



OSLO BYFOGDEMBETE

KJENNELSE

Avsagt: 18.12.2020 i Oslo byfogdembete i Oslo tinghus

Sak nr.: 20-160855TVI-OBYF

Dommer: Dommer Helge Johannessen

Saken gjelder: Begjæring om midlertidig forføyning – offentlig anskaffelse

Kommunal Landspensjonskasse
Gjensidig Forsikringsselskap

Advokat Thomas Gjølberg Naalsund

mot

Vestland fylkeskommune

Advokat Trine Lise Fromreide

Partshjelper:
Storebrand Livsforsikring AS

Advokat Kristian Jåtog Trygstad

KJENNELSE

Saken gjelder midlertidige forføyning med krav om forbud mot kontraktsignering i offentlig anskaffelse.

Sakens bakgrunn:

Sogn og Fjordane og Hordaland fylker ble fra 1. januar 2020 slått sammen til Vestland fylkeskommune (heretter omtalt som Vestland). Vestland har pr. i dag sin offentlige tjenstepensjonsordning i Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringssselskap (heretter KLP). Den 7. juli 2020 utlyste Vestland anbudskonkurranse for levering av offentlig tjenstepensjonsordning. Etter å ha mottatt og evaluert tilbud fra KLP og Storebrand Livsforsikring AS (heretter Storebrand) ble Storebrand tildelt kontrakt med virkning fra 1. januar 2021 for 2 år med mulighet for forlengelse på 1+1 år, samlet fire år.

Innledning om tariffavtalen, markedet og pensjonskontoret

Norske kommuner, fylkeskommuner, helseforetak m.fl. er i henhold til tariffavtaler i kommunal og statlig sektor pålagt å etablere forsikrede offentlige tjenstepensjonsordninger for sine ansatte. Dette kan fylkene mv. oppnå ved enten å inngå avtale med ekstern leverandør eller i egenregi ved å opprette en egen pensjonskasse. Ved bruk av ekstern leverandør betaler arbeidsgiver forsikringspremie til den aktuelle leverandøren mot at de ansatte får krav på de ytelsene som fremgår av tariffavtalene. De ansatte kan gjøre sin rett på bla. alderspensjon, uførepensjon mv, gjeldende direkte overfor leverandøren. De ansattes rettigheter følger av tariffavtalen og er uavhengig av arbeidsgivers valg av leverandør.

Etter at Storebrand (desember 2012) og DNB (juni 2013) besluttet å trekke seg ut av markedet for kommunal tjenstepensjon, var det lenge kun ett livsforsikringsforetak i markedet, KLP. Høsten 2019 besluttet Storebrand å gjeninntre i det offentlige tjenstepensjonsmarkedet.

I dag er det to norske leverandører i markedet, KLP og Storebrand via Storebrand Livsforsikring AS.

KLP er et gjensidig livsforsikringsforetak, noe som blant annet innebærer at kundene i KLP er medeiere av livsforsikringsforetaket. Etter KLPs vedtekter må kundene betale egenkapitaltilskudd når de blir kunder, og ytterligere tilskudd ved behov.

Storebrand Livsforsikring er datterselskap av konsernet Storebrand ASA. Storebrand ASA eies av aksjonærene og følger aksjeloven.

Pensjonskontoret ble etablert av tariffpartene i kommunal sektor etter hovedtariffoppgjøret i 2004. Pensjonskontoret består av et styre og et sekretariat og fører tilsyn med pensjonsbestemmelsene i tariffavtalen SGS 2020. Pensjonskontoret utgir en årlig pensjonsveileder.

For livsforsikringselskaper stilles krav til kapital. Dette gjelder sålede både KLP og Storebrand. I pensjonsveilederen for 2020 punkt 8.3 gis en beskrivelse av kapitalkravene og betydningen for KLP og Storebrand:

«Et livsforsikringsforetak skal til enhver tid ha forsikringstekniske avsetninger til dekning av samtlige forsikringsforpliktelser. Verdien av eiendeler og forpliktelser skal fastsettes til markedsverdi. Videre skal livsforsikringsforetaket til enhver tid ha ansvarlig kapital som minst er tilstrekkelig til å dekke solvenskapitalkravet og minstekapitalkravet, jf. Solvens-II forskriften.

Solvens II som er tilpasset EU-reguleringen av livsforsikringsforetak, er en sentral del av virksomhetsbestemmelsene. Solvenskapitalkravet skal dekke risikoen for tap av livsforsikringsforetakets ansvarlige kapital (basiskapital og supplerende kapital) og skal beregnes slik at sannsynligheten er 99,5 prosent for at samlet tap, herunder forsikringsmessig og finansielt tap, over en periode på 12 måneder ikke overstiger det beregnede kapitalkravet. Solvenskapitalkravet skal beregnes etter en standardmetode eller etter interne modeller. Standardmetoden er fastsatt i detalj gjennom egen forskrift (Solvens II-forskriften). Så vidt Pensjonskontoret kjenner til er det ingen livsforsikringsforetak som har søkt Finanstilsynet om godkjenning av interne modeller».

Sentralt i denne saken er at KLP og Storebrand har forskjellige fremgangsmåter for å kunne dekke kravene til kapital. KLP krever at kundene i tillegg til å skyte inn sine pensjonsforpliktelser må skyte inn et egenkapitalinnskudd som medeier i KLP. Pensjonsveilederen gir følgende beskrivelse:

«For de fleste kommunale pensjonsordninger vil premiereserven øke over tid. Dette vil gi et økt kapitalkrav for livsforsikringsforetaket. Egenkapitalen kan økes på forskjellige måter.

Foruten ved direkte innskudd fra eier, aksjeemisjon (for AS), eller opptak av lån, kan egenkapitalen for eksempel økes ved:

- Avkastning på selskapskapitalen
- Fortjenesteelement i premiene
- Overskudd på administrasjon og forvaltning
- Premie for rentegaranti
- Overskudd på andre produkter enn offentlig tjenstepensjon

Ved økt kapitalkrav kan KLP, årlig be om egenkapitaltilskudd fra kundene, noe de har gjort de senere årene. Årlig egenkapitaltilskudd for eksisterende kunder i KLP var på 0,3 prosent av premiereserven i 2019, og det samme er varslet for 2020.

Der Storebrand kanskje benytter de andre kildene til å øke egenkapitalen, som for - tjenesteelement på risiko, overskudd på administrasjon og forvaltning, samt premie for rentegaranti, benytter KLP i større grad egenkapitaltilskudd. Det må betales arbeidsgiveravgift for alle premier, men ikke for egenkapitaltilskudd. På grunn av forskjellig selskapsstruktur og modell for betjening av egenkapitalen og belastning av arbeidsgiveravgift, kan en sammenlikning av egenkapitalbetjeningen for kunder i KLP og Storebrand være utfordrende.

Storebrand kan også ha behov for å betjene egenkapital uten at egenkapitalen nødvendigvis skal økes. Storebrand vil som et AS kunne ha et krav fra eierne om utbytte som betaling for at de stiller sin kapital til disposisjon.

KLP kan også dele ut kundeutbytte, noe som er nærmere omtalt nedenfor som avkastning på innskutt egenkapital. Kommuner som flytter sin pensjonsordning fra KLP vil i utgangspunktet få med seg sin innskutte egenkapital, men ikke sin andel av opptjent egenkapital. Dette følger av KLPs vedtekter. Finanstilsynet har blant annet i brev til Pensjonskasseforeningen av 27.01.2012 uttalt at eventuelle innelåsnings effekter dette gir, er et privatrettslig spørsmål. Det er opp til KLPs medlemmer gjennom generalforsamlingen å vurdere eventuelle endringer i vedtektene på dette området.

Opptjent egenkapital i KLP kommer fra forskjellige historiske kilder. Siden 2012 har KLP ikke tildelt overskudd på innskutt egenkapital til sine eiere, og overskuddet har gått til opptjent egenkapital. KLP har igjen tilført avkastning på egenkapitalen i 2019. Denne avkastningen skal registreres som innskutt egenkapital og følge med ved flytting fra KLP.

Innskutt egenkapital som følger med ved flytting beregnes ut fra en andel som ikke kan settes høyere enn det som tilsvarer medlemmets (kommunens) andel av total premiereserve i den fellesordning medlemmet (kommunen) inngår i på tidspunktet forsikringsrisikoen overføres til ny pensjonsinnretning. For øvrig må Finanstilsynet formelt godkjenne tilbakeføring av egenkapital tilskudd ved flytting av pensjonsordning fra KLP.

Ved flytting til KLP må kommunen betale et egenkapitaltilskudd. Det er varslet et egenkapitaltilskudd i 2020 på 3,56 prosent av premiereserven. Innskutt egenkapital i KLP kan ikke frigjøres på annen måte enn ved at kommunen flytter fra KLP (forutsatt at KLP ikke nedlegges). Dette innebærer at kommunen har en likviditetseffekt av egenkapitaltilskuddene. Kommunen kunne alternativt ha investert de samme midlene et annet sted og fått en annen avkastning.

De ulike selskapsformene til KLP og Storebrand medfører altså vesensforskjeller og gir grunnlag for forskjellige løsninger for kommunen når det gjelder eierskap til, og betjening av egenkapital og utbytte».

I pensjonsveilederens punkt 10.2.3 gis råd om hvordan en skal behandle kravet om kapitalinnskudd fra KLP ved vurdering av tilbud. En skriver:

«KLP har krav om innbetaling av egenkapitaltilskudd årlig for eksisterende kunder. Innbetaling av egenkapitaltilskudd er en investering. Manglende avkastning eller avkastningen på denne investeringen bør tas med ved evaluering av pris. KLP vil fra og med 2019 igjen tildele avkastning på egenkapitaltilskudd. Denne avkastningen vil ikke bli betalt til kommunen og vil bli i KLP som økt egenkapitaltilskudd inntil en kunde måtte beslutte å flytte pensjonsordningen fra KLP

Kostnaden ved egenkapitalbetjeningen i KLP vil derfor kunne settes opp som tildelt overskudd fratrukket en alternativ avkastning på investeringen, der oppdragsgiver må

fastsette hva denne alternative avkastningen skal være. Denne kostnaden bør være en del av evaluering av tilbudet fra KLP.

Også Storebrand har kostnader ved egenkapitalbetjening, men det gir seg utslag i høyere premier andre steder, se kapittel 8 Kommunal tjenestepensjon i et livsforsikringsforetak for nærmere beskrivelse».

I 10.2.5 i pensjonsveilederen redegjøres for forskjellene i likviditet ved å gå fra KLP til Storebrand eller motsatt.

Om utlysningen av konkurransen og konkurransegrunnlaget

Vestland utlyste åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av offentlig tjenestepensjon til Vestland fylkeskommune og Bybanen AS (Bybanen AS er i denne kjennelsen omtalt sammen med fylket som Vestland). Siste dag for å stille spørsmål var 6. august 2020 og tilbudsfristen var 22. august 2020.

I konkurransegrunnlaget punkt 9 ble følgende tildelingskriterium, dokumentasjonskrav og vekt angitt:

	Tildelingskriterium	Dokumentasjonskrav	Vekt
1	Totaløkonomi Underkriterium 1: Pris forsikringsrisiko og administrasjon (vekting 50 %) Underkriterium 2: Pris kapitalforvaltning, rentegaranti og egenkapitalbetjening (vekting 50 %)	Premieoppsett, reservekrav mv. i samsvar med Konkurransveileder (Bilag 7 og 8)	50 %
2	Kvalitet Underkriterium 1: Kvalitet forsikringsrisiko og administrasjon (vekting 40 %) Underkriterium 2: Kvalitet kapitalforvaltning (vekting 20 %) Underkriterium 3: Kvalitet service (vekting 40 %)	Tilbyders løsningsforslag som ivaretar de krav som kommer frem i Konkurransveileder (Bilag 7 og 8)	50 %

Under tabellen er gitt slik beskrivelse:

«Vestland Fylkeskommune og Bybanen AS vektes prorata i forhold til antall ansatte (viser til FNO filer som blir tilsendt på forespørsel.). Vestland Fylkeskommune og Bybanen AS skal ha hver sin kontrakt og kontraktsoppfølging skjer individuelt.

Tilbyder har ansvar for at tilbudet inneholder relevant dokumentasjon knyttet til de fastsatte tildelingskriteriene. Juridisk pensjonsavtale med vedlegg (nevnt i Del 2 vedlegg D, presentasjon og informasjon gitt hva gjelder webdialog og informasjonsløsninger for

ansatt og VLFK / Bybanen AS vil bli evaluert under tildelingskriteriet kvalitet (service (gjelder for ansatteportal) og administrasjon (gjelder for administrasjon av avtalen)).

Alle godkjente tilbud vil bli evaluert med poeng på tildelingskriteriene, der 6 er høyest og 1 er lavest. Oppdragsgiver benytter en vurderingsmodell hvor beste pristilbud får 6 poeng, mens de andre pristilbudene får poeng basert på forholdsmessig metode ($PB/PE \times 6$), hvor PB står for beste pristilbud og PE for det evaluerte pristilbudet).

Beste tilbud på det enkelte kvalitative kriterium vil bli oppjustert til maksimalt tall poeng, og de andre tilbydere blir flyttet proporsjonalt etter dette».

I vedlegg til tilbudet skulle leverandørene fylle ut fastsatte prisskjemaer. Herunder skulle følgende skjema fylles ut som grunnlag for å beregne egenkapital kostnad ved innskudd KLP:

Tabell 4 Kostnad egenkapitalbetjening i KLP i 2021

	I prosent av premiereserve	I kroner for oppdragsgiver
Tildelt overskudd på egenkapitalen for 2019		Kr
- Avkastning på alternativ investering, oppgis av oppdragsgiver	Oppgis av oppdragsgiver	Kr
Kostnad ved egenkapitalbetjening		Kr

Beregningen skal baseres på premiereserve per 01.01.2020 og at denne står fast hele året

Som det fremgår skulle faktisk tildelt overskudd på egenkapitalen for 2019 oppgis. Deretter skulle beregnet alternativ avkastning trekkes fra. Denne skulle «Oppgis av oppdragsgiver». Resultatet fra tabell 4 skulle sammen med annen informasjon legges inn i følgende tabell, for fastsettelse av underkriterium 2:

Tabell B - Tildelingskriteriet pris - kapitalforvaltning og egenkapitalbetjening i 2021 for standard investeringsportefølje*

	Kroner
Premie for kapitalforvaltning	
Premie for rentegaranti	
Arbeidsgiveravgift på premie for kapitalforvaltning og rentegaranti	
Kostnad egenkapitalbetjening i KLP	
Totalsum kapitalforvaltning og egenkapitalbetjening	

*Totalsum går til evaluering under tildelingskriteriet pris (underkriterium kapitalforvaltning, rentegaranti og egenkapitalbetjening)

Om KLPs tilbud:

På det aktuelle underkriteriet svarte KLP slik:

Tabell B - Tildelingskriteriet pris - kapitalforvaltning og egenkapitalbetjening i 2021 for standard investeringsportefølje*

	Kroner
Premie for kapitalforvaltning	1 342 864
Premie for rentegaranti	2 875 730
Arbeidsgiveravgift på premie for kapitalforvaltning og rentegaranti	594 021
Kostnad egenkapitalbetjening i KLP	N/A*
Totalsum kapitalforvaltning og egenkapitalbetjening	4 812 615

*Totalsum går til evaluering under tildelingskriteriet pris (underkriterium kapitalforvaltning, rentegaranti og egenkapitalbetjening)

*Avkastning på innskutt egenkapital ble tildelt med kroner 5 845 435 for regnskapsåret 2019 i 2020. Hvor stort overskudd som blir tildelt etter regnskapsåret 2020 besluttes av styret etter regnskapsårets slutt. Kostnad egenkapitalbetjening i KLP vil formodentlig fremgå av Tabell 4 når oppdragsgiver har vurdert alternativ rente.

Tabell 4 Kostnad egenkapitalbetjening i KLP i 2021

	I prosent av premiereserve	I kroner for oppdragsgiver
Tildelt overskudd på egenkapitalen for 2019	0,20 %	kr 5 845 435
- Avkastning på alternativ investering, oppgis av oppdragsgiver	Oppgis av oppdragsgiver	Kr
Kostnad ved egenkapitalbetjening		Kr

Beregningen skal baseres på premiereserve per 01.01.2020 og at denne står fast hele året

KLP stilte ikke spørsmål vedrørende alternativavkastningen før innlevering av tilbud.

Tilbudsåpning, evaluering og tildeling:

Vestland fikk inn to tilbud et fra KLP og et fra Storebrand. Da tilbudene ble åpnet var ikke prosenten for den alternative avkastningen fastsatt.

Spørsmålet om fastsettelse av alternativ avkastning av innskutt egenkapital ble forelagt Vestlands rådgivere i Pareto som leverte rapport datert den 2. september 2020. Pareto anbefaler i rapporten av 2. september 2020 at kravet til alternativ avkastning settes til 7,2 % av innskutt kapital. Det er opplyst i saken at den innskuttekapitalen var på 128 millioner kroner.

I rapporten av 2.9.20 skriver Pareto bla. følgende under innledningen:

«For å tilfredsstillere lovens krav til solvens må livselskapenes balanse inneholde en egenkapitalstørrelse som står i forhold til selskapenes forsikringsforpliktelser, og som med rimelig sannsynlighet dekker opp for den totale risiko som er innebygget selskapets virksomhet. Som følge av de ulike eiermodellene i Storebrand og KLP vil behovet for løpende oppfylling av EK-behovet kreve ulike tilnærminger».

Pareto viser så til pensjonsveilederens behandling av spørsmålet om egenkapitalinnskudd. Og fremhever følgende i sin rapport om egenkapitalen:

«Så til den aktuelle problemstillingen, dvs alternativ avkastning på EK-innskuddet. Her sier Pensjonsveilederen ikke noe annet enn:

Innskutt egenkapital i KLP kan ikke frigjøres på annen måte enn ved at kommunen flytter fra KLP (forutsatt at KLP ikke nedlegges). Dette innebærer at kommunen har en likviditetseffekt av egenkapitalinnskuddene. Kommunen kunne alternativt ha investert de samme midlene et annet sted og fått en annen avkastning.

Og deretter:

Kostnaden ved egenkapitalbetjeningen i KLP vil derfor kunne settes opp som tildelt overskudd fratrukket en alternativ avkastning på investeringen, der oppdragsgiver må fastsette hva denne alternative avkastningen skal være. Denne kostnaden bør være en del av evaluering av tilbudet fra KLP.

Oppgaven er dermed definert. Men Pensjonsveilederen gir ingen som helst anvisning om hvordan den alternative avkastningen skal vurderes. Det er spesielt verd å merke seg at det ikke sies noe om risikonivå på den alternative investeringen».

Pareto viser videre til at konkurranseveilederen (konkurransgrunnlaget) ikke løser spørsmålet, men Pareto legger til grunn at:

«Det må imidlertid antas å være en felles forståelse om at det i differansen som beskrives ovenfor må trekkes inn elementer som gjenspeiler effekten av en tvungen investering som det her dreier seg om».

I rapporten peker Pareto så på informasjon i tilbudene. De viser til at KLP ikke har gjort egne vurderinger av den alternative avkastningen ut over å vise til lav risiko. Pareto skriver:

«Selskapet peker på at det påhviler minimal risiko knyttet til et egenkapitalinnskudd i KLP. Dersom selskapet skulle gå med et underskudd som må dekkes av egenkapitalen, vil dette dekkes av opptjent egenkapital. Først når all opptjent egenkapital er oppbrukt, vil innskutt egenkapital bli belastet.

Dette har aldri skjedd i selskapets historie, og sannsynligheten for at innskutt egenkapital må bidra til å dekke tap er tilnærmet lik null».

Deretter refererer Pareto Storebrands argumentasjon for nivået i sitt tilbud.

Pareto foretar så en egen vurdering av nivået som siteres i sin helhet:

«I følge Pensjonsveilederen skal det gjøres en kostnadsberegning, hvor den alternative, teoretiske avkastningen – med fradrag av det tildelte overskuddet – fremstår som en kostnad under tildelingskriteriet «Pris – kapitalforvaltning og egenkapitalbetjening i 2020 for en standard investeringsportefølje».

Pensjonsveilederen gir ingen føringer på kriterier for denne alternative investeringen.

Kommunenes EK-innskudd i KLP kan risikomessig neppe ses på som likeverdig med en «generell» aksjeinvestering, langt mindre som en investering i forsikringsaksjer. Vi finner det dermed krevende å akseptere utgangspunktet til Oslo Economics. I denne forbindelse

virker det rimelig å legge vekt på KLPs vurderinger, og historikk, når det gjelder risikoen knyttet til egenkapitalinnskuddet.

Vi anser det likevel slik at effekten av innlåsing og konsentrasjon må tas hensyn til, som en kostnad, ved fastsettelse av den alternative avkastningen.

Selv om det ikke synes åpenbart, under de risikomessige rammebetingelsene som foreligger, kan det argumenteres for at den alternative avkastningsvurderingen tar utgangspunkt i anslaget for forventet aksjeavkastning i Finans Norges bransjeavtale om avkastningsprognoser, siste oppdatering 13. februar i år. Den er oppgitt som en realavkastning på 3,75 %, hvor det samtidig vises til Norges Banks langsiktige inflasjonsmål på 2,0 prosent. En aksjeinvestering alene vurderes dermed til nominell avkastning på 5,75 %, jf Storebrands tilnærming gjengitt ovenfor.

Hvis det, ut fra den faktiske investeringsrisikoen, vurderes å supplere den alternative investeringen med et innslag av aktivaklassen obligasjoner, vil disse vektet med nominell avkastning 3 %, i henhold til bransjeavtalen. En alternativ investering med forholdstall 0,8 for aksjer/obligasjoner gir dermed en forventet nominell avkastning på 5,2 %. Vi vurderer denne satsen som et rimelig nettoanslag for alternativ avkastning, hensyntatt en realistisk risiko knyttet til egenkapitalinnskuddet i KLP.

Utover dette er det også rimelig å gjøre påslag for illikviditet (innlåsing) og konsentrasjonsrisiko, med 1 prosentenhet påslag for hvert element. Etter vår oppfatning vil dermed en avkastning på 7,2 % av egenkapitalinnskuddet være å anse som en «riktig» alternativ avkastning for egenkapitalinvesteringen. Ligger den faktiske tildelingen fra KLP på et lavere nivå enn dette må vi anse differansen som en kostnad, jf Pensjonsveilederens beskrivelse av kostnad ved egenkapitalbetjeningen, se ovenfor».

Det resultat Pareto kom fram til ble brukt av Vestland ved evalueringen.

Den 1. oktober 2020 meddeles tildelingsbeslutningen. I tabellen nedfor angis totalscoren slik:

TOTALEVALUERING					
OPPSUMMERING					
TENESTEPENSJON FOR VLFK					
Kriterium	Vekt	KLP	Storebrand	KLP	Storebrand
Pris		Poeng		Vekta poeng	
U1	0,25	5,978	5,999	1,495	1,500
U2	0,25	5,595	5,993	1,399	1,498
				-	-
Kvalitet				-	-
U3	0,2	5,967	5,833	1,193	1,167
U4	0,1	6,000	6,000	0,600	0,600
U5	0,2	5,900	6,000	1,180	1,200
Sum poeng				5,87	5,96

Det i denne saken aktuelle underkriterium er U2. På U2 skiller det 0,099 vektete poeng. Totalscoren er på hhv. 5,87 og 5,96 poeng som er en differanse på 0,9 vektete poeng. Kun en mindre justering av prosenten nedover fra 7,2 % ville vippt konkurransen den andre veien. Det er opplyst at KLP gitt ellers like forhold, ville vunnet konkurransen hvis prosenten hadde vært 6,8 eller lavere.

Etter tildelingen begjærte KLP innsyn og leverte inn klage som ikke ble tatt til følge. KLP har begjært midlertidig forføyning som ble behandlet i rettsmøte over video den 3. og 4. desember 2020. Det vises til rettsboken.

Nærmere om KLPs vedtekter og økonomi:

Det fremgår av vedtektenes punkt 2-1 at medlemmer i KLP er de som har pensjonsordning i selskapet.

I vedtektenes punkt 2-2 er medlemmenes ansvar regulert. Det fremgår av 2-2 nr. 1 at medlemmene ikke har ansvar for KLPs forpliktelser overfor tredjemann. «*Medlemmenes ansvar for selskapets forpliktelser kan bare gjøres gjeldende av selskapet*».

I denne saken er egenkapitalinnskuddet sentralt. Det er regulert i vedtektenes punkt 2-3. Medlemmene må skyte inn egenkapitalinnskudd både når en blir medlem og årlig. Det kan også besluttes ekstraordinært innskudd. Det vises til punkt 2-3 nr.1:

«Medlemmene plikter å betale egenkapitaltilskudd i den utstrekning det er nødvendig for å gi KLP tilfredsstillende soliditet. Medlemmene betaler et engangstilskudd ved etablering av medlemskapet (tilflytting av pensjonsordning) og deretter årlige tilskudd besluttet av styret. Styret kan også beslutte å kalle inn særskilte egenkapitaltilskudd.

Egenkapitaltilskudd fastsettes i forhold til premiereserven og beregnes særskilt for den enkelte fellesordning. Det enkelte medlems andel skal tilsvare medlemmets andel av total premiereserve i den fellesordning medlemmet inngår i. [...]».

Egenkapitaltilskuddet skal kunne nyttes til dekning av tap eller underskudd ved løpende drift, jf. punkt 2-3 nr. 2.

I punkt 2-3 nr. 3 er det gitt regler for avkastning av egenkapitalen. Det fremgår at styret kan vedta avkastning på kapitalen:

«Styret kan beslutte å gi avkastning på innbetalt egenkapitaltilskudd til medlemmene. Ved vurderingen av om og hvor stor del av avkastningen som skal gis, skal det blant annet legges vekt på selskapets finansielle stilling, behov for egenkapital og solvenssituasjon.

Avkastning som utdeles fordeles mellom medlemmene etter hvor stor andel det enkelte medlem har av premiereserve i forhold til samlet premiereserve i den fellesordning medlemmet inngår i».

Som det fremgår bestemmer styret om og hvor stor andel av avkastningen som skal gis av egenkapitalen.

I punkt 2-3 nr. 4 er tilbakebetaling av egenkapitalinnskuddet knyttet til opphøret av medlemskapet og dermed kundeforholdet i KLP. Vedtektene gir ingen rett til å få tilbakebetalt egenkapitalen:

«Egenkapitaltilskudd kan bare tilbakebetales i forbindelse med flytting av kundeforholdet fra KLP. Avgjørelse om tilbakebetaling treffes av selskapets styre. Avgjørelsen skal treffes etter en vurdering hvor det blant annet skal legges vekt på selskapets finansielle stilling, behov for egenkapital og solvenssituasjon. Tilbakebetaling krever også forhåndssamtykke av Finanstilsynet. Dersom egenkapitaltilskudd ikke tilbakebetales, er dette med endelig virkning.

Gjenstand for eventuell tilbakebetaling er en andel av selskapets egenkapitaltilskudd. Andelen kan ikke settes høyere enn det som tilsvarer medlemmets andel av total premiereserve i den fellesordning medlemmet inngår i på tidspunktet forsikringsrisikoen overføres til ny pensjonsinnretning».

Det fremgår av punkt 4-6 at vedtektene kan endres ved tilslutning av 2/3 av stemmene.

KLPs kapital ved årsavslutningen 2019 er illustrert slik i fremlagt powerpoint:

Kundeportefølje 577	Forsikringsforpliktelser 563
	Herav kursreguleringsfond 55,8 og tilleggsavsetninger 36,2
	Diverse* 12,9
Selskapsportefølje 44	Opptjent EK 20,8
	Innskutt EK 16,5
	Ansvarlig lån 7,8

*Diverse utgjør av: Margin konti, Uoppgjorte transaksjoner, derivater, forskuddbetalinger, skatt, etc

Tall i milliarder kroner 2019

Selskapsporteføljen er på 44 milliarder og består av opptjent egenkapital, innskutt kapital og ansvarlige lån. Som en ser var opptjent egenkapital 20,8 milliarder i 2019 og er større enn innskutt egenkapital. Totalkapitalen er på 621 mrd fordelt på kundeportefølje og selskapsportefølje.

Selskapsporteføljens inntekter består av rentegarantipremie betalt av kundene, finansinntekter på selskapsporteføljen. Fra dette trekkes administrasjonskostnader, skatt og renter på ansvarlige lån. Overskuddet fordeles mellom innskutt egenkapital og opptjent egenkapital.

Den opptjente egenkapitalen blir i selskapet når kunden flytter. Medlemmer (kunder) som flytter til selskapet nyter godt av opptjent egenkapital på tilflyttingstidspunktet og under medlemstiden, men får ikke med seg andel av opptjent egenkapital.

KLP har i det vesentlige anført:

Innledning:

Vilkårene for midlertidig forføyning foreligger. Beslutningen om å tildele Storebrand kontrakten må oppheves, fordi det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket. Det foreligger sikringsgrunn og en forføyning vil ikke være et uforholdsmessig inngrep.

Avkastningskravet som er satt til 7,2 % bygger ikke på en forsvarlig vurdering. Skjønnnet må settes til side. Skjønnnet bygger på feil faktum og har også ellers alvorlige mangler. Det gjelder ikke et innkjøpsfaglig skjønn ved fastsettelsen av avkastningskravet, retten kan gå langt i å overprøve skjønnnet. Det er tale om et kvantitativt kriterium som retten må kunne gå langt i å overprøve. Kriteriet er noe annet enn hva som er hensiktsmessig eller av god kvalitet. Det er tale om å fastsette et kriterium i kroner og øre.

Uansett plikter Vestland å fastsette avkastningskravet før tilbudsåpningen. Hensynet til å unngå enhver mistanke om favorisering og hensynet til gjennomsiktighet taler tungt for at avkastningskravet settes før tilbudsåpning. Det er ikke fremkommet saklige grunner til at avkastningskravet skal fastsettes etter åpningen av tilbudene.

Nærmere om hvorfor skjønnnet må setts til side:

Som nevnt er det tale om et kvantitativt kriterium som i mindre grad er underlagt skjønn. Selv om en legger til grunn at kriteriet er underlagt et innkjøpsfaglig skjønn må dette settes til side.

KLP er enig i at det er riktig og nødvendig å sørge for at tilbudene blir sammenlignbare, slik Pensjonskontoret legger opp til i sin veileder. Oppdragsgiver har imidlertid også ved den konkrete fastsettelsen, plikt til å ivareta hensynet til likebehandling. Dersom oppdragsgiver fastsetter den alternative avkastningen på en urealistisk eller urimelig måte, vil det i praksis innebære å gi øvrige deltakere en uberettiget konkurransefordel. Fastsettelsen må så langt som mulig reflektere de reelle kostnadene egenkapitalinnskuddet representerer for oppdragsgiver. Bare slik kan formålet med fastsettelsen av den alternative avkastningen, å sikre likebehandling mellom deltakerne, bli ivaretatt.

KOFA har i sak 2012/48 avsnitt 28 angitt følgende om prøving av det innkjøpsfaglige skjønnnet:

«Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig av klagenemnda. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers evaluering er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, samt om evalueringen er basert på konkurransegrunnlagets tildelingskriterier og riktig faktisk grunnlag, jf. klagenemndas saker 2009/241 (KOFA-2009-241) premiss (21) og 2009/192 (KOFA-2009-192) premiss (28). Av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 følger det at oppdragsgiver ved evalueringen av tildelingskriteriene og eventuelle underkriterier, må legge til grunn en tolkning av disse som samsvarer med det som følger av en naturlig språklig forståelse av den ordlyden som er brukt i kriteriene, samt det som følger av eventuelle

andre opplysninger som er gitt om kriteriene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget».

Det er i denne saken ikke foretatt en faglig forsvarlig vurdering. Paretos tilnærming er alt for enkel og bygger ikke på et tilstrekkelig begrunnet skjønn. Det er lagt feil faktum til grunn for skjønnnet, i alle fall er faktum ikke vektlagt riktig ved skjønnnet. Relevante faktorer må tas med i skjønnnet og de irrelevante må utelates.

Avkastningskravet knytter seg til en objektiv størrelse der det avgjørende er hva en tenkt investor ville kreve av avkastningskrav for å investere 128 millioner kroner i et selskap med samme økonomi og vedtekter som KLP. Dette er et utgangspunkt som er helt uavhengig av innholdet i KLPs tilbud. Det er viktig at skjønnnet utøves slik at konkurransen blir reell mellom KLP og Storebrand og eventuelle andre selskaper som kan tenkes å komme på markedet.

Det må legges vekt på formålet med anskaffelsesreglene. Det følger av Lov om offentlige anskaffelser (heretter LOA) § 1 at konkurransen må avholdes slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Formålet går lengre enn å hindre favorisering en skal eliminere risiko for det.

I EU-domstolens sak C-213/07 avsnitt 53 og 54 er dette uttrykt slik:

“As was noted in paragraph 39 of this judgment, the primary aim of Directive 93/37 is to open up public works contracts to Community competition. The purpose of that directive is to avoid the risk of the public authorities indulging in favouritism (see, to that effect, Ordine degli Architetti and Others, paragraph 75, and Lombardini and Mantovani, paragraph 35).

The Community coordination of procedures for the award of public contracts is designed in particular to avoid both the risk of preference being given to national tenderers whenever a contract is awarded and the possibility that a contracting authority may choose to be guided by considerations which are unrelated to the contract in question (see, to that effect, Case C-380/98 University of Cambridge [2000] ECR I-8035, paragraph 17; Case C-237/99 Commission v France [2001] ECR I-939, paragraph 42; and Lombardini and Mantovani, paragraph 36)”.

Som det fremgår skal enhver mulighet for forskjellsbehandling elimineres. Det skal etableres regelsett som hindrer risiko for favorisering. Reglene skal hindre muligheten for å legge vekt på annet enn det som er relevant for konkurransen. Dette er også et utslag av hensynet til likebehandling. Hensynet til gjennomsiktighet skal hindre enhver favorisering. Dette er uttrykt slik i C 496/99 avsnitt 111:

“The principle of transparency which is its corollary is essentially intended to

preclude any risk of favouritism or arbitrariness on the part of the contracting authority. It implies that all the conditions and detailed rules of the award procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner in the notice or contract documents so that, first, all reasonably informed tenderers exercising ordinary care can understand their exact significance and interpret them in the same way and, secondly, the contracting authority is able to ascertain whether the tenders submitted satisfy the criteria applying to the relevant contract”.

Dette formålet styrer tolkningen av de alminnelige prinsippene i LOA § 4. Det vises til forenklingsutvalget i punkt 10.4.2:

«Som nevnt i kapittel 10.3 skal likebehandlingsprinsippet sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter. Prinsippet er grunnleggende for å oppnå konkurranse og effektiv ressursbruk. Like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet».

Det følger av Forskrift om offentligeanskaffelser (FOA) § 18-1 (5) at tildelingskriteriene ikke skal være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet. Se også C-368/10, Max Havelaar (87).

Konkurransen skal avgjøres på grunnlag av tildelingskriteriene. Fastsettelsen av tildelingskriteriene og anvendelsen av dem må skje i tråd med de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og det å hindre favorisering, som beskrevet over. Retten må derfor foreta en streng etterprøving.

Reglene for prissetting av avvik er ikke en god parallell. I denne saken er det ikke tale om et avvik i tilbudet. Det er tale om et særlig priselement for KLP for å sikre lik konkurranse. Det skal fastsettes et kostnadsэлеment som skal gi tillegg i prisen. Da må en ved fastsettelsen av kriteriet og ved anvendelsen, evalueringen søke å finne det nivået på den alternative avkastningen som støtter formålet om lik konkurranse, til tross for forskjellig organisasjonsform som fører til kravet om kapitalinnskudd. Dette er noe helt annet enn prising av avvik fra tilbud. Der er formålet å sikre at den som har et avvikende tilbud ikke får en fordel av avviket. Ved prising av avvik skal en legge til så mye at en er sikker på at den som har tilbud med avvik ikke får en fordel.

Forenklingsutvalget skriver i NOU 2014:4 i punkt 25.4.11:

«Utvalget mener at oppdragsgiver ved vurderingen må legge til grunn at avviket blir realisert, men samtidig innenfor det saklige og forsvarlige. Avviket må altså prissettes ut i fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver, basert på en saklig og forsvarlig vurdering.

Dette er begrunnet i hensynet til de øvrige leverandørene; ved avvik overfører leverandøren i strid med konkurransegrunnlaget en risiko til oppdragsgiver – noe øvrige leverandører ikke har gjort. Leverandøren som har et avvik i sitt tilbud skal ikke få noen fordel av dette. Da er det ikke tilstrekkelig å legge til grunn hva som i konkurransefasen fremstår som det mest sannsynlige. En slik regel synes også å ha støtte i nyere KOFA-praksis og en sak fra den danske Højesteret».

Fastsettelsen av kriteriet og evalueringen av det må derfor være balansert slik at en både hindrer at KLP får en fordel av kravet til egenkapitalinnskudd, men også hindrer at Storebrand og andre konkurrenter får en fordel ved at KLP får et for høyt pristillegg.

Vitneførselen har vist at Vestland ikke gjorde noen selvstendig vurdering av avkastningskravet Pareto kom fram til. Paretos vurdering er derfor også Vestlands vurdering og evaluering på dette punktet. En ser av Paretos rapport at den er begrunnet over en side. Det er tale om en kort og ikke godt begrunnet analyse. Den bygger kun på en kilde som opplyses og det er Storebrands opplysninger i tilbudet med henvisning til Oslo Economics rapport.

I sak C-19/00 uttales at en kan overlate valget til eksperthjelp ved evalueringen og, som Vestland, legge ekspertenes konklusjon til grunn. Det stilles i dommen imidlertid krav til en slik fremgangsmåte for å sikre likebehandling og gjennomsiktighet. Det stilles særlig krav til:

*«- this award criterion was clearly stated in the contract notice or contract documents; and
- the professional opinion is based in all essential points on objective factors regarded in good professional practice as relevant and appropriate to the assessment made”.*

I litteraturen er det angitt krav til prognoser i evalueringen. Kravene som stilles til slike prognoser kastet lys over kravene til begrunnelsene for avkastningskravet. Avkastningskravet skal fastsettes på grunnlag av KLPs situasjon nå og generelle markedsutsikter. Kravene til begrunnelse i denne saken må derfor være minst like strenge som kravene for prognoser. Trygstand tildeling av offentlige kontrakter (2017) skriver om prognoser i punkt 22.4. Etter gjennomgang av rettskildene konkluderer han med at det avgjørende er om prognosen er forsvarlig fastlagt. Han skriver: *«En prognose vil kunne anses som uforsvarlig hvis oppdragsgiver ikke kan gi noen god begrunnelse for hvilke antakelser prognosen bygger på. Forsvarlighetsvurderingen går imidlertid lengre enn det».*

Det er KLPs syn at avkastningskravet i denne saken ikke er forsvarlig satt. Påslaget på KLPs priser vil lett være avgjørende for konkurransen, og i denne konkurransen som var gjevn har påslaget vært avgjørende. Påslaget er satt oppsiktsvekkende høyt fra Vestlands side. Avkastningskravet er fastsatt etter åpningen av tilbudene med risiko for bevisst/ubevisst påvirkning på vurderingen. Begrunnelsen som er gitt er kort og mangelfull og det er ikke mulig å etterprøve kvaliteten på de underliggende analysene. Det fremgår av Paretos rapport at analysen i stor grad er tuftet på innspill fra konkurrentens tilbud. Bevisføringen har vist at ingen andre oppdragsgivere har vært i nærheten av å sette en tilsvarende kostnad på egenkapitalen.

Egenkapitalinnskuddet er ikke et ansvarlig lån som sådan, noe som heller ikke har vært hevdet av KLP/Arctic. KLPs egenkapitalinnskudd kan imidlertid sammenlignes med ansvarlig lån. Viktigere er at egenkapitalinnskuddet i KLP i alle fall ikke er sammenlignbart med en aksjeinvestering. Oppsiktsvekkende at Vestland fastholder at aksjer er en relevant sammenligning og at en i tillegg skal gjøre ytterligere påslag på avkastningskravet. Det relevante er at en skal gjøre en konkret vurdering av risikoen forbundet med den aktuelle investeringen og finne hva som gir sammenlignbar risiko og

avkastning. Det fordrer en konkret analyse av risikoen forbundet med det konkrete selskapet og det konkrete finansielle instrumentet (i denne saken egenkapitalinnskuddet).

Risikoen knyttet til innskutt egenkapital i KLP er svært begrenset. Egenkapitalen blir tilbakebetalt med nominelt beløp uavhengig av markedssvingninger. Den lave risikoen henger samme med eksisterende buffere i kundeportefølgen, samlet 90 milliarder i tillegg ligger 20 milliarder i opptjent egenkapital som buffer før innskutt egenkapital tar tap. Synspunktet om at det koster å bygge opp opptjent egenkapital er irrelevant for å vurdere risikoen knyttet til dagens innskutte kapital.

Vestland gjennom sine rådgivere i Pareto har ikke fastsatt avkastningskravet gjennom en grundig og konkret analyse av KLP med mål om å finne sammenlignbar risiko og avkastning. Teoretiske modeller alene er utilstrekkelig. Målsetningen synes å ha vært å hindre en hver mulighet for at KLP skulle få en konkurransefordel, slik at en ikke har lagt nok vekt på konkurransefordelene for Storebrand.

Utgangspunktet om 80/20 fordeling mellom aksjer og obligasjoner bygger på en uriktig parallell om aksjeinvestering. Fordelingen mellom aksjer og obligasjoner fremstår som arbitrær og udokumentert. Det kan vises til at KLPs aksjeandel i egen investeringsportefølje er betydelig lavere enn 80 %. At risiko og avkastning av egenkapitalinnskuddet har lite med en aksjeinvestering å gjøre illustreres av at volatiliteten i Finans Norges avkastningsprognose for aksjer er 16, mens den for egenkapitalinnskuddet er null.

Det er legitimt å ta hensyn til KLPs vedtekter som bestemmer innkallingsrett, men det må skje på en faglig begrunnet måte som berunner kvantifiseringen av den relle risikoen.

Påslagene for konsentrasjonsrisiko fremstår som åpenbart feilaktige fordi de 128 millionene kun utgjør en liten del av Vestlands investeringsmidler og fordi KLP med sin portefølje innebærer en meget differensiert investering. Det er ikke grunnlag for påslag og 1 % påslag fremstår ubegrunnet og uriktig.

Påslaget for innlåsningsrisiko fremstår som overdrevet og ubegrunnet. Det er ingen reell risiko for at KLP vil nekte kunder å flytte, og så får en med seg egenkapitalen i kontanter. Fordi KLP blir kvitt kundens forpliktelser når kunden flytter vil KLPs soliditet styrkes ved flytting. Det er ikke foretatt noen konkrete analyser som tilsier et påslag på 1 %.

Totaliteten og sluttresultatet i analysen fremstår som urealistisk og overdrevet. Renten ligger betydelig over en ren aksjeinvestering, som representerer en klart høyere risiko. Vurderingen er svært kort og lite konkret og uten selvstendig overbevisningskraft.

Uansett er det i strid med anskaffelsesreglene at en har fastsatt kravet etter tilbudsåpning:

Selv om retten skulle komme til at en ikke kan settes skjønnet til side, må retten sette tildelingen til side fordi det er i strid med anskaffelsesreglene å fastsette avkastningskravet etter åpningen av tilbudene.

Gitt forutsetningen om at retten godtar skjønnet står en overfor et kriterium som er så skjønnsmessig at det må stilles strenge krav til prosessen, for å sikre tillit til at det ikke er tatt utenforliggende hensyn.

Hovedregelen er at en ikke kan fastsette evalueringsmetoden etter åpningen av tilbudene. Hvis en skal akseptere at en fastsetter metoden etter åpning må det foreligge påviselige objektive grunner for dette. Formålet er å eliminere muligheten for favorisering.

Det vise til sak C-6/15, *Dimarso*, avsnitt 31:

«I overensstemmelse med de i artikkel 2 i direktiv 2004/18 fastsatte prinsipper for indgåelse af offentlige kontrakter og for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene, i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene. I det tilfælde, hvor fastsættelsen af denne metode af påviste grunde ikke er mulig inden denne åbning, kan det, som den belgiske regering har anført, ikke foreholdes den ordregivende myndighed, at den først fastsatte metoden efter, at den selv eller bedømmelsesudvalget fik kendskab til indholdet af tilbuddene.»

KOFA 2018/80 gjaldt et tilfelle der et prisskjema hadde blitt konkretisert etter tilbudsåpning. Det som hadde skjedd fremgår av avsnitt 26:

«De ulike priselementene kunne ikke summeres til en tilbudssum. For å kunne foreta en samlet vurdering av prisene har innklagede opplyst at de ulike priselementene ble vektet. Det ble også beregnet påslag for regningsarbeid bortsatt til underentreprenør og for materialkost, basert på at hver av disse kostnadene utgjorde 1 000 kroner.»

KOFA gjennomgår i saken praksis fra EU-domstolen og oppsummerer slik i avsnitt 32:

«Slik Klagenemnda forstår disse sakene, oppstilles det imidlertid ikke noen ubetinget plikt til å fastsette underkriteriers vekt før tilbudsfristens utløp. Vår sak gir ikke grunn til å redegjøre generelt for disse nyansene. Innklagede har opplyst at underkriterienes vekt og grunnlaget for beregning av påslag ble fastsatt etter at tilbudene var åpnet, men før tilbudenes innhold var kjent for innklagede. Dette synes ikke å være bestridt av klager, og klagenemnda legger det derfor til grunn. I et slikt tilfelle vil de hensynene som ble trukket frem av EU-domstolen i Dimarso-saken uansett være ivaretatt, og man vil være i en tilsvarende situasjon som i ATI-saken. Etter Klagenemndas syn innebærer derfor ikke den etterfølgende vektingen og fastsettingen av beregningsgrunnlag for påslag i denne saken et brudd på regelverket.»

I sak C-331/04, *ATI*, hadde oppdragsgiver fastsatt den innbyrdes betydningen av fem underkriterier til et tildelingskriterium etter tilbudsfristen, men på et tidspunkt hvor tilbudenes innhold ikke var kjent. EU-domstolen uttalte at en slik etterfølgende vekting av underkriterier er tillatt, men at dette i tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet (i norsk rett forutberegnelighet) bare er tillat dersom vektingen

- ikke ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen
- ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse
- ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for

en af de bydende.

Det relevante er at anskaffelsesreglene krever at risikoen for favorisering elimineres. Hvis det foreligger slik risiko vil det foreligge brudd. Det er ikke krav om at det påvises at slik favorisering foreligger. Det er viktig at en kan ha tillit til at det foreligger en objektiv prosess.

Det er i denne saken ikke mulig å garantere at Vestland ikke har – bevisst eller ubevisst – latt seg påvirke av et ønske om hvem som bør vinne konkurransen i evalueringen. Det vises til at den alternative avkastningen ble satt etter tilbudsåpning, Pareto og Vestland diskuterte den alternative avkastningen løpende mens tilbudene ble evaluert. Avkastningskravet ble satt påfallende høyt. Det er ingen objektive grunner til at analysen av risikonivå ikke kunne utføres før åpning av tilbudene.

Vestland har i denne saken ikke påvist noen grunn til at en måtte vente til etter tilbudsåpningen med å fastsette avkastningskravet. Når slike forhold ikke er påvist må en følge hovedregelen. Det er ikke relevant å legge vekt på at KLP i tilbudet kunne gitt garanti for tilbakebetaling eller garantert at en ikke ville bruke innkallingsretten. For det første fordi slikt krever vedtektsendring og for det andre fordi det ikke er det konkrete KLP som er sammenligningsgrunnlaget, men et tenkt selskap med samme vedtekter og samme økonomi.

Påstand:

1. Vestland fylkeskommune forbys å signere kontrakt i medhold av tildelingsbeslutning av 1. oktober 2020 inntil lovligheten av tildelingsbeslutningen er rettskraftig avgjort.
2. Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringselskap tilkjennes sakskostnader.

Vestland har i det vesentlige anført:

Innledning:

Vilkårene for midlertidig forføyning foreligger ikke. Det er ikke sannsynliggjort noe hovedkrav. En forføyning vil uansett være et uforholdsmessig inngrep fordi en forføyning vil påføre Vestland et betydelig økonomisk tap ved forsinket overgang til ny leverandør.

Det er sentralt at ingen har et objektivt svar på hvilken sats som er korrekt. Den satsen som er satt i saken er ikke for høy. Den er ikke satt vilkårlig, på feil faktisk grunnlag eller i strid med LOA § 4.

Det er ikke strid om den metoden som er brukt. Både Arctic og Oslo Economics som kommer til forskjellige resultater er enige i metodebruken. Det er det konkrete skjønnet som er forskjellig. Vitnet Kisser mener metoden er riktig og at Paretos tall ligger i den nedre delen av skalaen.

Det er den faktiske kostnaden ved å ha pengene investert i KLP som skal fastsettes og som skal føre til likebehandling av leverandørene. Det er nødvendig å se tilbudene for å kunne fastsette avkastningskravet. Den kostnaden som skulle beregnes, var konkret basert på KLP sine forutsetninger. Det kan ikke gjøres før en har åpnet tilbudene. Ikke en gang om en tror en vet svaret. Ikke all nødvendig informasjon, for å kunne fastsette avkastningskravet foreligger, før tilbudsåpning.

Det er i anskaffelsesretten lov å beregne kostander ved et tilbud for å gjøre tilbudene sammenlignbare. Reglene om prissetting av avvik viser det, selv om en der har plikt til å forsikre seg om at den som har avviket ikke skal vinne på det.

En må ta utgangspunkt i en tenkt investor som skal investere i et selskap som er likt KLP. En må se tilbudene før en kan ha all informasjon som er relevant for en slik beregning. Ellers risikerer en å beregne avkastningskravet ut fra en tenkt selskap som ikke ligner KLP.

Nærmere om anførselen fra KLP om at avkastningskravet skulle vært beregnet før tilbudsåpning:

Når kontrakt skal tildeles må tilbudene evalueres iht. tildelingskriteriene. Ved tildelingskriteriet pris vil en ta utgangspunkt i de tilbudte priser. Men det kan også oppstå kostnader i forbindelse med anskaffelsen. Disse må også hensyntas for at tilbudene skal stilles likt. Prisene må justeres for å kunne sammenligne tilbudene. Eksempler på slike kostnader er byttekostnader, dvs. kostnader oppdragsgiver får ved å bytte leverandør. Et annet eksempel er prising av avvik i tilbudene. Et annet eksempel er livssyklus kostnader, dvs. kostnader som produktet generere i hele produktets levetid. Eksemplene viser at kostander må behandles ulikt ut fra ulike utgangspunkter. Tilfellet i vår sak passer ikke helt med noen av disse eksemplene, men hovedformålet er å fastsette kostnaden på en slik måte at tilbudene blir sammenlignbare og at ingen tilbydere får en konkurransefordel. Evalueringen av kostnaden i vår sak må knytte seg opp mot den konkrete leverandøren. Evalueringen kunne ikke skje før en visste hvem som ga tilbud og hva tilbudene inneholdt. At en tror at en har god oversikt over KLPs forhold endrer ikke dette utgangspunktet. Regelen må også være den samme hvis en tenker seg en tredje eller fjerde leverandør på markedet med sin særskilte organisering og vilkår. Det kunne stilt seg annerledes dersom denne satsen var en sats som skulle benyttes uavhengig av hvem som leverte tilbud, hvem leverandøren var og hvilke vilkår de kunne levere tjenesten på. Innkjøper kan ikke pålegges å innhente eller ha kunnskap om leverandørene på et slikt detaljnivå som er nødvendig før åpning.

EU-domstolens sak C-6/15 Dimarso gjelder evalueringsmetode. Vår sak gjelder ikke selve metoden, men den nærmere skjønnsmessig beregningen under den fastsatte metoden, dvs. de tallene en skal bruke selve metoden på. En er derfor utenfor anvendelsesområdet for Dimarso.

Uansett er vilkårene satt i C-331/04 ATI oppfylt. Det foreligger her ikke endring av tildelingskriteriene, konkurransegrunnlaget er fulgt. Det vises til at metoden fastsatt er brukt herunder at satsen bestemmes av oppdragsgiver. Uansett inneholder ikke avkastningskravet (en prosent) informasjon som – hvis den var kjent før åpning – ville kunnet påvirke utformingen av tilbudene. Det vises til forklaringen fra Hippe om at prisene for det påfølgende året meldes til Finanstilsynet og ikke kan endres. Uansett er prosenten en ukjent faktor ved leveringen av tilbud som ikke kan medføre tilpassing av disse. Dessuten ble avkastningssatsen fastsatt uten at det ble lagt vekt på forhold som kan virke diskriminerende. Det ble ikke foretatt evaluering eller beregnet poengscore før satsen var satt.

Det er ikke en ubetinget plikt til å fastsette vekt av underkriteringer før åpning av tilbud, se KOFA 2018/80. I KOFA 2018/211 var temaet evalueringen av et underkriterium «*Timepris annen hogst (regningsarbeid)*». Hvordan forskjeller i timepris skulle evalueres var ikke fastsatt. Nemda uttalte refererte hvordan evalueringen hadde skjedd slik:

«Av denne grunn måtte tilbyderne gå ut fra at innklagede ville anvende en eller annen form for metodikk for å kunne fastlegge forskjellene mellom tilbudene under dette kriteriet. Ved evalueringen har innklagede tatt utgangspunkt i det estimerte årlige behovet for regningsarbeid som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Den nærmere fordelingen av timer ble fastsatt etter tilbudsåpning (men før evalueringen av tilbudene). Innklagedes fordeling innebar at leverandørens tilbudte timepriser ble multiplisert med henholdsvis 4000 timer for «Skogsarbeider», 1500 timer for «Planlegg/grunneierkontakt», og 500 timer «Treklatrer m/motorsag». Summen av disse utgjorde sammenligningsgrunnlaget mellom tilbudene.»

Etter å ha vist til rettspraksis fra EU-domstolen skriver nemda:

«Slik klagenemnda forstår disse avgjørelsene, oppstilles det ingen ubetinget plikt til å fastsette underkriteriers vekt før tilbudsfristens utløp. Oppdragsgiver kan etter tilbudsfristen konkretisere undervilkår på en måte som er påregnelig for tilbyderne i overensstemmelse med ATI-vilkårene.»

Evalueringen styres av detaljeringen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. I Trygstad's bok Tildeling av offentlige kontrakter 2017 fremgår i punkt 21.4.2 omtale av adgangen til å konkretisere kriteriene i evalueringen. Det fremgår der bla at hvor oppdragsgiver ikke har konkretisert tildelingskriterienes innhold, må tildelingskriterienes nærmere innhold fastlegges som en del av evalueringen for å avklare hvilke sterke og svake sider som skal vurderes. Oppdragsgiver vil da stå noe friere i evalueringen enn når innholdet er definert på forhånd. Samtidig begrenser kravene til utforming av tildelingskriteriene oppdragsgivers handlefrihet. Oppdragsgivers skjønn skal begrenses, og tildelingskriteriet skal presenteres på en måte som gir forstandige leverandører mulighet til å forstå hvilke egenskaper som skal vurderes. Det er bare disse egenskapene oppdragsgiver kan ta i betraktning i evalueringen.

Det er ikke et forbud mot å fastsette underkriterier i etterkant, slik at tildelingen ikke kan settes til side fordi avkastningskravet ble fastsatt etter åpning.

Nærmere om selve evalueringen:

Evalueringen er en skjønnsmessig beslutning som tilligger oppdragsgiver. Det gjelder regler om et innkjøpsfaglig skjønn. Se Prop.51 L (2015–2016) s. 85 som viser til tidligere lovs forarbeider Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 67. Det vises også til Rt 2007 side 1783 og BL-2017-100799.

Retten skal ikke ta stilling til hvorvidt presentsatsen for alternativ avkastning er riktig, eller om den kunne eller burde ha vært en annen. Retten skal ikke prøve om beregningen er optimal.

Det en må se på, er om skjønnet gir et vilkårlig eller klart urimelig resultat, eller om det er i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4.

Det er ikke grunnlag for å sette skjønnet til side. Pareto har funnet realavkastning ved skjønnsmessig å ta utgangspunkt et blandingsforhold mellom aksjeinvestering og obligasjoner for å finne et sammenlignbart risikoutgangspunkt. Finans Norges

bransjestandard for avkastning av aksjer og obligasjoner er lagt til grunn. Det er så gjort tillegg for konsentrasjonsrisiko, dvs. den ulempe det er for en investor å investere hele beløpet i ett selskap. Videre er det tatt høyde for innlåsningsrisikoen, dvs. den ulempe det er for en investor at investeringen blir låst på vilkårene til KLP. Dette er en riktig metode som alle de fagpersoner som har uttalt seg er enige i, selv om skjønnnet faller forskjellig ut. Ved vurderingen er det relevant å legge vekt på at opptjent egenkapital ikke følger kunden dersom den flytter sin pensjonsordning til andre.

Det er ikke mulig å finne et sammenlignbart investeringsobjekt som egenkapital i KLP. Det vises til forklaring fra Thornes i KLP og fra Pedersen i Arctic. Samtlige vitner er enige om at det er en hypotetisk tilsvarende investering vi ser etter. Arctic viser til at det er relevant å legge vekt på likviditetsrisiko og konsentrasjonsrisiko. Som nevnt sier Arctic også at metoden er faglig forsvarlig. Oslo Economics er videre enig i at metoden som er brukt er riktig. Vitnet Kisser mener Paretos metode er fullt ut faglig forsvarlig.

Pareto og dermed Vestland har derfor ikke utøvd noe vilkårlig skjønn.

Det er ikke relevant å sammenligne med den faktiske renten Vestland får på de 128 millionene som skal plasseres på fond til 1,5 % rente, eller den mest sannsynlige bruken. Det er en alternativavkastning som skal fastsettes ut fra en tenkt investors avkastningskrav. Det ville vært vilkårlig hvis en la vekt på den faktiske investeringen. Avkastningen vil da kunne variere med hvem som er kunde og kundens alternativer noe som ikke er i tråd med formålet med øvelsen. Fylker og kommuner har som primærformål å bruke penger på offentlige tiltak og velferd. Slik pengebruk er ikke egnet for å beregne en alternativ avkastning og ville lett føre til en betydelig fordel for KLP.

Pareto har lagt til grunn at investering i KLP er en aksjenær investering. Investeringen ligner lite på et ansvarlig lån. Ansvarlige lån har garanterte rentebetalinger, noe investeringen i KLP ikke har. Ved ansvarlige lån er det ikke krav om årlige innbetalinger eller ekstraordinære innbetalinger. Ansvarlige lån har avtalt rente, som varierer med indeks, men er ikke som i vår sak avhengig av lønnsomheten i KLP og beslutning fra styret. Fordi avkastningen beror på KLPs lønnsomhet ligner investeringen mer på egenkapital enn på lån. En annen forskjell fra ansvarlig lån er at innskuddet i KLP, på grunn av vilkårene, ikke kan tvangsinnføres, herunder kan ikke innskuddet danne grunnlag for konkursbegjæring.

Ved vurderingen av skjønnnet må en også se hen til statsøttereglene. I henhold til statsstøtte regelverket er det særdeles viktig at KLPs særkrav blir kostnadsberegnet iht til en ordinær investor sine krav til en slik investering. Ellers vil de få en fordel som kan utgjøre statsstøtte. Disse offentlige midlene (de 128 millioner) som skytes inn fører til en fordel for KLP som derfor kan holde lavere priser. Dette gir en fordel som ikke private aktører har adgang til.

Ved vurderingen av skjønnnet må det legges vekt på at analysene må skje på et relativt overordnet nivå. Det kan ikke kreves at en foretar en selskapsgjennomgang (Due Diligence) for å fastsette kravet.

Forføyningen vil være et uforholdsmessig inngrep:

En forføyning vil innebære en forsinket overgang til Storebrand. Det foreligger et trepartsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og forsikringsgiver. Det er fare for et betydelig økonomisk tap hvis overdragelsen forsinkes. Dette tapet fører til at en forføyning vil være uforholdsmessig. Det understrekes at arbeidstakernes rettigheter vil bli ivaretatt løpende, det er kun tale om et potensielt økonomisk tap for Vestland.

Bytte av pensjonsordning og uttreden av KLPs fellesordning er svært komplekst. Det vil skje endringer i rammebetingelser, herunder uenighet blant aktørene, om hvilke regler som skal gjelde ved bytte. En står videre i fare for å bryte tariffavtalens bestemmelser for flytting av ordningen. Trygghet rundt disse prosessene for arbeidsgivere og arbeidstakere må vektlegges.

Hvis det gis forføyning kreves at KLP pålegges å stille sikkerhet, for et potensielt stort økonomisk tap på noe over 13 millioner kroner.

Det må videre settes frist for søksmål på to uker.

Vestland har lagt ned slik påstand:

Prinsipalt:

1. Begjæring om midlertidig forføyning tas ikke til følge

Subsidiært for det tilfelle at retten kommer til at det skal gis midlertidig forføyning:

2. Forføyningen faller bort dersom Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig forsikringsselskap ikke innen en uke etter at kjennelsen om forføyning er avsagt, stiller sikkerhet for erstatningsansvar med et beløp fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr 13 140 000,-.

3. Forføyningen faller bort dersom Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig forsikringsselskap ikke anlegger søksmål i hovedsaken innen to uker fra at det foreligger rettskraftig kjennelse i forføyningssaken.

I begge tilfeller:

4. Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig forsikringsselskap dømmes til å erstatte Vestland fylkeskommune omkostninger ved saken

Partshjelper Storebrand har i det vesentlige anført:

Innledning:

Det er ikke tilstrekkelig at KLP er sterkt uenig i fylkeskommunens beregning

KLP må vise at det er avgjørende rettslige mangler ved beregningen. Slike mangler foreligger ikke. Uengiheten mellom de sakkyndige viser at det er rom for betydelig skjønn og at retten må være meget sikker i sin sak før den griper inn mot skjønnet.

Partene enige om at differansen skal hensyntas, men uenige om det er en kostnad, hvordan den skal beregnes, og eventuelt hvor stor den er. KLPs krav til egenkapitalinnskudd har betydning både for KLP og for Storebrand (og eventuelle andre tilbydere). Innskuddet er en fordel for KLP som fører til at de kan ha lavere priser enn ellers. Dette fremgår av

pensjonsveilederen. Dette er samtidig en ulempe for Storebrand som ikke har slike fordeler.

Storebrand mener at:

- Fylkeskommunen har benyttet en godt faglig fundert metode ved beregning av kostnaden
- Det er gjort en konkret vurdering, basert på standardverdier
- Fremgangsmåten er egnet til å utligne KLPs kunstige konkurransefordel
- Fremgangsmåten er egnet til å hindre at fylkeskommunen tildeler ulovlig statsstøtte
- Anskaffelsesregelverket er ikke til hinder for at fylkeskommunen beregner denne kostnaden som en del av tilbudsevalueringen, dvs. etter åpningen.

Kjernen i saken er at KLP krever et kapitaltilskudd på vilkår som en privat investor ikke ville akseptert. For å sikre like konkurransevilkår må kostnaden ved dette beregnes og legges på KLPs pris. For å oppnå reell konkurranse må innkjøperne opptre som normale markedsaktører, noe som leder til at en må beregne alternativ avkastning etter den metode som er brukt av Vestland. Hvis KLP får tilgang til kapital billigere enn andre vrir det konkurransen.

I anskaffelsesretten har en plikt til å gjøre tilbud sammenlignbare. En har plikt til å utligne kunstige konkurransefortrinn. Dette følger av prinsippene i LOA § 4 om likebehandling.

Nærmere om tidspunktet for fastsettelsen av kostnaden:

Kostnad ved egenkapitaltilskuddet i KLP ble bedømt i tilbudsevalueringen på samme måte som andre kostnader ved tilbud. Dette er (også) en kostnad som knytter seg til forhold ved én av leverandørene, ikke ved oppdragsgiver. Beregningen tok utgangspunkt i informasjon fra begge tilbudene.

KLP gav informasjon i sitt tilbud, se faktisk utdrag side 92 og 113. På side 92 legger KLP til grunn at oppdragsgiver fastsetter avkastningskravet. På side 113 beskriver KLP fordeler ved å være eier slik at en slipper å betale «leie» til aksjonærene for å disponere deres kapital. KLP poengterer også tilbudet den lave risikoen på egenkapitalen. Storebrand ga også informasjon i tilbudet som ble nytte gjort ved evalueringen.

Ingen anskaffelsesregel ble brutt ved at avkastningskravet bygget på informasjon i tilbudene og derfor ble fastsatt etter åpning.

Konkurransegrunnlaget angir tildelingskriterier med tilhørende dokumentasjonskrav

Konkurransegrunnlaget angir underkriterier til tildelingskriteriet, Totaløkonomi.

Underkriteriene er detaljert ytterligere ved prisskjemaer med konkrete prisposter. Det aktuelle delkriterium «Avkastning på alternativ investering» er en delvurdering under én av disse prispostene. En er altså langt nede i detaljene i den fastsatte evalueringsmetoden.

«Avkastning på alternativ investering» er ikke den fastsatte «bedømmelsesmetoden» slik begrepet brukes i sak C-6/15 avsnitt 31 jf avsnitt 14 og 15. Det må legges til grunn at «Bedømmelsesmetoden» ble presentert i konkurransegrunnlaget.

Følgelig medfører ikke dommen at en plikter å fastsette dette delkravet til et underkriterium før tilbudsåpningen.

Det følger av rettspraksis at sak C-6-15 ikke skal gis utvidende eller analog anvendelse. Det er ikke krav om at alle kriterier ved tilbudsevalueringen må være fastlagt før åpningen av tilbudene.

Sak C-252/10P avsnitt 35 la retten til grunn:

“For that purpose, it must be considered that an evaluation committee must be able to have some leeway in carrying out its task. Accordingly, it may, without amending the contract award criteria set out in the contract documents or the contract notice, structure its own work of examining and analyzing the submitted tenders”.

Ved evalueringen er et følgelig lov å konkretisere tildelingskriteriene og underkriteriene.

Sak C-677/15P avsnitt 32 og 33 tok retten utgangspunkt i at:

«En ordregivende myndighed har således ikke ret til at anvende bestemmelser om vægning eller underkriterier for kriterierne for tildeling af ordren, som ikke forudgående er bragt til tilbudsgivernes kundskab (dom af 24.1.2008, Lianakis m.fl., C-532/06, EU:C:2008:40, præmis 38)».

Her viser domstolen til at tildelingskriteriene og deres vekt på være angitt. Videre må anvendelse av eventuelle underkriterier være angitt på forhånd. Domstolen uttaler så:

«Det er dog muligt for en ordregivende myndighed, efter udløbet af fristen for afgivelse af bud, at fastsætte vægtningskoefficienter for de underkriterier, der i det væsentlige svarer til de kriterier, som forudgående er blevet meddelt tilbudsgiverne. Denne efterfølgende fastsættelse skal imidlertid opfylde tre betingelser: for det første, at den ikke ændrer kriterierne for tildeling af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, for det andet, at den ikke indeholder elementer, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse, og for det tredje, at denne ikke blev vedtaget under hensyntagen til elementer, der kan være udtryk for forskelsbehandling af en af tilbudsgiverne (jf. idenne retning dom af 24.11.2005, ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl., C-331/04, EU:C:2005:718, præmis 32, af 21.7.2011, Evropaiki Dynamiki mod EMSA, C-252/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:512, præmis 32 og 33, og af 14.7.2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, præmis 26)».

Som det fremgår gjaldt dommen fastsetting av vekt for underkriterier.

Det vises også til KOFA 2018/211 avsnitt 28 flg.

Innkjøper har rett til under evalueringen å sette nærmere kriterier for evalueringen så lenge det i det vesentlige svarer til det som er formidlet i konkurransegrunnlaget. Vestland hadde etter regelverket anledning til å gjøre det på denne måten, uavhengig av om det var strengt tatt nødvendig. Hvorvidt en kunne fastsatt kriteriet før åpning av tilbudene er derfor ikke relevant.

KLP har ikke anført at KLP ikke kunne ta hensyn til kriteriet avkastning av alternativ plassering ved innlevering av tilbudet.

Nærmere om Vestlands skjønnsmessige fastsettelse av avkastningskravet:

Vestland og andre innkjøpere har her ingen lett oppgave. Vitnet Pedersen forklart at dette ikke er lett. Ingen kan påberope seg å ha fasit. Pareto og Vestland måtte sette et nøyaktig avkastningskrav og hadde ikke mulighet til å angi dette i intervaller. At det er uenighet mellom ekspertene som har vitnet betyr ikke at Vestland har tatt slik feil at skjønnnet må settes til side. Pareto har lagt allment akseptert metode til grunn. Hippe forklarte seg om en privat kunde som la et høyer avkastningskrav til grunn. Det illustrer at Vestlands krav er moderat.

KLP har fokusert på at egenkapitalen er beskyttet av foranstående kapital, herunder opptjent egenkapital. Storebrand vil bemerke at opptjent egenkapital i KLP utgjør kun 2,8 % av totalkapitalen.

Storebrand er enig med Vestland i at nivået på denne avkastningen er underlagt innkjøpsfaglig skjønn. Domstolen skal ikke vurdere hvilket nivå som er korrekt, men om det er rettslig grunnlag for å sette skjønnnet til side.

Fylkeskommunens beregning er utført av konsulenter med særskilt fagkompetanse. Ved beregningen har en tatt riktig utgangspunkt i pensjonsveilederens forutsetning om at konkurransefordelen skal utlignes ved at det fastsettes en alternativ avkastning. En har riktig tatt utgangspunkt i at en skal søke å gi like konkurransevilkår for forskjellige organisasjonsformer.

Det er korrekt foretatt en konkret vurdering av avkastningen fylkeskommunen burde få på en risikomessig sammenlignbar investering. Vestlands og Paretos konklusjon avviker både fra KLPs syn og Storebrand syn. Det er benyttet standardverdier herunder fra Finans Norges standardiserte forutsetninger. Det er anvendt en etablert økonomisk metode.

Det er ikke påvist feil eller mangler ved Paretos vurdering. Det er fremkommet konkrete eksempler på private kunder som beregner høyere avkastningskrav enn det fylkeskommunen har gjort.

På den annen side er det svakheter ved KLPs tilnærning til problemstillingen.

KLP mener – gitt de avkastningskrav de antyder - at fylkeskommunen tjener penger på det tvungne egenkapitalinnskuddet i KLP. Hvis det er riktig ville det innebærer at Storebrand ikke ville være konkurransedyktig i markedet. Det kan ikke være et riktig faktisk utgangspunkt, fordi Storebrand er en stor aktør i det aktuelle markedet.

Vurderingstemaet er ikke hvilken avkastning man konkret kan forvente på investeringen i KLP. Forventet avkastning i KLP er lagt uprøvd til grunn i konkurranseveilederen. Derfor er ikke en grundig en forklaring av den faktiske avkastningen som oppnås i KLP, eller hva KLP mener er riktig for deres selskap, egnet til å belyse saken.

Vurderingstemaet er hvilken avkastning en privat investor ville ha forventet å få på en investering med sammenlignbar risiko.

Fordi det ikke finnes et marked for investeringer av nøyaktig samme type, må det gjøres en sammenligning med andre kjente markeder.

Det er betydelige forskjeller mellom et ansvarlig lån som det finnes markeder for, herunder KLPs egne ansvarlige lån, og den investering som her vurderes. Investeringen gir ikke garanterte (avtalte) renter, se KLPs vedtekter punkt 2-3 (1). Tilbakebetaling av hovedstolen

er ikke garantert, er avhengig av styrevedtak. En kan ikke tvangsinndrive kravet, herunder ved konkurs. Investeringen skiller seg derfor betydelig fra ansvarlig lån.

Etter Storebrands syn har investeringen mer likhet med investering i AS. Som en forskjell fra AS er vist til at egenkapitalen er beskyttet av opptjent egenkapital. For det første utgjør denne kun 2, 8 % av totalkapitalen, for det andre vil medlemmene over tid være med på å finansiere denne ved at avkastningen av innskutt kapital blir mindre enn den ellers ville bli. Bufferkapitalen er også kundens penger og finansieres av lavere avkastning. Ikke treffende å si at en reduksjon av bufferkapitalen ikke er et tap for kunden, når det er kundens midler som reduseres

Det foreligger en mer enn en teoretisk forskjell fra ansvarlig lån. KLP har innkallingsrett.

Sannsynlig faktisk investering for fylkeskommunen er irrelevant. Vurderingstemaet er et annet. En har plikt til å sikre konkurransenøytralitet. I statsøtte regelverket er markedsaktørtesten sentral, den krever at en legger til grunn hva en markedsaktør ville krevet av avkastning.

Påstand:

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringsselskap dømmes til å betale Storebrand Livsforsikring AS' sakskostnader.

Retten bemerkinger:

Innledning:

For å kunne få medhold i en begjæring om midlertidig forføyning må KLP sannsynliggjøre så vel et hovedkrav som en sikringsgrunn. Retten vurderer først hovedkravet.

Slik partene har argumentert må retten vurdere to hovedproblemstillinger. For det første om Vestland har brutt anskaffelsesregelverket ved å fastsette avkastningskravet etter åpningen av tilbudene, for det andre om det er rettslig grunnlag for å sette Vestlands skjønn, ved fastsettelsen av det konkrete avkastningskravet, til side.

Retten vurderer først spørsmålet om Vestland har brutt anskaffelsesregelverket ved å fastsette avkastningskravet etter tilbudsåpning

Pareto har i sin rapport til Vestland sitert fra og lagt vekt på innholdet i tilbudene ved fastsettelsen av avkastningskravet. Avkastningskravet er følgelig fastsatt etter tilbudsåpningen og med kunnskap om tilbudenes innhold. Det er ikke bestridt mellom partene.

Det er i konkurransen fastsatt to tildelingskriterier – kvalitet og totaløkonomi (pris) - med vektning av kriteriene. Det er også angitt hvordan poengene skal beregnes. Til hvert hovedkriterium er det fastsatt underkriterier med vektig. Avkastningskravet som er aktuelt i saken er del av tildelingskriteriet «Totaløkonomi» som ved siden av kvalitet teller 50 %. Videre er avkastningskravet en delkomponent i underkriteriet «Pris kapitalforvaltning, rentegaranti og egenkapitalbetjening (vektning 50 %)». Dette underkriteriet består igjen av fire poster hvorav «kostnad egenkapitalbetjening KLP» er en underpost som er resultatet av faktisk avkastning i 2019 fratrukket beregnet alternativavkastning. Det fremgår av konkurranseveilederen at alternativavkastningen oppgis av oppdragsgiver i prosent. Det står ikke når den skal oppgis eller fastsettes.

Problemstillingen er i argumentasjonen formulert som et spørsmål om det var anledning til å fastsette avkastningskravet etter tilbudsåpning. Anførselen i begjæringen om at Vestland har brutt anskaffelsesregelverket –klarhetskravet - ved ikke å oppgi avkastningskravet i konkurransegrunnlaget er frafalt. Retten skal derfor ikke avgjøre om tildelingskriteriet slik det er utformet i konkurransegrunnlaget er ulovlig. Det retten må ta stilling til er om det er lovlig å fastsette det nærmere innholdet i form av en prosent etter at tilbudene er åpnet.

Det er imidlertid en sammenheng mellom denne problemstillingen og spørsmålet om hvilke tildelingskriterier som er lovlige. Hvis det er lovlig å utforme et underkriterium slik at det skal, på skjønnsmessig grunnlag, fastsettes en prosent som «oppgis av oppdragsgiver» kaster det lys over spørsmålet om det er lov å fastsette dette etter åpningen som ledd i evalueringen. Grensene for evalueringen må ta utgangspunkt i de rammer tildelingskriteriene gir.

FOA § 18-1 oppstiller i utgangspunktet få uttrykkelig krav til utformingen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Det enkelte tildelingskriterium må være utformet så presist at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår tildelingskriterienes nøyaktige innhold og fortolker dem på samme måte, se Dragsten Anskaffelsesloven med kommentarer 2020 side 648 og 649 med videre henvisninger til rettspraksis. Klarhetskravet sikrer at alle leverandører vet hva som vil vektlegges. Dette kravet er oppfylt i denne saken. Alle (begge) leverandører kan ut fra tilbudene lese seg fram til at det vil bli beregnet et kostnadselement som ledd i evalueringen. At dette beror på et skjønn kan en også forstå ut fra konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriet er i tråd med rådet gitt i pensjonsveilederen som er godt kjent i bransjen. Tildelingskriteriene gir ikke oppdragsgiver så vid skjønnsmargin at det er i strid med FOA § 18-1 femte ledd, som forbyr kriterier som oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet. Det foreligger derfor lovlige utformede tildelingskriterier, hvorav det underkravet som er sentralt i denne saken klart gir budgiverne en anvisning om at det skal fastsettes ved skjønn som en prosent. Skjønnsforutsetningene er angitt som alternativavkastningen av egenkapitalinnskuddet i KLP.

Konkurransegrunnlagets regler om evaluering må følges, jf. Dragsten Offentlige anskaffelser Regelverk, praksis og løsninger (2013) side 583. At en fastsetter alternativavkastningen etter åpningen av tilbudet er ikke i strid med ordlyden i konkurransegrunnlaget, jf. at det der ikke sies noe om tidspunktet for fastsettelsen av avkastningskravet. Fastsettelse etter tilbudsåpningen er derfor ikke i strid med tildelingskriterienes ordlyd eller ordlyden i konkurransegrunnlaget ellers. Det er heller ikke anført av noen part.

Spørsmålet blir etter dette om fastsettelse av avkastningsgrunnlaget etter tilbudsåpning er i strid med de generelle regler i LOA § 4 og som er behandlet i rettspraksis og KOFA-praksis.

Problemstillingen om når evalueringsmetoden må fastsettes er drøftet i Trygstad «Tildeling av offentlige kontrakter» 2.utgave side 356 flg (punkt 30.3).

«Temaet som behandles nedenfor, er om det stilles krav til når evalueringsmetodene skal bestemmes. I denne vurderingen står to hensyn mot hverandre. På den ene siden har oppdragsgiver best forutsetninger for å fastsette en egnet metode når tilbudenes innhold er kjent. Det er først da oppdragsgiver vet hvilke styrker og svakheter som skal bedømmes opp mot hverandre. På den annen side øker risikoen for at evalueringsmetoder tilpasses for å tilgodese en leverandør, hvis metodene fastsettes etter at tilbudenes innhold er kjent.»

Han viser til EU-domstolens sak C-6/15 Dimarso. Domstolen viser først til at oppdragsgiver er gitt en viss frihet til å strukturere sitt arbeid med å undersøke og analysere de gitte tilbud. Bedømmelsesmetoden kan tilpasses «i forhold til den konkrete sags omstendigheter». Trygstad skriver at denne påpekningen fra domstolen viser at en anerkjenner verdien av å kunne fastsette evalueringsmetoder i lys av tilbudenes innhold.

I sak C-6/15 Dimarso avsnitt 31 skriver retten:

«I overensstemmelse med de i artikkel 2 i direktiv 2004/18 fastsatte prinsipper for indgåelse af offentlige kontrakter og for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene, i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene. I det tilfælde, hvor fastsættelsen af denne metode af påviste grunde ikke er mulig inden denne åbning, kan det, som den belgiske regering har anført, ikke foreholdes den ordregivende myndighed, at den først fastsatte metoden efter, at den selv eller bedømmelsesudvalget fik kendskab til indholdet af tilbuddene.»

(Rettens understrekning).

Trygstad understreker at det er uklart hva som nærmere ligger i «bedømmelsesmetode», dvs. hvor langt regelen fastsatt i Dimarso gjelder.

I denne saken er bedømmelsesmetoden dvs. tildelingskriteriene detaljert angitt før åpning ved to hovedkriterier med underkriterier. Avkastningskravet er et ledd i fire ytterligere underkriterier under underkriterium 2. På den annen side er avkastningskravet sentralt for å utjevne det konkurransefortrinn KLP ellers ville hatt. Metoden for evalueringen er langt på vei gitt i tildelingskriteriene ved at det er angitt vekt og ved at det for avkastningskravets vedkommende er angitt at dette skal fastsettes i prosent og at skjønnsgrunnlaget er en alternativavkastning.

I sak C-331/04, *ATI*, hadde oppdragsgiver fastsatt den innbyrdes vektingen av fem underkriterier til et tildelingskriterium etter tilbudsfristen, men på et tidspunkt hvor tilbudenes innhold ikke var kjent. Saken gjaldt altså endringer vektingen av forskjellige kriterier. EU-domstolen uttalte at en slik etterfølgende vekting av underkriterier er tillatt, men at dette i tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet (i norsk rett forutberegnelighet) bare er tillat dersom vektingen

- ikke ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen
- ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse
- ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over foren af de bydende.

Saken gjaldt direkte fastsettelse av vekt av underkriterier og ikke som i vår sak en skjønsmessig fastsettelse av et kostnadselement. Etter rettens syn er det en relevant forskjell. Det skjer i denne saken ingen endring av vekt eller i forståelsen av kriteriets innhold.

I KOFA 2018/211 var temaet evalueringen av et underkriterium «Timepris annen hogst (regningsarbeid)». Hvordan forskjeller i timepris skulle evalueres var ikke fastsatt. Nemda refererte hvordan evalueringen hadde skjedd slik:

«Av denne grunn måtte tilbyderne gå ut fra at innklagede ville anvende en eller annen form for metodikk for å kunne fastlegge forskjellene mellom tilbudene under dette kriteriet. Ved evalueringen har innklagede tatt utgangspunkt i det estimerte årlige behovet for regningsarbeid som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Den nærmere fordelingen av timer ble fastsatt etter tilbudsåpning (men før evalueringen av tilbudene). Innklagedes fordeling innebar at leverandørens tilbudte timepriser ble multiplisert med henholdsvis 4000 timer for «Skogsarbeider», 1500 timer for «Planlegg/grunneierkontakt», og 500 timer «Treklatter m/motorsag». Summen av disse utgjorde sammenligningsgrunnlaget mellom tilbudene».

Etter å ha vist til rettspraksis fra EU-domstolen skriver nemda:

«Slik klagenemnda forstår disse avgjørelsene, oppstilles det ingen ubetinget plikt til å fastsette underkriteriers vekt før tilbudsfristens utløp. Oppdragsgiver kan etter tilbudsfristen konkretisere undervilkår på en måte som er påregnelig for tilbyderne i overensstemmelse med ATI-vilkårene».

Hvordan timene fordeles når en skal evaluere pris for forskjellige typer arbeid ligner på å bestemme vekten av et tildelingskriterium. Også denne saken som er påberopt i argumentasjonen skiller seg fra denne saks tema som gjelder en skjønnsmessig fastsettelse av et på forhånd gitt kriterium, og ikke dette tildelingskriteriets vekt.

Dragsten side 600 drøfter spørsmålet om tidspunktet for den endelige vekten av tildelingskriterier. Hun forstår ATI-kriteriene i en slik sammenheng.

I punkt 21.4.2 side 203 flg. drøfter Trygstad adgangen til å konkretisere tildelingskriterienes innhold i evalueringen. Hvordan tildelingskriteriene er utformet har betydning for adgangen til å utfylle kriteriene under evalueringen. Det følger av kravet til forutberegnelighet at «tildelingskriteriene skal bedømmes i samsvar med de rammene som er trukket opp», se side 203. Han skriver videre at «hvor oppdragsgiver ikke har konkretisert tildelingskriterienes innhold, må tildelingskriterienes nærmere innhold fastlegges som en del av evalueringen for å avklare hvilke sterke og svake sider som skal vurderes».

Kjernen i saken er at det må fastsettes en kostnad (et pristillegg) ved at tilbyder må binde egenkapital i KLP. Denne kostnaden fastsettes under hensyntagen til to elementer, KLPs faktiske avkastning og en beregnet alternativavkastning. Dette siste elementet beror på et skjønn, over størrelsen på satsen, som så anvendes på det konkrete innskuddskravet som fremkommer fra KLP. At skjønn er utøvet etter tilbudsåpning innebærer ikke at en har bestemt tildelingskriteriene etter åpningen av tilbudene eller endret tildelingskriteriene etter tilbudsåpning. Det er heller ikke skjedd endringer av vekten av underkriterier. Det som skjer er en nærmere fastlegging av innholdet innenfor rammene av tildelingskriteriet. Tildelingskriteriets ordlyd åpner for at det kan skje etter tilbudsåpning. Noe som også forutsettes i pensjonsveilederen som alle parter kjenner godt og som konkurransegrunnlaget må tolkes på bakgrunn av. Fastsettelsen av avkastningskravet skjer på grunnlag av et skjønn innenfor de grenser tildelingskriteriet setter. Det har ikke skjedd

en utvidende tolkning av tildelingskriteriet eller endringer i dets vekt. At skjønnnet måtte foretas var forutberegnelig for tilbyderne. Det er derfor ikke fastsatt ny bedømmelsesmetode (tildelingskriterier og den innbyrdes vekten av disse) etter åpning. Dette taler for at det ikke er plikt til å fastsette avkastningskravet før åpning av tilbud. En slik plikt til å fastsette satsen før tilbudsåpning følger ikke av den i saken påberopte praksis.

Når tildelingskriteriet er lovlig, innebærer det at det var lovlig å fastsette et skjønnsmessig kriterium, dvs, et skjønnsmessig avkastningskrav fastsatt av oppdragsgiver. Utgangspunktet er at det er lovlig å foreta en nærmere evaluering innenfor tildelingskriteriene. KLPs argumentasjon innebærer at det – til tross for at det er lovlig å fastsette et slikt skjønnsmessig kriterium – så må skjønnnet utøves før tilbudsevalueringen, uten at det i den aktuelle mellomperioden er tilkommet momenter som endrer grunnlaget for skjønnnet. Hvis det er lovlig å utforme et skjønnsmessig tildelingskriterium av denne type er det vanskelig å begrunne at det må konkretiseres før tilbudsåpning. Hensynet til å eliminere enhver risiko for favorisering som er fremhevet i Dismarso er uttalt i sammenheng med etterfølgende endringer evalueringsmetoden, bedømmelsesmetoden. Det følger av praksis at en kan gjøre skjønnsmessige vurderinger i forbindelse med evaluering. Hvis en strekker hensynet til å eliminere muligheten for favorisering for langt blir det lite rom for skjønn.

Når en står overfor et særkrav hos en leverandør som må kostnadsberegnes er parallellen til reglene for prising av avvik nærliggende. Formålet i begge tilfeller er å sørge for at tilbudene gjøres sammenlignbare. Prising av avvik skjer som ledd i evalueringen. Selv om det ved prisingen av avvik må tas tilstrekkelig hensyn til at tilbyder med avvikende tilbud ikke skal få en konkurransefordel, mens det i vår sak bør søkes å finne en balanse, svekker det ikke etter rettens syn parallellen. Poenget er at når avvik kan prissettes ved skjønn under evalueringen tilsier likhetene at en også kan kostnadsberegne særkrav som ledd i evalueringen etter tilbudsåpning.

En kunne i teorien tenke seg et konkurransegrunnlag som krevet at tilbyderen ikke kunne kreve egenkapitalbidrag, men som samtidig forutsatte at avvik ikke blir regnet som vesentlige og derfor måtte kostnadsberegnes. Eventuelt kunne en tenke seg at tildelingskriteriet var utformet slik at det fremgikk at det skulle foretas en skjønnsmessig kostnadsberegning for å ta høyde for KLPs konkurransefordel, uten at en anga nærmere kriterier. En slik skjønnsmessig kostnadsberegning måtte skjedd som ledd i evalueringen, fordi den forutsatte kunnskap om den aktuelle størrelsen på egenkapitalinnskuddet og øvrige forhold. Det bør ikke gjelde strengere krav til tidspunktet for fastsettelse av hvordan prissettingen skal gjøres, i et tilfelle hvor man åpner for særlige forhold hos én av leverandørene, enn i et tilfelle hvor man ikke åpner for det på forhånd og må kostnadsberegne avviket, eller har en annen formulering av det skjønn som skal utøves, når realiteten er den samme.

Etter LOA § 4 gjelder krav om at Vestland ivaretar hensynene til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. At en på forhånd fastsetter et kriterium som tar hensyn til forskjellene mellom tilbydernes organisasjonsform fremmer hensynet til konkurranse og likebehandling. Kravet til forutberegnelighet er tilstrekkelig ivare tatt ved angivelsen av tildelingskriteriene, det vises videre til parallellen til prising av avvik. Etterprøvnbarheten er uavhengig av om skjønnnet utføres før eller etter

tilbudsåpning. Hensynet til å eliminere enhver fare for favorisering kan ikke strekkes så langt at en i denne saken krever fastsettelse av avkastningskravet før tilbudsåpning.

Ved vurderingen av om kravene i LOA § 4 er oppfylt må det legges vekt på øvrige rettskilder. De dommer og KOFA-avgjørelser som partene har vist til gjelder endring av tildelingskriterienes vekt eller fastsettelse av underkriterier og ikke den skjønnsmessig fastsettelsen av et kostnadselement.

Retten er etter dette kommet til at det ikke kan stilles opp noe krav om at avkastningskravet må fastsettes før åpningen av tilbudene.

Spørsmålet om Vestlands evaluering er lovlig:

Når tildelingskriteriet er lovlig og det er lovlig å foreta fastsettelsen etter tilbudsåpning blir det neste spørsmålet om den konkrete fastsettelsen av avkastningskravet er lovlig.

Det skjønn som er skjedd har skjedd innenfor ordlyden i konkurransegrunnlaget. Det følger av konkurransegrunnlaget at det skal fastsettes en alternativavkastning at den konkrete prosenten må fastsettes skjønnsmessig. Dette er i tråd med pensjonsveilederen.

Evalueringen er en skjønnsmessig beslutning som tilligger oppdragsgiver. LOA og FOA gir Vestland og deres hjelper Pareto et innkjøpsfaglig skjønn.

I forarbeidene til nåværende lov, Prop.51 L (2015–2016) s. 85, vises til tidligere lovs forarbeider Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 67 hvor det bla. står:

«Regjeringsadvokaten har kommet med en omfattende uttalelse, bl.a til § 7. For det første reises det spørsmål i hvilken grad domstolen kan overprøve skjønsmessige beslutninger i anskaffelsesprosessen. Han uttaler bl a:

«De rettstvister som kan oppstå i forbindelse med en anskaffelse kan bero på kompliserte og sammensatte vurderinger hos oppdragsgiveren, og vil derfor ikke alltid være like godt egnet for overprøving ved domstolene. Dette er f.eks tilfellet hvor tildeling av kontrakten skal skje på basis av «hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige», jf utkast til forskrifter § 11-1 og § 22-2. Så lenge anskafferer kun tar lovlige hensyn når han treffer sitt valg, må valget etter vårt syn legges til grunn av domstolene ved overprøvingen. Det er ikke domstolens oppgave å sette seg i anskafferens sted og spørre hva domstolene ville ha valgt om den selv var anskaffer. Domstolenes kompetanse må på dette feltet være begrenset på samme måte som ved overprøvelsen av skjønsmessige forvaltningsvedtak»

Departementet er enig i regjeringsadvokatens merknader på dette punkt. Det er på det rene at det ved enhver anskaffelsesprosess vil være en kjerne av skjønn som en domstol ikke kan overprøve. Vurderingen av de ulike tilbud basert på tildelingskriteriene vil til en viss grad være skjønnsmessig. Et slikt skjønn kan ikke overprøves av domstolene».

I Rt. 2007 side 1783 avsnitt 44 skriver Høyesterett følgende om prøvingen av skjønnet:

«Når det gjelder den konkrete utmålingen av 0 poeng for de to kriteriene, anser jeg dette å tilligge kommunens skjønn, som ikke bør overprøves av domstolene. Skjønnet fremstår

verken som vilkårlig eller sterkt urimelig, og støter heller ikke an mot kravene i anskaffelsesloven § 5 om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet».

Skjønnnet kan altså settes til side hvis det er vilkårlig, sterkt urimelig eller støter an mot LOA § 4 (da Høyesterett avsa dom var bestemmelsen i § 5). I BL-2017-100799 er utgangspunktet beskrevet slik:

«Retten kan imidlertid overprøve hvorvidt det er tatt ulovlige eller vilkårlige hensyn. Retten kan prøve om oppdragsgiver har lagt til grunn en riktig tolkning av egne kriterier. Retten kan også prøve om skjønnnet er utøvd i strid med grunnleggende prinsipper i daværende anskaffelseslov § 5. Retten kan overprøve om det foreligger feil i det faktum som er lagt til grunn for avgjørelsen og om den er usaklig, vilkårlig eller sterkt urimelig. Retten kan derimot ikke sette seg i oppdragsgivers sted og selv foreta en vurdering av hva retten mener er det beste tilbudet».

Det er sentralt at retten ikke selv skal vurdere hva et riktig avkastningskrav er. Det er ikke avgjørende om retten etter eget skjønn ville satt kravet på et annet nivå. Rettens kontroll gjelder de forhold som er fremhevet over.

Retten vurderer først om Vestland/Pareto har tolket tildelingskriteriet riktig ved utøvelsen av skjønnnet. Vurderingen er nedfelt i Paretos rapport av 2. september 2020.

Det tas i vurderingen utgangspunkt i pensjonsveilederen som igjen har vært grunnlaget for utformingen av kriteriet i konkurransegrunnlaget. Det tas riktig utgangspunkt i at det må fastsettes et avkastningskrav. Det bemerkes riktig at det ikke gis særlig veiledning i pensjonsveilederen. Det gis heller ikke veiledning i konkurransegrunnlagets ordlyd. Retten kan ikke se at Vestland/Pareto har tolket konkurransegrunnlaget feil.

Konkurransegrunnlaget åpner for et skjønn knyttet til en alternativavkastning.

Retten har foretatt en totalvurdering av skjønnnet:

Det fremgår av forklaringene at en har søkt å finne det avkastningskrav en tenkt investor vil stille for å investere et tilsvarende beløp i egenkapital i et selskap som er likt KLP. Dette utgangspunktet ligger innenfor en rimelig tolkning av konkurransegrunnlaget og formålet med kriteriet. Formålet er å utjevne eventuelle konkurransefortrinn KLP har ved å kunne kreve slikt innskudd. For å sikre mest mulig rettferdig konkurranse er det innenfor formålet å legge til grunn hva en tenkt investor ville kreve for en slik investering i et selskap med samme karakteristika og risiko som KLP.

I rapporten begynner Pareto med en vurdering av sammenlignbare investeringer.

Pareto uttaler at:

«Kommunenes EK-innskudd i KLP kan risikomessig neppe ses på som likeverdig med en «generell» aksjeinvestering, langt mindre som en investering i forsikringsaksjer. Vi finner det dermed krevende å akseptere utgangspunktet til Oslo Economics. I denne forbindelse virker det rimelig å legge vekt på KLPs vurderinger, og historikk, når det gjelder risikoen knyttet til egenkapitalinnskuddet».

Pareto viser altså til KLPs egen opplysninger om risiko herunder historien, og legger denne til grunn når en vurderer hvilket utgangspunkt en skal ta for avkastningen. Det KLP opplyste var:

«Selskapet peker på at det påhviler minimal risiko knyttet til et egenkapitalinnskudd i KLP. Dersom selskapet skulle gå med et underskudd som må dekkes av egenkapitalen, vil dette dekkes av opptjent egenkapital. Først når all opptjent egenkapital er oppbrukt, vil innskutt egenkapital bli belastet.

«Dette har aldri skjedd i selskapets historie, og sannsynligheten for at innskutt egenkapital må bidra til å dekke tap er tilnærmet lik null».

Pareto mener likevel at en må gjøre påslag for konsentrasjonsrisiko og innlåsningsrisiko.

For å finne fram til hva en tenkt investor ville kreve av avkastning for en sammenlignbar investering (samme karakteristika og risiko) tar Pareto utgangspunkt i anslaget for forventet aksjeavkastning i Finans Norges bransjeavtale. Dette er en avtale hvor det er fastsatt anslag som skal brukes når en skal oppgi anslag over forventet avkastning for kunder som har investeringsvalg i sin forsikring. For aksjer er forventet avkastning 3,75 % og for obligasjoner er forventet avkastning 1 %. Fordi en sammenlignbar investering ikke er en ren aksjeinvestering venter Pareto kravet til grunnavkastningen med 80 % aksjer og 20 % obligasjoner. Før vektingen legger en til Norgesbanks inflasjonsmål på 2 %, slik at en oppnår forventet realavkastning. Samlet gir det et vektet utgangspunkt på 5,2 % avkastning.

Partene har i saken hatt meget forskjellig syn på om dette er et godt utgangspunkt. Det har vært anført fra KLP at investeringen ligger langt fra den risiko som ligger i aksjemarkedet og at investeringen mer bør sammenlignes med avkastningen av ansvarlig lån i KLP, selv om det ikke kan legges til grunn at investeringen møter alle karakteristika for et ansvarlig lån. Vestland og Storebrand mener en aksjenær investering er et bedre sammenligningsgrunnlag.

Pareto har tatt utgangspunkt i KLPs opplysninger i tilbudet, som er utdypet i retten, om lav risiko, men har skjønsmessig kommet til 80/20 fordelingen når de har konkludert.

Retten vil påpeke at egenkapitalinvesteringen i KLP har trekk av nettopp egenkapital som gjør en sammenligning med aksjer berettiget og at investeringen skiller seg fra ansvarlig lån. Kapitalen gir avkastning som er avhengig av selskapets resultat som er påvirket av markedsutviklingen. Den faktiske avkastningen er altså ikke som ved ansvarlig lån avtalt og fastsatt. Som for annen egenkapital (aksjekapital) er det en forventning om avkastning, men en har intet juridisk krav på avkastning hvert år og kan ikke kreve avkastning uavhengig av økonomisk resultat. Selv om en må legge til grunn at KLP er et solid selskap og at egenkapitalen ikke vil ta tap er avkastningen en kan forvente mer usikker og avhenger i stor grad av forhold som avkastningen av vanlig egenkapital avhenger av.

Det må ved vurderingen av Paretos utgangspunkt på 5,2 % tas med andre økonomiske miljøer enn Finans Norge vurderer forventet aksjeavkastning høyere.

Vitnet Kisses fremla følgende tabell:

Yearly estimates	Finansnorge (2019)	PwC (2019)	Damodaran (2020)	Credit Suisse (2013)
$r_m - r_f$	3.25%	5%	5.23%	6.0%
r_f	2.5%	~3%	n.a.	4.9%

Den øverste linjen er generelt forventet avkastning i aksjemarkedet fastsatt av forskjellige miljøer. Den nederste er risikofri rente.

Tabellen og Kissers forklaring illustrer at grunnavkastningen av aksjer vurderes ulikt selv om en bruker samme metode.

Noe grunnlag for å si at Paretos utgangspunkt på 5,2 % er vilkårlig eller sterkt urimelig har retten ikke. Det er heller ikke grunnlag for å si at det er i strid med LOA § 4 eller bygger på feil faktiske forhold.

Med dette utgangspunktet gjør Pareto to påslag som begrunnes slik:

«Utover dette er det også rimelig å gjøre påslag for illikviditet (innlåsing) og konsentrasjonsrisiko, med 1 prosentenhet påslag for hvert element».

Etter bevisføringen må retten legge til grunn at det foreligger en innlåsingseffekt. Den som investerer sin egenkapital på vilkår som KLP krever binder seg til å ha kapitalen stående i samlet 4 år. Det foreligger en adgang til oppsigelse, men det tar tid å få kapitalen ut. Etter bevisførselen legger retten til grunn at en slik effekt påvirker avkastningskravet, men det er uenighet om nivået.

Det må også legges til grunn at det er vanlig å legge til for konsentrasjonsrisiko, dvs. de ulemper og den risiko som følger med at en må forholde seg til en motpart for sin investering. Den som investerer sin egenkapital i KLP er avhengig av de beslutninger KLP tar og organisasjonens kunnskap og andre forhold ved denne. At KLP er bredt investert fjerner ikke denne risiko helt.

Retten har særlig vurdert KLPs innvendinger. Over har retten drøftet hvilken investering (aksjer, obligasjoner, ansvarlig lån) som best kan danne sammenligningsgrunnlag. Det er ikke rettens oppgave i detalj å mene noe om de avveininger som er gjort. Det sentrale er at den fremgangsmåte Pareto har brukt bygger på en anerkjent metode og bygger på at en har erkjent at hverken en ren aksjeinvestering eller en ren investering i obligasjoner treffer. En må foretas et skjønn. Bevisføringen har ikke gitt grunnlag for å sette dette skjønnen til side. KLP har anført at en må foreta en konkret vurdering av risikoen med den aktuelle investeringen. Etter rettens syn har Pareto gjort det på en måte som ikke gir grunnlag for å gripe inn mot skjønnen. KLP har videre anført at risikoen knyttet til innskutt kapital er liten. Rettet viser til at Pareto legger til grunn dette i rapporten. Den nærmere avveiningen gir ikke bevisføringen grunnlag for å gripe inn i. Retten er ikke enig med KLP i at Paretos vurdering er så overordnet og generell at den må settes til side.

Retten kan ikke etter bevisføringen se at det er lagt vekt på ulovlige eller vilkårlige hensyn eller at vurderingen strider mot de grunnleggende hensynene i LOA § 4. Det er ikke påvist feil faktiske omstendigheter og skjønnet fremstår etter bevisførselen ikke som usaklig, vilkårlig eller sterkt urimelig.

Det er etter dette ikke grunnlag for å sette skjønnet til side.

Etter dette kan ikke de to anførte grunnlag for et hovedkrav føre fram. Det er derfor rettens konklusjon at et ikke er sannsynliggjort et hovedkrav i saken. Da behøver ikke retten ta stilling til sikringsgrunn og forholdsmessighet.

Begjæringen om forføyning tas derfor ikke til følge.

Vestland og Storebrand har vunnet saken helt og har krav på full erstatning for nødvendige kostnader ved saken, jf. tvisteloven § 20-2. Retten har vurdert unntaksreglene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd, men finner ikke at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig med helt eller delvis fritak for kostnadsansvaret. Det er tale om betalingsdyktige og profesjonelle parter og saken gjelder store verdier.

KLP har fremmet innsigelse mot Storebrands kostnadsoppgave. I skriv av 11. desember skriver KLP:

«På vegne av KLP gjentas innsigelsen mot Storebrands kostnadsoppgave. Innsigelsen gjelder ikke advokatsalæret, kun kostnadene til Oslo Economics. Et honorar på kr. 519.500 eks. mva fremstår klart unødvendig og eksessivt tatt i betraktning omfanget av Asps skriftlige og muntlige innlegg».

Storebrand fastholder og forsvarer sin oppgave i prosesskriv av 11. desember 2020 og viser til at det er tale om en stor kontrakt for Storebrand og at saken er prinsipiell.

Vestland har fremlagt et krav på dekning av 933 224,- som inkluderer utlegg til Pareto og som omfatter samlet 294 timers arbeid.

Storebrand krever advokatsalær, 349 250 kroner for 127 timers arbeid, med opplysning om at det er gått med ytterligere timer. Det kreves videre utlegg til kontorkostnader (juridisk utdrag mm) 6 340 kroner og honorar til Oslo Economics med 519 500 kroner og utlegg for sakkyndig vitne Michael Kisser 98 600 kroner. Til sammen 973 690 kroner.

Til sammenligning krever KLP samlet 828 900 kroner og 200 000 kroner for utlegg til sakkyndig.

Retten har vurdert Vestlands salærkrav og finner at det må tilkjennes iht. § 20-5. Det er medgått mye tid og summen er høy for 2 dager i retten, men saken har krevet omfattende forberedelse og gjelder store verdier. Retten tilkjenner Vestland 933 224 kroner.

Retten har videre vurdert Storebrands oppgave og finner at salæret må godtas, det samme gjelder kontorutlegg og utlegg Kisser. Retten har særlig vurdert utlegget til sakkyndig i Oslo Economics. Utleppet er høyt, men retten finner under henvisning til sakens omfang og at KLP har lagt stor vekt på å argumentere mot det konkrete skjønnet, samt sakens prinsipielle betydningen for Storebrand at totalsummen på 973 690 kroner kan godtas. Retten tilkjenner Storebrand 973 690 kroner.

SLUTNING

1. Begjæringen tas ikke til følge
2. Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringsselskap dømmes til å betale sakskostnader med 933 224 kroner til Vestland fylkeskommune innen to uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen.
3. Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringsselskap dømmes til å betale sakskostnader med 973 690 kroner til Storebrand Livsforsikring AS innen to uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen.

Helge Johannessen

Veiledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.