandler finansielle spørsmål"*

I punkt 2.2 var det listet opp *"Eksempler på oppgaver som ikke inngår i fast honorar"*:

"Utførelse av nye oppgaver som hver for seg ikke lar seg gjennomføre innenfor 1 time, herunder for eksempel

- *Spesielle utredninger*
- *Gjennomføre anskaffelser av investeringstjenester i henhold til Lov og Forskrift om offentlige anskaffelser på vegne av forvaltningsfondet (utover anskaffelser spesifisert i pkt 3.1)*

Annet

• *Sporadisk finansiell rådgivning, uten direkte tilknytning til forvaltningsfondet, innenfor en ramme på 100 timer/år*

- (9) I konkurransegrunnlaget vedlegg 3 punkt 3 var det gitt opplysninger om **"TJENESTENS OMFANG – ANSKAFFELSER"**

"3.1 Følgende forestående anskaffelser som ønskes særskilt pristilbud på (timepris og maksimal ramme pr anskaffelse)"

Tilbyder skal gjennomføre anskaffelser på vegne av forvaltningsfondet i henhold til Lov og Forskrift om offentlige anskaffelser. Ansvarer omfatter alt det praktiske arbeidet knyttet til anskaffelsene. Oppdragsgiver skal inkluderes slik at oppdragsgivers formelle krav og prioriteringer ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Følgende avtaler skal etter planen fornyes i 2010.

- *Aksjeforvalter globale aksjer*
- *Depotbank for utenlandske investeringer*
- *Regnskapstjenester for forvaltningsfondet*
- *Internkontrolltjenester for forvaltningsfondet*

Følgende avtaler skal etter planen inngås iht nytt reglement avhengig av markedssituasjon

- *Forvaltning globale obligasjoner*

Det tas forbehold om omfanget, da det bl.a. kan endres som følge av politiske vedtak i løpet av avtaleperioden.

"3.2 Planlagt rullering av anskaffelser 2011-13 (til orientering)"

"Følgende avtaler skal etter planen fornyes iht lov om offentlige anskaffelser i 2011

- *Ingen*

Følgende avtaler skal etter planen fornyes iht lov om offentlige anskaffelser i 2012/2013

- *Forvaltning norske obligasjoner*

Det tas forbehold om omfanget, da det bl.a. kan endres som følge av politiske vedtak i løpet av avtaleperioden."

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører. Dette var Gabler Wassum AS (heretter kalt klager), Pensjon og Finans AS (heretter kalt valgte leverandør) og Grieg Investor AS. Av disse tre var det kun valgte leverandør som ikke hadde konsesjon i henhold til verdipapirhandelloven.
- (11) Etter tilbudsinnlevering ble det avholdt tilbudspresentasjoner, jf. premiss (5). I referatet fra klagers tilbudspresentasjon hadde innklagede oppstilt et eget punkt som gjengav klagers vurderinger av *"Om kommunene er profesjonell part eller ikke:"*.
- (12) Klager ble i brev av 9. september 2010 meddelt at valgte leverandør var innstilt som vinner av konkurransen. Av tildelingsmeddelelsen fremgikk blant annet følgende:

"Alle leverandørene fremstår som profesjonelle og i stand til å utføre oppdraget. De tre tilbyderne har skissert noe forskjellig praksis rundt utvelgelse av fondsforvaltere, men alle har skissert en løsning som ivaretar oppdragsbeskrivelsen, og er derfor likestilt på

dette området. Alle tilbydere synes å ha faglig god standard på tjenestene, men måten de forholder seg til oppdragsgiver synes noe ulikt. Valgt leverandør definerer kommunekunder som "ikke-profesjonell motpart", noe som samsvarer godt med oppdragsgivers behov. Dette er et vesentlig poeng for oppdragsgiver, siden en klassifisering som "profesjonell motpart" gir lavere investorbeskyttelse og vil stille større krav til oppdragsgivers kompetanse og medvirkning"

- (13) I evalueringsmatrisen over tildelingskriteriet "Kvalitet" fremgikk nærmere opplysninger om hvilke momenter som skulle vektlegges ved evalueringen av de ulike underkriteriene. Ved evalueringen av underkriteriet "Forståelse av oppdragsgivers behov" ble følgende vektlagt:

"-Mifid kategori (Er BK [Bærum kommune] profesjonell eller ikke-profesjonell motpart).

- tar hensyn til oppdragsgivers organisering og bemanning

-formidlingsform til politikere (risiko)

- kommuniserer godt (enkel å forstå, med tyngde, lydhør, inngir tillit)"

- (14) Av evalueringsmatrisen fremgikk også at "Responstid: vurderes under "hvordan oppdraget tenkes løst" og "organisering av arbeidet for å sikre kontinuitet"

- (15) Innklagede har også fremlagt en poengmatrise hvor vekten av de ulike underkriteriene fremgikk. "Forståelse for oppdragsgivers behov" og "Arbeidsmetodikk" var vektet med henholdsvis 40 % og 20 %. Kriteriene "Løsning for rapportering", "Faglig basis for risikovurderinger og investeringsråd", "Organisering av arbeidet for å sikre kontinuitet" og "Hvordan oppdraget tenkes løst" var alle vektet med 10 %.

- (16) Klager klaget på tildelingen i brev av 21. september 2010, hvor det prinsipielt anføres at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen. Klagen ble avvist av innklagede i brev av 4. oktober 2010. Av klagesvaret fremgikk blant annet:

Kvalifikasjonskriteriene fremgår av konkurransegrunnlaget. Det er ikke stilt krav om konsesjon som et kvalifikasjonskriterium i denne konkurransen, da Bærum kommune mener dette ikke er påkrevet for de tjenester som skal leveres. Definisjonen av konsesjonspliktig investeringsrådgivning etter verdipapirhandelloven er at det gjelder

anbefaling om transaksjoner i forbindelse med "bestemte finansielle instrumenter", noe som ikke inngår i beskrivelsen av tjenestene i tilbudsbeskrivelsen. Det skal heller ikke leveres tjenester som anses som fondsforvaltning etter verdipapirfondloven eller aktiv forvaltning etter verdipapirhandelloven. Leverandører er likebehandlet."

- (17) I begjæring av 5. oktober 2010 til Asker og Bærum tingrett om midlertidig forføyning fremsatte klager krav om at innklagede skulle pålegges ikke å inngå kontrakt. Begjæringen ble ikke tatt til følge, jf. Asker og Bærum tingretts kjennelse av 19. oktober 2010.

- (18) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 21. oktober 2010.

- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 5. november 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (20) Det kreves konsesjon fra Finanstilsynet for å utøve fondsledelse og investeringsrådgivning (heretter kalt Tjenestene). Valgte leverandør har ikke slik konsesjon og skulle derfor ha vært avvist i medhold av loven § 5, jf. forskriften § 17-4. Det følger av forskriften § 17-4 at kvalifikasjonskravene som oppstilles av oppdragsgiver *"skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene"*. Valgte leverandør har ikke konsesjon og er følgelig ikke egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.
- (21) Investerings tjenester som ytes på forretningsmessig basis kan bare ytes av foretak som har tillatelse fra Finanstilsynet, jf. verdipapirhandelloven § 9-1 første ledd. *"Investeringsrådgivning"* er i vphl § 2-1 nr. 5 angitt som en investerings tjeneste og omfatter tilfeller der rådgivningen utgjør en *"personlig anbefaling [...], om en eller flere transaksjoner i forbindelse med bestemte finansielle instrumenter."*
- (22) Konkurranses grunnlaget må tolkes slik at det klart åpner for at konsesjonspliktig rådgivning vil eller kan bli påkrevet. Klager viser til at det ikke fremgår av konkurranses grunnlaget at all kapital i fondet er bundet opp hos eksisterende forvaltere, slik at det ikke er behov for investeringsrådgivning i verdipapirhandellovens forstand.
- (23) Videre viser klager til at det i konkurranses grunnlaget uttales om forvaltningsfondet at: *"Kommunestyret fastsetter regler for kommunens finansforvaltning, herunder bl.a investeringsstrategi og prinsippene for bruk av fondets midler."* Dette viser at kommunestyret fritt kan endre den eksisterende ordningen på en slik måte at det kan bli aktuelt å utføre investeringsrådgivning i verdipapirhandellovens forstand.
- (24) Klager viser også til at det i punkt 8.5 i *"Reglement for finansforvaltning for Bærum kommune"* fremgår at rådmannen kan foreta egne investerings beslutninger og/eller delegere investerings beslutninger til eksterne forvaltere med konsesjon fra Finanstilsynet.
- (25) Endelig viser klager til at tjenesteyteren skal delta på ledermøter (seks ganger årlig), som skal behandle *"finansielle spørsmål"* knyttet til fondet og dets forvaltning. Klager kan vanskelig se for seg hvordan rådgiveren skal kunne la være å komme med fornuftige innspill i en slik sammenheng uten å gi råd om *"bestemte finansielle instrumenter"*. Det dreier seg her om et fond på hele 1,9 milliarder kroner, hvor tjenesteyteren skal være kommunens sentrale rådgiver for forvaltningsspørsmål.
- (26) Valgte leverandør skulle også vært avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Leverandørene har inngitt tilbud basert på ulike forutsetninger. Klager har den nødvendige konsesjon og har tilbudt en konsesjonspliktig tjeneste. Valgte leverandør har ikke konsesjon og kan følgelig ikke tilby konsesjonspliktige tjenester. Følgelig foreligger tvil om hvordan tilbudene skal sammenlignes.

Avlysning av konkurransen

- (27) Klager har subsidiært anført at konkurransen skulle ha vært avlyst, ettersom konkurranses grunnlaget var uklart med hensyn til om det var krav til konsesjon for å utføre Tjenestene, jf. forskriften § 5. Etter klagers oppfatning ga innklagede gjennom anskaffelsesprosessen uttrykk for at konsesjon var påkrevet, helt frem til kontraktstildelingstidspunktet.

- (28) Klager viser for det første til momentene som er nevnt over, om at konkurransegrunnlaget fremstod som uklart med tanke på hvorvidt konsesjon var påkrevet eller ikke. Klager fremhever videre at rådgivere som har konsesjon til å drive investeringsrådgivning, har etter verdipapirforskriften § 10-1 plikt til å klassifisere kundene som henholdsvis ikke-profesjonelle, profesjonelle eller kvalifiserte motparter. Klager har i tilbudet klassifisert innklagede som profesjonell aktør. Innklagede har anvendt samme terminologi i møtereferat fra klagers tilbudspresentasjon. Videre har innklagede ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet, metodikk og oppgaveforståelse*" vektlagt hvordan leverandørene har klassifisert innklagede. I evalueringsskjemaet har innklagede også vist til MiFiD (Markets in Financial Instruments Directive), som tilsvarende den norske verdipapirhandellovgivningen. Innklagede har således valgt å legge avgjørende vekt på oppfyllelse av et regelverk, som innklagede selv hevder ikke skal komme til anvendelse. Etter klagers oppfatning gir innklagede med dette klart uttrykk for at utførelsen av Tjenestene faller inn under verdipapirhandelloven, og således er forutsatt konsesjonspliktige.
- (29) Klager anfører videre at konkurransen også skulle ha vært avlyst, da underkriteriene til tildelingskriteriet "*Kvalitet, metodikk og oppgaveforståelse*", ble vektet på en uforutsigbar måte, jf loven § 5. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at underkriteriene er opplistet i prioritert rekkefølge, og må da forstås slik at alle underkriteriene skal ha lik eller tilnærmet lik vekt. Matematisk skal de 7 underkriteriene derfor gis en vekt på 14,3 % (100% / 7). At underkriteriene "*forståelse for arbeidsgivers behov*" og "*arbeidsmetodikk*" har blitt vektet med henholdsvis 40 % og 20 % fremstår således som uforutberegnlig.

Evalueringen av underkriteriet "Responstid"

- (30) Atter subsidiært anfører klager at innklagede har brutt regelverket ved ikke å evaluere underkriteriet "*Responstid*". Av evalueringsmatrisen fremgår det at vurderingen av "*Responstid*" inngår i vurderingen av underkriteriene "*Hvordan oppdraget tenkes løst*" og "*Organisering av arbeidet for å sikre kontinuitet*". Dette er i strid med regelverket da de grunnleggende kravene i loven § 5 forutsetter at alle underkriterier skal evalueres.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (31) Innklagede avviser at valgte leverandør skulle ha vært avvist. Det kreves ikke konsesjon for å utføre Tjenestene. Det fremgår av konkurransegrunnlaget vedlegg 3 punkt 3.1 at den som ble tildelt kontrakten skulle gjennomføre konkurranser om kjøp av konsesjonspliktige tjenester for innklagede, og fornye avtaler som allerede er inngått på vegne av innklagede. Opplysningene i punkt 3.1 om at en rekke avtaler skulle fornyes og at avtalene skulle rullere, viste videre at kapitalen i fondet er bundet opp hos eksisterende forvaltere. Konkurransegrunnlaget beskriver ikke på noe punkt tjenester som omfattes av konsesjonsplikten.
- (32) Etter verdipapirhandelloven § 9-1 (1), jf. § 2-1 er visse typer investeringstjenester konsesjonspliktige, herunder blant annet investeringsrådgivning som innebærer "*personlig anbefaling til en kunde, på kundens eller verdipapirforetakets initiativ, om en eller flere transaksjoner i forbindelse med bestemte finansielle instrumenter*", jf vphl § 2-4 (1) nr. 5. Det er således bare anbefalinger om "*bestemte finansielle instrumenter*" som er omfattet. Konsesjonspliktig "*investeringsrådgivning*" skiller seg fra det som i loven er omtalt som "*tilknyttede tjenester*", jf. vphl § 2-1 (2). Etter vphl § 2-1 (2) nr. 5 er blant annet en tilknyttet tjeneste: "*utarbeidelse og formidling av*

investeringsanbefalinger, finansielle analyser og andre former for generelle anbefalinger vedrørende transaksjoner i finansielle instrumenter.” At en tjeneste i loven er kategorisert som *”tilknyttet”* betyr at den i seg selv ikke er konsesjonspliktig. Men er foretaket først konsesjonspliktig må det søkes om godkjenning fra Finanstilsynet for å utføre *”tilknyttede tjenester”*, jf. vphl § 9-1. Det er således ikke en konsesjonspliktig investeringstjeneste å gi råd om å investere i enkelte geografiske områder, eller i bestemte aktivaklasser. Heller ikke råd om valg av forvalter er altså konsesjonspliktig, med mindre dette reelt sett innebærer råd knyttet til et bestemt finansielt instrument.

- (33) Fondets investeringer i konkrete finansielle instrumenter forvaltes av fire forvaltere som alle har konsesjon til å drive aktiv forvaltning. Det er verdipapirforetaket (forvalterne) som treffer beslutninger om transaksjoner i finansielle instrumenter i kommunens navn. Kommunen treffer ikke selv investeringsbeslutninger om enkeltinvesteringer og har således ikke behov for råd omkring dette.
- (34) Det er riktig som påpekt av klager at innklagede etter finansreglementet punkt 8.5 kan forvalte deler av forvaltningsfondet i egen regi. Dette har imidlertid aldri vært gjort, og innklagede har heller ikke planer om å benytte denne muligheten. Det var således ikke tilfeldig at det ikke var noe i konkurransegrunnlaget som tydet på at kommunen selv foretar enkeltinvesteringer.
- (35) Det er videre ikke riktig at det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at all kapitalen i fondet var bundet opp hos eksisterende forvaltere. I punkt 3 i vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget er det vist til at en rekke anskaffelser av konsesjonspliktige tjenester skal fornyes. En naturlig tolkning av dette er at kommunen allerede har inngått avtaler med forvaltere, og at dette derfor ikke var noe som skulle utføres av den valgte leverandøren.
- (36) Hvilke krav som gjaldt for deltakelse i konkurransen var videre uttømmende regulert i punkt 3.2 til 3.5 i konkurransegrunnlaget. Siden kommunen vurderte tjenestene ikke å være konsesjonspliktige, ble det ikke stilt krav til at leverandørene skulle ha konsesjon i henhold til verdipapirhandelloven. Ingen av leverandørene stilte heller spørsmål om det var krav til konsesjon for å delta.
- (37) Innklagede anfører at uavhengig av om det kreves konsesjon for å utføre tjenestene, hadde innklagede ikke plikt til å avvise valgte leverandør, da konsesjon ikke var oppstilt som et kvalifikasjonskrav.
- (38) Innklagede avviser at tilbudet til valgte leverandør skulle ha vært avvist i henhold til forskriften § 20-13 bokstav f. Det var ikke stilt krav om konsesjon, og det at valgte leverandør ikke hadde konsesjon utgjorde derfor ikke et avvik.

Avlysning av konkurransen

- (39) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget var uklart, og at det således ikke var grunnlag for avlysning av konkurransen.
- (40) Det medfører ikke riktighet at innklagede har endret syn i løpet av prosessen med hensyn til hvorvidt tjenestene var konsesjonspliktige. Innklagede har hele tiden forutsatt at tjenestene ikke var underlagt konsesjonsplikt. Etter innklagedes oppfatning indikerer heller ikke konkurransegrunnlaget at konsesjon var påkrevet.
- (41) Innklagede erkjenner at formuleringene om klassifisering i evalueringsmastrisen var noe upresise. På den andre siden vil ikke det at en benytter metoder som er pålagt innenfor et konsesjonssystem få den betydning at tjenestene blir konsesjonsbelagt.

Innklagede har sett henvisningen til klassifisering mer som en henvisning til leverandørenes generelle innstilling til kunderelasjonen enn til lovbestemte minstekrav. Klassifiseringen gir et signal om hvilke forventninger leverandøren har til kunnskapen hos innklagede, og dette er også vektlagt ved evalueringen av underkriteriet *"forståelse av oppdragsgivers behov"*.

- (42) Innklagede bestrider at vektingen av underkriteriene til tildelingskriteriet "kvalitet, oppdragsforståelse og metodikk var uforutberegnelig. Det foreligger ingen plikt etter anskaffelsesregelverket til å vekte underkriteriene på forhånd.

Evalueringen av underkriteriet "responstid"

- (43) Innklagede bestrider at underkriteriet *"responstid"* ikke er evaluert. Det fremgår av evalueringsmatrisen at underkriteriet er vurdert. At oppdragsgiver har vurdert alle tilbyderne som like gode på dette punktet er ikke det samme som at *"responstid"* ikke er evaluert.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste kategori 8 og følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).

Hvorvidt valgte leverandør skulle ha vært avvist

- (45) Klager har anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist, ettersom selskapet ikke har konsesjon fra Finanstilsynet for å drive investeringsrådgivning, jf. loven § 5, jf. forskriften § 17-4. Etter klagers mening må konkurransegrunnlaget tolkes slik at det klart åpner for at konsesjonspliktig rådgivning kan bli påkrevet, og at konsesjon derfor må anses å gjelde som et kvalifikasjonskrav.
- (46) Det følger av forskriften § 17-4 (1) at *"Oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene [...]"*. I bestemmelsens annet ledd heter det videre at *"Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres."* Videre heter det i forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen [...]"*.
- (47) Det er opp til oppdragsgiver å velge hvorvidt det skal oppstilles kvalifikasjonskrav, jf. *"kan"* i forskriften § 17-4 (1). I foreliggende sak er det ubestridt at det ikke eksplisitt fremgikk av konkurransegrunnlaget at det var stilt krav om konsesjon fra Finanstilsynet. Det var heller ikke etterspurt dokumentasjon fra tilbyderne angående konsesjon. At konkurransegrunnlaget etter klagers oppfatning må tolkes slik at det klart åpner for at konsesjonspliktig rådgivning vil eller kan bli påkrevet, kan da ikke være tilstrekkelig til å innfortolke et slikt kvalifikasjonskrav. Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav kan følgelig ikke føre frem.
- (48) Klager har videre anført at valgte leverandør også skulle ha vært avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav f, ettersom leverandørene har inngitt tilbud basert på ulike forutsetninger. Det er vist til at klager har den nødvendige konsesjonen og har følgelig tilbudt konsesjonspliktige tjenester. Valgte leverandør har ikke konsesjon og

kan ikke tilby konsesjonspliktige tjenester. Dette medfører at det foreligger tvil om hvordan tilbudene skal sammenlignes.

- (49) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav f at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud som inneholder *"avvik, forbehold, feil, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene."*
- (50) Avvisningsplikt etter denne bestemmelsen forutsetter at leverandørens tilbud inneholder *"avvik, forbehold, feil, uklarheter eller lignende"*. Etter klagers mening inneholdt valgte leverandørs tilbud et avvik, ettersom valgte leverandør ikke hadde tilbudt konsesjonspliktige tjenester. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det var oppstilt et krav om at tilbyderne hadde konsesjon. Klager har for øvrig, utover å hevde at valgte leverandør ikke har konsesjon, ikke påpekt hva i valgte leverandørs tilbud som konkret hevdes å innebære et avvik. Klagenemnda kan derfor ikke se at valgte leverandørs tilbud inneholdt et avvik ved valgte leverandør ikke hadde konsesjon. Klagers anførsel fører ikke fram.

Hvorvidt konkurransen skulle ha vært avlyst

- (51) Klager har subsidiært anført at konkurransen skulle ha vært avlyst, ettersom konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til om det var krav til konsesjon eller ikke, jf. loven § 5. Etter klagers oppfatning ga innklagede uttrykk for at konsesjon var påkrevet gjennom hele anbudsproessen.
- (52) Klagenemnda er ikke enig med klager i at konkurransegrunnlaget var uklart med tanke på hvorvidt konsesjon var påkrevet eller ikke. Det var ikke stilt krav om konsesjon, og klager har heller ikke påvist at noen av de tjenestene som konkret var etterspurt er konsesjonspliktige. At innklagede i prosessen har lagt vekt på om leverandørene har klassifisert innklagede som *"profesjonell aktør"* eller *"ikke profesjonell aktør"* er en begrepsbruk som samsvarer med begrepsbruken i verdipapirhandeloven, men er som innklagede påpeker også relevant for å vurdere leverandørenes generelle innstilling til kunderelasjonen. Klassifiseringsbegrepene ble for øvrig først anvendt etter at tilbudene var inngitt, i referat fra tilbudspresentasjonsmøte og ved evalueringen av tilbudene. Klagers anførsel om at konkurransen skulle ha vært avlyst på grunn av uklart konkurransegrunnlag kan følgelig ikke føre frem.
- (53) Klager har videre anført at konkurransen også skulle ha vært avlyst på grunnlag av at underkriteriene til tildelingskriteriet *"Kvalitet, metodikk og oppdragsforståelse"* ble vektet på en uforutsigbar måte, jf. loven § 5. Underkriteriene var ikke oppstilt i prioritert rekkefølge, og etter klagers oppfatning skulle derfor kriteriene vektes likt eller tilnærmet likt. Da det var syv underkriterier fremstår det derfor som svært uforutberegnlig at to av underkriteriene, *"forståelse for oppdragsgivers behov"* og *"arbeidsmetodikk"*, ble vektet med henholdsvis 40 % og 20 %.
- (54) Klagenemnda bemerker innledningsvis at oppdragsgiver ved evalueringen av tilbudene utøver et innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes vurderinger er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om evalueringen er basert på korrekt faktum, og ellers er saklig og forsvarlig.
- (55) Klagenemnda har tidligere uttalt at oppdragsgiver ikke har plikt til å oppgi vekting av underkriterier på forhånd, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2009/117 og 2008/181. I EU- domstolens avgjørelse i sak C- 331/04 ATI ble det slått fast at fellesskapsretten ikke er til hinder for at oppdragsgiver tildeler vekt til underkriterier som er fastsatt på

forhånd, forutsatt at dette ikke endrer tildelingskriteriene slik disse er fastsatt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Forutsetningsvis må dette forstås slik at underkriteriene kan vektes senere, forutsatt at den oppgitte vekten av tildelingskriteriet ikke endres. I tråd med dette kunne klager ikke ha en berettiget forventning om at underkriteriene skulle vektes tilnærmet likt. Klagers anførsel om at det var i strid med kravet til forutberegnelighet at underkriteriene til tildelingskriteriet "*Kvalitet, metodikk og oppdragsforståelse*" ikke var vektet tilnærmet likt kan således ikke føre frem.

Tildelingsevalueringen

- (56) Atter subsidiært har klager anført at innklagede har brutt loven § 5 ved ikke å evaluere underkriteriet "*Responstid*". Av evalueringsmatrisen fremgår det at "*Responstid*" vurderes under "*Hvordan oppdraget tenkes løst*" og "*Organisering av arbeidet for å sikre kontinuitet*". Klager anfører at evalueringen er i strid med regelverket, da de grunnleggende kravene i loven § 5 forutsetter at alle underkriteriene skal evalueres.
- (57) Ved evalueringen av tilbudene utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda kun i begrenset grad kan overprøve rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes vurderinger er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om evalueringen er basert på korrekt faktum, og ellers er saklig og forsvarlig.
- (58) I foreliggende sak var det oppstilt 7 underkriterier. Det var ikke oppgitt hvordan kriteriene ville bli vektet. Av poengmatrisen fremgår det at "*Forståelse for oppdragsgivers behov*" og "*Arbeidsmetodikk*" ble vektet med henholdsvis 40 % og 20 %. Kriteriene "*Løsning for rapportering*", "*Faglig basis for risikovurderinger og investeringsråd*", "*Organisering av arbeidet for å sikre kontinuitet*" og "*Hvordan oppdraget tenkes løst*" ble alle vektet med 10 %. Som klager har påpekt ble "*Responstid*" vurdert under de to sistnevnte kriteriene.
- (59) At "*Responstid*" er oppgitt å skulle vurderes under to andre kriterier gir ikke grunnlag for å konstatere at "*Responstid*" ikke er evaluert. Innklagede har opplyst at alle leverandørene ble vurdert som like gode på dette punktet. Klagers anførsel om at "*Responstid*" ikke er evaluert kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Bærum kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser,
21. mars 2011

Magni Elsheim