

VEDLEGG TIL
PENSJONSVEILEDER 2016

Nytt anskaffelsesregelverk



ANSKAFFELSESREGELVERKET OG KOMMUNAL TJENESTEPENSJON





1 INNLEDNING

Dette er et vedlegg til Pensjonsveileder 2016. Da Pensjonsveileder 2016 ble publisert i juni var det nye regelverket for offentlige anskaffelser ikke vedtatt. Det var antatt at det ville bli ferdigstilt i juli og at regelverket ville tre i kraft i løpet av høsten. Da forskriften om offentlige anskaffelser ble vedtatt senere på sommeren, ble ikraft-tredelsesdatoen endret. Nærings- og fiskeridepartementet har opplyst at det nye regelverket for offentlige anskaffelser er planlagt å tre i kraft fra 01.01.17.

Advokatfirmaet Arntzen de Besche har innarbeidet det nye regelverket i en revidert utgave av kapittelet *Anskaffelsesregelverket og kommunal tjenstepensjon* i Pensjonsveileder. De har tatt utgangspunkt i kapitler om offentlige anskaffelser fra tidligere utgivelser av Pensjonsveileder utarbeidet av KS Advokatene, og sitt eget notat av 09.01.15 om kommunalpensjon og offentlige anskaffelse.



2 ANSKAFFELSESREGELVERKETS ANVENDELSE PÅ KOMMUNAL PENSJON

Anskaffelsesregelverket består av lov om offentlige anskaffelser (heretter kalt LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (heretter kalt FOA). Både LOA og FOA bygger på EUs direktiver om offentlige anskaffelser, som Norge er forpliktet til å følge gjennom EØS-avtalen.

Lovens formål følger av LOA § 1 om at «Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptre med integritet, slik at allmennhetene har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.» Dette oppnås blant annet gjennom grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet, jf. § 4.

Innledningsvis gjør vi oppmerksom på at det er vedtatt omfattende endringer av LOA og en helt ny anskaffelsesforskrift som trer i kraft 01.01.17. Dette vil få praktisk betydning både for oppdragsgiver og leverandører, og Pensjonskontoret anbefaler at den enkelte innkjøper av kommunal pensjon setter seg inn i regelverksendringene. Denne teksten tar opp i seg endringene av regelverket. Teksten bygger dels på tidligere notater utarbeidet av KS Advokatene og Arntzen de Besche Advokatfirma.

At kjøp av pensjonstjenester er underlagt anskaffelsesregelverket følger både av praksis og av regelverket selv. Forutsatt at kommunen ønsker å kjøpe pensjonstjenester fra en ekstern aktør, vil valget av leverandør altså være underlagt regelverket om offentlige



anskaffelser. Offentlige oppdragsgivere er imidlertid ikke tvunget til å gå til eksterne leverandører for å innhente tjenester, og det er alltid lovlig adgang til å få levert en ytelse gjennom bruk av interne ressurser. Det er således ingen plikt til å utlyse konkurranse om tjenesten for kjøp hos eksterne aktører.

3 VALGFRIHET I LØSNING FOR KOMMUNAL PENSJON – EGEN PENSJONSKASSE OG LIVSFORSIKRINGSFORETAK

En pensjonskasse er en egen juridisk person i form av en selveiende institusjon, atskilt fra foretak, kommune eller annen institusjon som har etablert pensjonskassen, se finansforetaksloven § 7-2 tredje ledd, jf. forsikringsvirksomhetsloven § 2-3. Det har vært vanlig å betegne pensjonskassen som en særegen stiftelse. Pensjonskasser er unntatt fra stiftelsesloven, jf. stiftelsesloven av 2001 § 6 bokstav b. Tjenester knyttet til pensjonsordningen kan utføres av pensjonskassens eget personale, eller være satt bort til andre virksomheter som utfører slike oppgaver.

Pensjonskassens virksomhet kan ikke drives uten konsesjon, jf. finansforetaksloven § 2-16. Pensjonskasser er tradisjonelt opprettet for en enkelt kommune, men loven åpner også for at den kan yte tjenester til flere kommuner. Det følger av forsikringsvirksomhetsloven § 2-2 at «To eller flere kommuner kan avtale å ha sine pensjonsordninger i samme pensjonskasse (interkommunal pensjonskasse).»

3.1 EGENREGI

At kommunene har egen pensjonskasse betyr at tjenestene knyttet til kommunal pensjon ytes av kommunens eget organ for

administrering og forvaltning av pensjoner. Da er hovedregelen at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse for kjøp av tjenestene, fordi dette foregår i egenregi.

Forutsatt at pensjonstjenestene leveres til kommunen gjennom egenregi, vil anskaffelsesregelverket ikke komme til anvendelse, og det er ikke nødvendig å kunngjøre og gjennomføre en konkurranse om pensjonstjenesten.

Utgangspunktet for dette er et grunnleggende prinsipp om at offentlige oppdragsgivere skal stå fritt til selv å velge om varer og tjenester skal leveres ved bruk av egne, interne ressurser, eller om det skal gjennomføres en konkurranse om leveransen. Rent formelt er unntaket en følge av at det ikke inngås et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold mellom to selvstendige rettssubjekter når oppdragsgiveren selv utfører oppgavene, og det grunnleggende anskaffelsesrettslige vilkåret om kontrakt derfor ikke er oppfylt.

3.1.1 UTVIDET EGENREGI

Pensjonskassene er per definisjon i forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 «(...)en selveid institusjon som nevnt i finansforetaksloven § 7-2 tredje ledd jf. § 2-16.» (...)). Samtidig er det krav i finansforetaksloven § 7-2 tredje ledd om rettslig adskillelse fra kommunen som har etablert pensjonskassen: «En pensjonskasse skal stiftes og organiseres som en selveiende institusjon for å forvalte en eller flere kollektive pensjonsordninger som er etablert av foretak eller kommune som deltar i pensjonskasse». Dermed vil tjenestene som ytes fra pensjonskassen til kommunen være mellom to ulike rettssubjekter.



Utvidet *egenregi* innebærer at tjenestene leveres fra eksterne juridiske enheter. Heller ikke for disse kontraktene vil anskaffelsesregelverket komme til anvendelse, forutsatt at vilkårene i FOA § 3-1 flg. er oppfylt. Selv om kommunen bruker kommunale eller interkommunale pensjonskasser som tjenesteleverandør og dermed inngår et kontraktsforhold med en annen juridisk enhet, kan unntaket fra anskaffelsesregelverket således være oppfylt. Vi kommer nærmere tilbake til vilkårene for dette senere i punkt 8.

3.2 KJØP FRA EKSTERN AKTØR

Et alternativ til kommunal pensjonskasse er at kommunen kjøper pensjonstjenester av en utenforstående tjenesteleverandør opprettet som egen juridisk enhet som livsforsikringsforetak. Også livsforsikringsforetakene er underlagt finansforetaksloven, og virksomheten krever konsesjon. Da er hovedregelen at innkjøpet er omfattet av anskaffelsesreglene som en tjenesteanskaffelse og underlagt de alminnelige reglene om gjennomføring av konkurranse om levering av tjenestene.

4 ANBEFALINGER NÅR KOMMUNENS PENSJONSFORHOLD SKAL VURDERES

4.1 VÆR UTE I GOD TID

Forutsatt at kommunen velger å gjennomføre en offentlig anskaffelse, anbefales derfor at man er tidlig ute og bruker god tid når man skal vurdere sitt pensjonsforhold, og som senere kan munne ut i en anbudsutlysning.

Formannskapet/rådmannen får da bedre tid til å vurdere innkomne tilbud før innstillingen sendes til kommunestyret/fylkestinget/styret (heretter omtalt som *kommunestyret*). God tid gir bedre mulighet til å rette opp eventuelle feil før endelig vedtak om flytting skal fattes i kommunestyret (senest 01.12.). Det minnes i den anledning om at fristen for fristillelse fra nåværende pensjonsinnretning er 30.09. inneværende år.

I det følgende vil det redegjøres for en del momenter som er særlig viktig å være seg bevisst når man skal vurdere pensjonsforholdene i sin kommune/virksomhet.



- Vurdere etablering av pensjonsutvalg (dvs. en arbeidsgruppe)
- Kommunestyrets behandling
- Bistand fra Pensjonskontoret
- Bruk av forsikringsrådgiver
- Flytting – viktige momenter

4.2 PENSJONSUTVALG

Det er hensiktsmessig at man på et tidlig tidspunkt nedsetter et pensjonsutvalg til å jobbe med pensjonsforholdene i kommunen. Et slikt utvalg kan gjerne settes ned et år før man eventuelt har planer om legge pensjonsleveransen ut på anbud. Pensjonsutvalget bør være bredt sammensatt, med representanter både fra kommunestyret, kommunens administrasjon samt tillitsvalgte. Et pensjonsutvalg kan da eksempelvis bestå av ordfører, rådmann, kommunalsjef, økonomi-, personal- og innkjøpsansvarlig og tillitsvalgte.

4.3 KOMMUNESTYRETS BEHANDLING

I Hovedtariffavtalen (HTA) innen KS-området punkt. 2.1.10, femte ledd står det at det er kommunestyret som skal fatte «endelig avgjørelse» når det gjelder flytting av en pensjonsavtale.

Selv om det ikke er et krav etter Hovedtariffavtalen, er det en fordel om kommunestyret også fattet beslutning om følgende i forbindelse med en anbudsprosess:

- Vedtak om å gjennomføre anbudskonkurranse
- Fastsettelse av tildelingskriterier
- Vekting av tildelingskriteriene

Det er viktig at kommunestyret ikke fraviker beslutningen om tildelingskriterier og vekting når det skal fattes endelig vedtak om flytting, men fastholder og bygger sitt vedtak på dette utgangspunkt. Slik reduseres muligheten for at kommunestyret kommer til en konklusjon som ikke samsvarer med administrasjonens innstilling og/eller at konklusjonen mangler tilstrekkelig saklig begrunnelse.

Dette var en av problemstillingene og hovedankepunktet i de to sakene som ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) høsten 2006 – sak 2006/161 og sak 2006/159.

Også i sak 2009/20 fant KOFA at det ikke forelå tilstrekkelig begrunnelse. Klagenemnda fant her at vedtaket var i strid med kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet, jf. tidligere LOA § 5. Dette fordi innklagede tildelte kontrakt til den som etter det dokumenterte hadde innlevert det nest beste tilbudet, uten at det var redegjort for valget.

Forut for kunngjøring må kommunestyrets arbeid med konkurransegrunnlaget skje for lukkede dører, og alle involverte har taushetsplikt. Dette for å sikre at ingen leverandører får informasjon fra konkurransegrunnlaget før dette legges ut på DOFFIN. Dette gjelder også når kommunestyret drøfter fastsettelse av tildelingskriterier og vekting.

4.4 KOMMUNESTYRET MÅ FATTE BESLUTNING OM VALG AV LEVERANDØR

Det følger av HTA punkt 2.1.10 femte ledd at det er *kommunestyret* selv som må fatte den endelige beslutning om flytting. Denne myndighet kan ikke delegeres til formann-



skapet eller kommunens administrasjon. Det minnes i den anledning om arbeidsgivers plikt til å drøfte skifte av pensjonsinnretning med tillitsvalgte tidligst mulig, og senest før oppsigelse av avtalen med pensjonsinnretningen, jf. HTA punkt 2.1.10 første og siste ledd. Pensjonskontoret anbefaler at de tillitsvalgte tas med på drøfting før tildelingskriteriene og innbyrdes vekting av kriteriene vedtas.

De alminnelige bestemmelsene i kommuneloven om delegasjon av vedtaksmyndighet til formannskapet kan ikke gjøres gjeldende innenfor dette spesielle område av tariffavtalen.

4.5 BISTAND FRA PENSJONSKONTORET

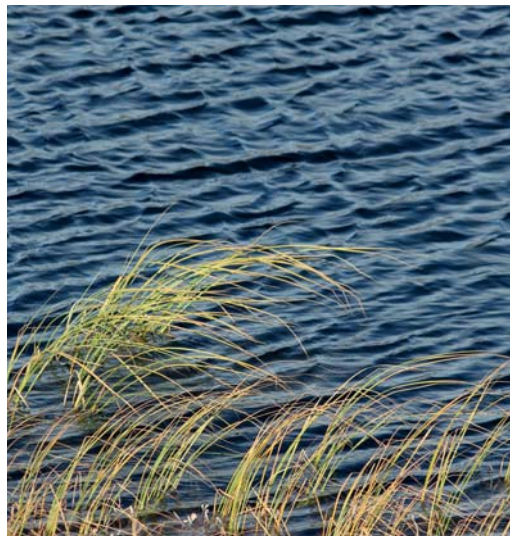
En av Pensjonskontorets oppgaver er å føre tilsyn med leverandørenes praktisering av gjeldende pensjonsbestemmelser nedfelt i Hovedtariffavtalen innen KS-området. Dermed understrekes samtidig Pensjonskontorets nøytrale rolle overfor leverandørene.

Pensjonskontoret kan bidra med generell informasjon og veiledning om regelverk og praktiske forhold i forkant av og under anbudsprosessen.

Som følge av Pensjonskontorets tilsynsrolle, vil det ikke være anledning til å opptre som rådgiver i en anbudsprosess.

4.6 BRUK AV FORSIKRINGSRÅDGIVERE

De siste års anbudsprosesser har vist at de fleste kommuner benytter rådgiver når pensjonsleveransen skal legges ut på anbud. Spørsmål om bruk av ekstern rådgiver vil



være et naturlig tema for kommunen å ta stilling til. Anskaffelse av forsikringsrådgiver må skje i henhold til anskaffelsesreglene.

4.7 FLYTTING – VIKTIGE MOMENTER

Kommunen bør gjøre seg kjent med rammer rundt en eventuell flytting av pensjonsordningen. Av viktige områder nevnes:

■ Oversikt over alle prosesser og flyttekostnader

Det bør innhentes oversikt over alle aktiviteter i en flytteprosess. Det bør klart fremgå hvilke oppgaver og hvilket ansvar henholdsvis det fraflyttede og tilflyttede livsselskap har, i tillegg til kommunen selv.

Pensjonsinnretningene bør kunne redegjøre for de ulike kostnadsarter (direkte og indirekte) som oppstår ved en eventuell flytting, og hvordan belastning finner sted.

■ Informasjon til ansatte og pensjonister

Informasjonsomfanget overfor ansatte og pensjonister bør kartlegges. Man bør se på tidsfrister, krav til innhold og form, samt hvem som er ansvarlig for hver aktivitet.

■ Håndtering av oppspart kapital

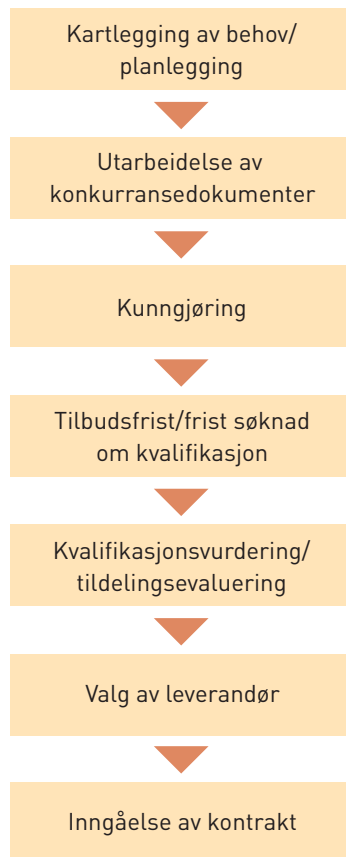
Eksisterende og/eller potensielle pensjonsinnretninger bør kunne redegjøre for henholdsvis lovpålagt og valgfri behandling av oppspart kapital ved en eventuell flytting.

5 ANSKAFFELESREGELVERKET

Dette punktet beskriver hovedelementene i anskaffelsesprosessen når det finnes konkurranse i leverandørmarkedet, og det altså skal gjennomføres en konkurranse om pensjonstjenestene. Det legges til grunn at kontraktens verdi overstiger EØS terskelverdi, og at FOA del III kommer til anvendelse. Søkelyset rettes på innkjøp av pensjon og vektlegger de forhold som gjelder på dette spesielle området. Teksten tar opp i seg de endringene som følger av endringene anskaffelsesregelverket. Det gjøres oppmerksom på at de nye reglene dels må finne sin form i praksis, og at det er spørsmål knyttet til forståelsen av nytt regelverk som ikke fullt ut er avklart per i dag.

5.1 SKJEMATISK OVERSIKT OVER ANSKAFFELESPROSESSEN

Det forutsettes at kontraktens verdi overstiger EØS terskelverdiene. Veldig enkelt oppsatt, kan anskaffelsesprosessen beskrives i følgende steg:



5.2 PLANLEGGING

Det er viktig at oppdragsgiver planlegger og gjør et grundig forarbeid før man bestemmer seg for å legge pensjonsleveransen ut på anbud, ikke minst med tanke på de kostnader som oppstår som følge av en slik prosess. Kartlegging av kommunens egen pensjonskompetanse, samt vurdering av behov for ekstern bistand bør inngå i denne fasen.



5.3 GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER

De grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene er viktige i den forstand at de danner grunnlaget for utformingen av regelverket, og er retningsgivende for tolkningen av regelverket og oppdragsgiverens forpliktelser. Grunnprinsippene følger av LOA § 4, og er konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.

5.3.1 KRAVET TIL LIKEBEHANDLING

Et av formålene med regelverket er å sikre konkurranse ved å fastsette forutberegnelige vilkår og dermed sikre likebehandling av leverandørene. Oppdragsgiver er forpliktet til å sikre at leverandørene av pensjonstjenester likebehandles gjennom hele anskaffelsesprosessen, det vil si både ved kontakt med leverandørene, utforming av spesifikasjoner, valg av tilbudsform, kvalifisering av leverandører og tildeling av oppdraget. I alle steg av prosessen og alle beslutninger som gjøres, bør det derfor vurderes om beslutningen vil være forenelig med kravet til at alle leverandørene likebehandles, eller om noen gis utilsiktede eller tilsiktede fordeler.

I KOFA-sak 2006/161 fant KOFA at kravet til likebehandling var brutt ved at kun en av leverandørene var gitt anledning til å ha møter med innklagede. Her var også kravet til etterprøvbarehet brutt ved at det ikke var skrevet møtereferat.

5.3.2 KRAVET TIL FORUTBEREGNELIGHET

Kravet til forutberegnelighet innebærer at leverandørene før de inngir tilbudene skal vite

hvilke regler forutsetninger som gjelder for konkurransen, hvilke krav som stilles til dem for å delta i konkurransen, hvilke elementer som vil bli vektlagt når oppdragsgiver skal velge vinneren av konkurransen med videre. Informasjon i kunngjøring og konkurransegrunnlaget er styrende. På denne måten kan leverandørene også kontrollere om forutsetningene faktisk er overholdt, i samsvar med hensynet til etterprøvbarehet.

I KOFA-sak 2009/44 var ett av tildelingskriteriene «Tilleggsytelser, ... og lignende». KOFA fant at tildelingskriteriet ikke tilstrekkelig presist anga hva som skulle vektlegges, og dessuten at klarhetskravet og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 (nå § 4) var brutt, fordi det ikke var presist nok utformet til at leverandørene ville kunne forstå det på samme måte.

I KOFA-sakene 2009/10 og 2009/19 var blant annet HMS oppført som tildelingskriterium. KOFA fant i begge sakene at HMS som tildelingskriterium ved kjøp av kommunal tjenestepensjon ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand slik det var fremsatt i konkurransegrunnlaget. Tidligere FOA § 22-2 (2) var således brutt ved å benytte HMS som tildelingskriterium på en slik måte at det ikke identifiserte det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

5.3.3 KRAVET TIL ETTERPRØVBAREHET

Kravet til etterprøvbarehet innebærer at oppdragsgiver skal sikre dokumentasjon for anskaffelsesprosessen, og innebærer at oppdragsgivers vurderinger, beslutninger, referater fra møter med videre bør nedtegnes.

Dokumentasjonen må være klar, entydig og utfyllende. Dette skal bidra til leverandørenes rettssikkerhet ved at hver enkelt kan ettergå de vurderinger som er gjort og beslutninger som er tatt for å kontrollere at regelverket er overholdt. God dokumentasjon er generelt tvisteforebyggende, fordi leverandørene enklere kan gis informasjon om de beslutninger som er tatt underveis i prosessen.

I KOFA-sak 2009/20 fant klagenemnda at kravene til etterprøvbarehet og gjennom-siktighet i lovens § 5 var brutt. Begrunnelse for at kontrakten ble tildelt en leverandør som etter det dokumenterte ikke hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, var utilstrekkelig. Kommunestyret valgte å fravike formannskapets innstilling. Kommunestyret endret verken poeng-givningen på tildelingskriteriene eller viste til at det hadde foretatt en annen vurdering enn den rådgiver la til grunn i sin korriger-te vurdering, men begrunnet valget av tjenstepensjonsleverandør særlig med at valgte leverandør hadde den laveste premien. Klagenemnda kunne ikke se at innklagedes tildelingsbeslutning og begrunnelse for at denne leverandøren samlet sett hadde den laveste premien, var i overensstemmelse med regelverkets krav til etterprøvbarehet. Dette fordi det ikke kunne etterprøves hvordan en slik vurdering slo ut i forhold til øvrige tildelingskriterier.

I KOFA-sak 2006/159 kunne ikke kommunen dokumentere kommunestyrets evaluering av tildelingskriteriene, hvorfor det fravek administrasjonens innstilling, samt hvilke forhold valgte leverandør hadde uttalt seg om i et formannskapsmøte. Klagenemnda fant at

den manglende begrunnelsen for fravikelse av administrasjonens innstilling ved valg av leverandør var brudd på lovens krav til etterprøvbarehet og gjennom-siktighet.

I KOFA-sak 2006/161 fant KOFA at kravene til etterprøvbarehet var brutt ved at det ikke var ført referat fra møtene. Klagenemnda fant også at innklagede hadde brutt regelverkets krav til tildelingsevaluering idet kontrakten ikke var tildelt på basis av en uttømmende evaluering av samtlige tildelingskriterier, samt at innklagede ikke hadde vurdert forhold administrasjonen hadde funnet grunn til å rangere tilbudene på grunnlag av.

5.3.4 FORHOLDSMESSIGHET

Kravet til forholdsmessighet gir seg blant annet uttrykk i at det må være proporsjonalitet mellom de krav som stilles til leverandørene og tjenesteytelsens art. Dette for å unngå at det stilles krav til leverandørene som ikke står i sammenheng med eller forhold til det som skal leveres, med den følge at leverandører som ellers kunne levert pensjonstjenesten ekskluderes. Det skal altså ikke stilles strengere krav enn nødvendig, for eksempel til økonomisk stabilitet hos leverandørene, enn det som er nødvendig for at kommunen kan sikre at leverandøren vil evne å oppfylle sine forpliktelser til offentlig tjenstepensjon.

5.4 BESLUTNING OM ANBUDSPROSESS

Fristen for å si opp pensjonsavtalen er 30.09., jf. «Vedtekter for Tjenstepensjonsordning» i Hovedtariffavtalen innen KS-området (TPO-vedtektene) § 14-1 litra a. I tillegg har FOA kapittel 20 fristbestemmelser. Av den

grunn bør beslutning om anbudsporsess tas senest i mai måned, med utlysning i TED-databasen senest i slutten av juni måned.

5.5 DE ULIKE PROSEDYRENE

De ulike anskaffelsesprosedyrerne omfatter følgende alternativer:

- Åpen anbudskonkurranse:
alle interesserte leverandører kan gi tilbud. Oppdragsgiver skal evaluere samtlige tilbud han ikke avviser. Det er ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger i en åpen anbudskonkurranse. jf. FOA § 23-6
- Begrenset anbudskonkurranse:
alle interesserte leverandører kan levere forespørsel om å delta i konkurransen. Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan gi tilbud. Ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger, jf. FOA § 23-6 andre ledd
- Konkurranse med forhandling:
alle interesserte leverandører kan levere forespørsel om å delta i konkurransen. Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan gi tilbud. Innebærer at det kan forhandles om alle sider ved tilbudet jf. FOA § 23-7



Oppdragsgivers valgmulighet når det gjelder prosedyre avhenger dels av kontraktens verdi og dels av hva som strategisk anses som det beste.

For anskaffelser som verdimessig omfattes av FOA del II, vil oppdragsgiver stå fritt når det gjelder valget mellom åpen anbudskonkurranse og begrenset anbudskonkurranse. I begge tilfeller kan oppdragsgiver velge å gå i dialog med leverandørene. Når det gjelder pensjonstjenester hvor kontraktens verdi overstiger EØS terskelverdi, kommer FOA del III til anvendelse. Hovedregelen her er at oppdragsgiver kan bruke åpen eller begrenset anbudskonkurranse, mens konkurranse med forhandling forutsetter

hjemmel i en av unntaksbestemmelsene, eller at det kan gjøres uten konkurranse.

5.5.1 VALG AV PROSEDYREFORM – KONTRAKT OVER EØS TERSKELVERDI

Anskaffelsesregelverket legger begrensninger på hvilke prosedyreform som kan velges. Dette gjelder for anskaffelser hvor kontrakten overstiger EØS terskelverdiene og som dermed er regulert av direktiv 2014/24 om offentlige anskaffelser implementert i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) del III.

Med innføring av ny forskrift om offentlige anskaffelser er det i større grad enn tidligere åpnet opp for å bruke konkurranseformen





konkurranse med forhandling. Hovedregelen er fremdeles åpen eller begrenset anbuds-konkurranse, som ikke gir adgang til å forhandle med leverandørene, jf. FOA § 13-1. Konkurranse med forhandling krever særskilt hjemmel i § 13-2 eller § 13-3, og ifølge tidligere praksis er dette underlagt en snever fortolkning.

I og med at bestemmelsene er nye, er handlingsrommet ikke avklart gjennom praksis. Det alternativet som trolig er mest aktuelt for pensjonstjenester er FOA § 13-2 c om at konkurranse med forhandling kan benyttes når *«anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle»*.

Når det gjelder FOA § 13-2 c sier forarbeidene at man antar at *«vilkårene vil omfatte de aller fleste anskaffelser der oppdragsgiver vil ha et legitimt behov for å gjennomføre forhandlinger, det vil si hvor forhandlinger er nødvendig for å sikre at oppdragsgivers behov blir oppfylt.»*. Samtidig sies det at forhandling ikke kan benyttes ved anskaffelser av standardtjenester som er generelt tilgjengelige på markedet og tilbys av mange ulike leverandører.

Dette viser at konkurranse med forhandling forutsetter at kommunen kan oppgi en legitim begrunnelse, knyttet til ett av elementene nevnt i § 13-2 c, som viser at forhandling er nødvendig for at kommunens behov for pensjonstjenester skal dekkes. Begrunnelsen bør dokumenteres og nedtegnes, av hensyn til etterprøvbarhet.

Dersom kommunen ønsker å bruke konkurranse med forhandling for å kjøpe

pensjonstjenester kan dette altså ikke begrunnes med at det er enklere, gir mer konkurranse, eller lignende. Det må pekes på konkrete forhold som gjør forhandling nødvendig for at behovet for pensjonstjenester skal oppfylles. I denne sammenheng vises det til klagenemndas praksis i sak 2010/129. KOFA vurderte spesifikt om tidligere FOA § 14-3 bokstav b om mangel på mulighet til på forhånd til å gjøre en samlet prisfastsettelse for tjenesten, eller bokstav c om vanskeligheter med å fastsette spesifikasjoner for ytelsen kunne hjemle konkurranse med forhandling. Klagenemnda kom til at det ikke var slike utfordringer knyttet til konkurranseutsettingen av offentlige pensjonstjenester. Unntakshjemlene kom derfor ikke til anvendelse.

Selv om bestemmelsen i tidligere § 14-3 b og c har visse likheter med den nye § 13-2 c, er det nå uttalt at adgangen til forhandling blir mer vidtgående, og det er grunn til å tro at den tidligere praksis derfor ikke nødvendigvis gir uttrykk for adgangen til å forhandle om pensjonstjenester. Det sentrale må etter vårt syn derfor være at kommunene gjør en konkret vurdering i hvert tilfelle. Det tas også høyde for eventuelle regulatoriske endringer på pensjonsfeltet som eventuelt kunne begrunne bruk av forhandling.

Vi kan ikke se at det er unntak i FOA del III som kan gi en *generell adgang* til å bruke konkurranse med forhandling når kommuner skal kjøpe kommunal pensjon. Likevel slik at mislykket forutgående konkurranse eller andre konkrete forhold ved den enkelte konkurranse kan berette bruk av konkurranse med forhandlinger etter FOA § 13-2 eller § 13-3.



5.6 ANSKAFFESEDOKUMENTENE

Anskaffelsesdokumentene omfatter kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Dette danner grunnlaget og rammeverket for konkurransen. Med innføring av kravet til elektronisk konkurransegjennomføring, innebærer dette at oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget jf. FOA § 14-3.

5.6.1 KONKURRANSEGRUNNLAGETS INNHOLD

Kravene til innholdet i konkurransegrunnlaget fremgår av FOA § 14-1. Nytt etter endring av anskaffelsesforskriften er at alle kontraktsvilkårene skal være en del av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, slik at det er full åpenhet om hvilke kontraktsbestemmelser som gjelder.

Merk at det er kommunen som oppdragsgiver som har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. § 14-1 siste ledd, og det er snevre rammer for endringer etter

kunngjøring. Grundighet og gode kontrollrutiner i utarbeidelsen av dokumentene er derfor viktig. Vær derfor nøye med å kontrollere at teksten er klar, utvetydig og gir den informasjonen som er nødvendig for leverandørene.

Opplysningene i konkurransegrunnlaget skal være tilstrekkelig presise til at leverandører av pensjonstjenester kan vurdere anskaffelsens karakter og omfang og vurdere om de ønsker å delta i konkurransen. Konkurransegrunnlaget skal inneholde all vesentlig informasjon for deltakelse i og gjennomføring av konkurransen, inkludert blant annet kravspesifikasjoner, absolutte krav som alle leverandører må oppfylle, kontraktsvilkårene for tjenesten, anskaffelsesprosedyren, frister, kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterier, samt tildelingskriterier med rangering eller vektning av disse. Unngå klipp og lim fra tidligere konkurransegrunnlag og kontrakter for å unngå senere uklarhet og konflikt.

Når det gjelder oppbyggingen av et konkurransegrunnlag, henvises det til eksempler til



inspirasjon på www.difi.no / www.anskaffelser.no, men husk at en tilpasning vil være nødvendig.

5.7 KUNNGJØRINGSPLIKTEN

Kunngjøringsplikten følger av FOA § 21-1. Denne forpliktelsen er grunnleggende og brudd på kunngjøringsplikten innebærer at kontraktsinngåelse vil være en ulovlig direkteanskaffelse.

Fremgangsmåten ved kunngjøringer beskrives i FOA kapittel 21.

Kunngjøringen publiseres i Doffin. Forutsatt at det er FOA del III som benyttes, skal den også publiseres på den Europeiske databasen for kunngjøringer, TED. Dette besørges av Doffin, jf. FOA § 21-1 (1). Av hensyn til likebehandling er det som hovedregel ikke adgang til annen nasjonal kunngjøring før den dagen konkurransen publiseres i TED, jf. FOA § 21-1(5).

5.8 TILBUDSFRISTER

Når kommunen skal sette frist for inngivelse av tilbud og mottak av forespørsler om å delta i konkurransen må det tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsler og tilbud. Det er ikke tillatt å sette frister som er kortere enn minimumsfristene som følger av FOA kapittel 20, men kommunene kan derimot velge å sette lengre frister der dette anses nødvendig for å gi leverandørene tilstrekkelig tid.

I åpen anbudskonkurranse er hovedregelen at fristen for mottak av tilbud skal være minst

30 dager regnet fra den dagen den alminnelige kunngjøringen sendes til TED-databasen, jf. FOA § 20-2(1). Det er imidlertid flere unntak fra dette, både som stiller krav til lengre tid og åpner for kortere tidsfrister. Dette gjelder særlig der det er publisert en veiledende kunngjøring, som gir anledning til kortere frist, mens fravær av plikten til å gi tilbud elektronisk vil forutsette en frist på 35 dager.

Beregning av tilbudsfristen tar utgangspunkt den dagen den alminnelige kunngjøringen sendes til TED-databasen, jf. FOA kapittel 20.

5.9 KVALIFIKASJONSKRAVENE

Kvalifikasjonskrav er de minimumskrav kommunen kan stille til leverandørene, og som skal sikre at leverandøren er egnet og kvalifisert til å utføre pensjonstjenestene. Kravene som stilles må stå i forhold til den tjenesten som etterspørres.

Hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles, eksempelvis til tekniske kvalifikasjoner, og leverandørens finansielle og økonomiske kapasitet, følger av FOA § 16-1 flg. Der angis også hvilken type dokumentasjon som kan avkreves for å dokumentere oppfyllelse. Manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav medfører avvisning, jf. FOA § 24-2.

5.9.1 BRUK AV EGENERKLÆRINGSSKJEMA

Nytt i anskaffelsesforskriften er at leverandørene kan gi foreløpig bevis for sine kvalifikasjoner gjennom et egenerklæringsskjema. Dette er fastsatt på Europeisk nivå, og har til formål å forenkle prosessen når det gjelder dokumentasjon for og vurdering av kvalifika-

sjoner. Skjemaet er relativt omfattende, og innebærer at leverandøren bekrefter at kvalifikasjonskravene er oppfylt og skal innehold eventuelt annen informasjon som kommunen har bedt om, jf. FOA § 17-1.

Egenerklæringsskjemaet skal fungere som foreløpig bevis for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Den praktiske konsekvensen av dette er at oppdragsgiver i åpen anbudskonkurranse kan 1) velge å utsette kvalifikasjonsvurderingen til etter tildelingsevalueringen jf. FOA § 23-1 andre ledd, og 2) innhente støttedokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene kun for den leverandøren som vinner konkurransen. Kommunen vil altså kunne ferdigstille tildelingsevaluering og deretter ta kontakt med leverandøren som er innstilt som nummer én i konkurransen for å få støttedokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.

Det er ikke adgang til fullt ut å bygge på egenerklæringens innhold, og støttedokumentasjon må innhentes for valgte leverandør, jf. FOA § 17-1 (5). Forutsatt at det viser seg at informasjonen i egenerklæringsskjemaet ikke stemmer overens med dokumentasjonen, må avvisning etter FOA § 24-2 vurderes. Likevel slik at ny forskrift § 23-5 også gir større adgang enn tidligere til ettersending av dokumentasjon.

Selv om egenerklæringsskjemaet fungerer som foreløpig bevis, kan kommunen på ethvert tidspunkt i anskaffelsen be om at støttedokumentasjonen oversendes, også før tildelingsevalueringen er gjort, jf. FOA § 17-1 (3). Dette er særlig aktuelt i begrenset anbudskonkurranse, i konkur-

ranse med forhandling hvor en ønsker å gjennomføre forhandling med bare kvalifiserte leverandører, og ellers i tilfeller hvor antall leverandører eller arbeidet som kreves i tildelingsevalueringen tilsier at kvalifikasjonsvurderingen gjøres tidligere.

Det har tidligere vært problematisert hvilken adgang oppdragsgiver har til å vektlegge kvalitet hos leverandøren i kvalifikasjonsvurdering, samtidig som kvalitet på tilbudt personell er en del av tildelingsevalueringen. Dette fordi praksis har vært nøye på å skille mellom oppdragsgivers evalueringer, og at samme forhold ikke kan vektlegges to ganger. Dette er tidligere vært løst i rettspraksis, nå kodifisert i ny forskrift § 18-1 (3).

Bestemmelsen innebærer at når leverandør skal velges basert på beste forhold mellom pris og kvalitet, kan det i tildelingsevalueringen legges vekt på den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer, forutsatt at kvaliteten på bemanningen er av «*stor betydning for utførelsen av kontrakten*», Tradisjonelt har dette vært forstått slik at det kan vektlegges når kompetanse hos personell vil ha betydning for kvaliteten på ytelsen som leveres – her pensjonstjenestene.





5.10 EVALUERING AV TILBUD OG VALG AV LEVERANDØR

I tildelingsfasen skal tilbudene evalueres og sammenlignes med utgangspunkt i de forhåndsfastsatte tildelingskriterier. FOA § 18-1 fastsetter hvilke tildelingskriterier kommunen kan benytte. I tildelingsevalueringen avgjør kommunen hvilket av de innkomne tilbudene som er det beste, basert på en vurdering av de oppsatte tildelingskriteriene.

I ny anskaffelsesforskrift er det noen endringer hva gjelder tildelingskriteriene. Tildeling skal enten skje basert på

- laveste pris,
- laveste kostnad
- beste forhold mellom pris og kvalitet

Når det gjelder *laveste pris* er tildelingen av kontrakt basert på hvilke tilbyder som har laveste pris på sine tjenester. *Lavest kostnad* skal baseres på en kostnadseffektivitetsberegning. Dette kan være en beregning av livssyklus-kostnader etter § 18-2. Livssyklus-kostnad kan innebære kostnader som oppstår i hele ytelsens levetid, inkludert samfunnsmessige kostnader som miljøbelastning, produksjonskostnad, forskning og utvikling med videre. Det antas at dette er mer praktisk for andre varer og tjenester enn for pensjonstjenester, og at det mest aktuelle alternativet for tildelingsevalueringen i denne typen konkurranser er det tredje alternativet om *beste forhold mellom pris og kvalitet*. Dette tilsvarer det tilsvarende det man tidligere kjenner som økonomisk mest fordelaktig tilbud.

Ved beste forhold mellom pris og kvalitet vil det tillegg til enten pris eller kostnad kunne legges vekt på kvalitative, miljømessige og sosiale sider ved tilbudet, så som tekniske, estetiske og funksjonelle egenskaper, tilgjengelighet, innovative egenskaper, organisering, kvalifikasjoner og erfaringer hos tilbudt personell, forutsatt at kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av pensjonstjenestene.

Generelt når det gjelder valg av tildelingskriterier, er det et krav etter at disse har en tilknytning til den pensjonstjenesten som skal leveres. De må heller ikke gi kommunen ubegrenset skjønnsfrihet i tildelings-evalueringen. Et råd i denne forbindelse er at man internt i kommunen på forhånd definerer hva som skal vektlegges under de ulike tildelingskriteriene, slik at det fremkommer klart hva som skal premieres.

Det er viktig at det fremkommer klart hvilke kriterier som vektlegges, og at hensynet til etterprøvbarehet etterleves ved at kommunen også benytter de tildelingskriteriene som angis i konkurransegrunnlaget og vurderer alle disse.

5.10.1 VEKTING AV TILDELINGSKRITERIENE

Det følger av FOA § 18-1(6) at ved valg av tilbud på grunnlag av beste forhold mellom pris og kvalitet skal oppdragsgiver angi tildelingskriterienes relative vekt. Disse kan angis innenfor et område, altså for eksempel *kvalitet mellom 30 prosent og 40 prosent*, men det er begrensninger i hvor stort det maksimale utslaget kan være. Hensynet til forutberegnelighet må her være styrende. Dersom det ikke er mulig å vekte tildelings-



kriteriene, skal de angis i prioritert rekkefølge, men vi har vanskelig for å se at det vil være aktuelt for pensjonstjenester.

Tildelingskriteriene og vektning eller rangering av disse må være en del av konkurransegrunnlaget. Dette gjelder ikke eventuelle underkriterier.

5.10.2 BEGRUNNELSE FOR VALG AV LEVERANDØR

Begrunnelsesplikten følger av FOA § 25-1, som angir følgende krav:

- Meddelelsen skal være *skriftlig* og gis *samtidig* til alle berørte leverandører
- *begrunnelse* for valget
- Meddelelsen skal angi *frist* for leverandører til å klage over beslutningen (karensperiode).

Leverandørene som har deltatt i konkurransen om levering av pensjonstjenestene skal

gjennom begrunnelsen gis informasjon om hvem som har vunnet konkurransen, og hvorfor tilbudet var det beste. Dette for å sikre etterprøvbarhet og gjennomsiktighet om de vurderinger som er gjort, og at disse stemmer overens med føringene i konkurransegrunnlaget. Kommunen skal i begrunnelsen for tildelingen opplyse navnet på tjenesteleverandøren som er tildelt kontrakten og gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene jf. FOA § 25-1 andre ledd.

Det følger av praksis, blant annet i KOFA-sak 2013/21 at «*Begrunnelsen må inneholde en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Begrunnelsen skal også være så presis og utfyllende at leverandørene kan bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar*



med anskaffelsesregelverket og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning.»

5.10.3 ANSKAFFELSESPROTOKOLL

Kommunen må føre protokoll fra konkurransen om levering av pensjonstjenester. Protokollen skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen, oppregnet i FOA § 25-5, og er bygget opp slik at den følger anskaffelsesprosessen, og skal føres fortløpende.

Protokollen skal blant annet inneholde en begrunnelse for valg av tilbud. Det vises til malene for anskaffelsesprotokoller som er utarbeidet av DIFI. Disse er tilgjengelig på www.anskaffelser.no.

Bak kravet til protokollføring ligger hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i LOA § 4 og hensynet til leverandørenes rettssikkerhet. Ved å få innsyn i anskaffelsesprotokollen, vil leverandørene kunne etterprøve oppdragsgivers beslutninger. Anskaffelsesprotokollen gjør det også mulig for myndighetene å føre kontroll med at regelverket følges.

6 KONTRAKTEN

Ved kontraktsinngåelse vil de vanlige avtale- og kontraktsrettslige regler gjelde, med unntak av normalregelen om at muntlig avtale er like bindende som skriftlig. Under anskaffelsesregelverket forutsetter kontraktsinngåelse at kontrakten er signert av begge parter.



6.1 RETTSLIGE RAMMER FOR KONTRAKTEN

Kravene til kommunal tjenstepensjonsordning fremgår av Hovedtariffavtalen innen KS-området (HTA), herunder Vedtekter for avtalefestet pensjon (AFP) og Vedtekter for Tjenstepensjonsordning (TPO).

Mellom kommunen og pensjonsinnretningen eksisterer et avtalesett bestående av tre deler: Forsikringsavtale, forsikringsvilkår og -vedtekter. Vedtektene er sammenfallende med TPO-vedtektene i HTA, slik at det ikke er mulig å fravike TPO-vedtektene gjennom forsikringsavtale i det enkelte tilfelle (leverandørnøytrale).

Pensjonskontoret fører med hjemmel i TPO-vedtektene § 16-2 (f) tilsyn med den enkelte pensjonsinnretnings avtalesett, og påser at disse er i henhold til de til enhver tid gjeldende HTA-bestemmelser.

6.2 KONTRAKTENS VARIGHET

Anskaffelsesregelverket regulerer som hovedregel ikke fasen etter kontrakten er inngått, og har heller ikke noen absolutte bestemmelser om avtalers lengde, utenom begrensningen på rammeavtaler, som maksimalt kan ha en varighet på fire år.

Klagenemnda sier dette slik i KOFA-sak 2013/66 premiss 49: «I utgangspunktet er oppdragsgivers valg av hvilken varighet en avtale skal ha, et valg som er underlagt det innkjøpsfaglige skjønn. Når det ikke er tale om en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, oppstiller ikke regelverket noen begrensninger for hvilken varighet en avtale kan ha».

Kommunen står likevel ikke fritt til å inngå kontrakt om pensjonstjenester med lang varighet. Bakgrunnen for dette er praksis fra EU-domstolen som sier at svært langvarige kontrakter kan være i strid med anskaffelsesregelverket, fordi kravet til konkurranse undergraves.

Varigheten av en kontrakt om pensjonsforsikring var gjenstand for behandling i KOFA i gebyrsak 2011/231. Til sammen løp kontrakten i åtte år, og klagenemnda uttalte at denne kontraktsperioden ikke fremstår uberettiget lang for denne typen tjeneste. Det er vanskelig å si noe eksakt om hvilke kontraktslengde – utover åtte år – som

eventuelt ville være tillatt, og dette må være gjenstand for vurdering i hvert enkelt tilfelle.

6.3 ENDRING AV KONTRAKT – BEGRENSNINGER

Kontraktsvilkårene skal angis i konkurransegrunnlaget, og må gjelde uten vesentlige endringer gjennom hele anskaffelsesprosessen. Også etter kontraktsinngåelsen er det begrensninger på hvilke endringer partene kan gjøre i kontrakten. Bakgrunnen for dette er at dersom det gjøres endringer i kontrakten, som er såpass omfattende at andre aktører ville eller kunne være interessert i å delta i konkurransen, er det i realiteten ikke lenger snakk om samme anskaffelse. Dette er nå uttrykt i anskaffelsesforskriften § 28-1 flg.

Kort oppsummert innebærer dette at kommunen ikke har adgang til å gjøre *vesentlige endringer* i kontrakten etter at den er inngått. Dette er endringer som innebærer at kontraktens økonomiske balanse endres til fordel for leverandøren, eller som gjør at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt i konkurransen, eller som i betydelig grad utvider kontraktens omfang. Skifte av leverandør vil også innebære en slik vesentlig endring.

Forbudet er likevel ikke absolutt, i den forstand at dersom det er fastsatt klare endringsklausuler som er gjort kjent i anskaffelsesdokumentene, vil kommunen innenfor rammene av disse kunne gjøre endringer, selv om de er vesentlige. Bakgrunnen for dette er at disse potensielle endringene dermed er kjent for alle leverandørene på kunngjøringstidspunktet.



7 MARKEDSSITUASJONEN PÅ OMRÅDET FOR KOMMUNAL PENSJON

7.1 NÅR ER DET EVENTUELT TILLATT Å GÅ DIREKTE TIL ÉN LEVERANDØR?

Dersom kommunen først har gjort et valg om å kjøpe tjenester eksternt, slik at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, kan det oppstå spørsmål om det er adgang til å gå direkte i forhandling med én leverandør.

Spørsmålet er aktuelt på grunn av den særlige situasjonen i leverandørmarkedet for pensjonstjenester ved at Kommunal Landspensjonskasse (KLP) per i dag er det eneste livsforsikringsforetaket med konsesjon for å levere tjenester knyttet til kommunal pensjon.

Den faktiske situasjonen kan endres over tid, og av hensyn til utredningens nytteverdi anser vi det derfor ikke som hensiktsmessig

å gjøre en konkret vurdering av om en kommune per dags dato kan gå direkte på KLP som tjenesteleverandør. Vi vil i det følgende derfor heller angi de momentene som må vurderes av den enkelte kommune når det skal gjøres en anskaffelse av kommunal pensjon, og som også vil ha betydning i vurderingen av å inngå kontrakt direkte med KLP.

Det følger av FOA § 2-3 at «Reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen.»

Forutsatt at det å levere pensjonstjenester var tildelt som en enerett, ville man altså kunne unntatt avtaleinngåelsen helt og holdent fra regelverkets anvendelsesområde. Konsesjon





som livsforsikringsforetak er imidlertid bare et uttrykk for at virksomheten oppfyller lovfastsatte krav, og dette vil kunne oppnås også av andre foretak. Det er derfor ingen direkte enerett til å drive slik virksomhet.

Når kontrakten vurderes å overstige EØS terskelverdi og dermed omfattes av FOA del III, har forskriften en bestemmelse i § 13-4 om vilkår for anskaffelse uten konkurranse. Denne sier at

«Oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom

a) anskaffelsen gjelder ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere fordi

- 1. formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller en unik kunstnerisk fremføring,*
- 2. konkurranse er umulig av tekniske årsaker eller*
- 3. leverandøren har eneretter, inkludert immaterielle rettigheter.*

Nr. 2 og 3 gjelder bare når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset konkurransegrunnlaget til en bestemt leverandør;»

Bestemmelsen gir altså hjemmel til å inngå kontrakt «uten konkurranse», forutsatt at det på grunn av tekniske grunner eller enerettigheter ikke er andre som kan levere.

Om dette sier direktiv 2014/24 at konkurranse med forhandling uten kunngjøring kan brukes («[...] hvor det fra begyndelsen er klart, at offentliggjørelse ikke vil udløse mere konkurrence eller give bedre indkøbsresultater,

ikke mindst fordi der objektivt kun er én økonomisk aktør, der kan udføre kontrakten. [...]). Der kan også være andre grunde til eksklusivitet, men kun situationer med objektiv eksklusivitet kan berettigge anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse, hvor situationen med eksklusivitet ikke er skabt af den ordregivende myndighed selv med henblik på den fremtidige udbuds-procedure.»

Det må reelt sett altså bare være én aktør som kan yte pensjonstjenestene for at unntaket skal kunne brukes.

7.1.1 NÅR KAN BARE ÉN AKTØR LEVERE?

Hovedregelen er at det skal gjennomføres kunngjort konkurranse for alle anskaffelser over den nasjonale terskelverdien. Praksis fra EU-domstolen viser at alle unntak fra regelverkets anvendelsesområde derfor skal tolkes snevert. Å gå direkte til én aktør forutsetter at kommunen kan dokumentere at det bare er én leverandør som kan levere tjenestene knyttet til kommunal pensjon. Når det gjelder «tekniske grunner» innebærer dette at det bare er én aktør som kan levere et produkt eller en tjeneste.

Når det gjelder adgangen til å gå direkte til én leverandør vil dette generelt kreve god kjennskap til markedet som tjenestene skal kjøpes i, tjenesteytelsens art og omfang og kunnskap om hvilke aktører som er i dette markedet. For tjenester over EØS terskelverdi betyr dette at hele EØS-området må tas i betraktning i vurderingen.

Dersom en kommune skal gå direkte til én leverandør av kommunal pensjon, forutsetter



dette at det er gjort undersøkelser av om andre aktører kan levere tilbud på samme tjeneste. I den sammenheng må det påpekes at det ikke er anledning til å innsnevre eller tilpasse tjenesteytelsens art eller omfang slik at bare én aktør kan levere tjenesten og dekke kommunens behov, jf. FOA § 13-4 siste setning.

Spørsmålet om flere aktører er potensielle leverandører og kan dekke oppdragsgivers behov kan i enkelte tilfeller være noe skjønnsmessig og vanskelig å få oversikt over, særlig når det omfatter hele EØS-området. Når det gjelder pensjonstjenester er det imidlertid enkelte regulatoriske forhold, særlig knyttet til kravet til konsesjon, som gjør at det bør være oversiktlig hvilke aktører som er aktuelle for oppdraget. Selv om det i og for seg ikke er noen enerett til å levere kommunal pensjon, kan den faktiske situasjonen og regulatoriske forhold likevel være slik at det rent faktisk bare er én aktør som kan yte tjenestene

som etterspørres. For eksempel fordi KLP per i dag er den eneste som kan levere disse tjenestene.

At kommunen *tror* at bare én aktør er aktuell for oppdraget, eller at det anses for å være så omfattende eller komplisert at bare én aktør er aktuell for å levere kommunal pensjon, vil ikke være tilstrekkelig. Etter vår vurdering er det heller ikke avgjørende at bare én har konsesjon for livsforsikringsvirksomhet med kommunal pensjon, dersom andre aktører har søkt Finanstilsynet og kan oppnå konsesjon innenfor tidsrammen hvor konkurranse kan gjennomføres, før kontrakt inngås. Dette bør derfor undersøkes.

Det gjøres også oppmerksom på at markedet kan endres over tid. Dersom for eksempel interkommunale pensjonskasser skulle ha anledning til å tilby kommunal pensjon på linje med KLP til eksterne kommuner, og egenregiinntaket ikke kommer til anvendelse,

vil anskaffelsesforskriften ikke gi anledning til å gå direkte på én av leverandørene.

Forutsatt at det skal gjøres unntak fra kravet til konkurranse er det tilrådelig å dokumentere grunnlaget for at vilkårene i FOA er oppfylt. I den grad det oppstår spørsmål etter kontraktens inngåelse om det var hjemmelsgrunnlag for direkteanskaffelsen, er det derfor sentralt at gjør en skriftlig nedtegnelse av sin vurdering av unntaket og de undersøkelser som er gjort. Dette er tilrådelig også fordi det vil fremtvinge en vurdering hos kommunen av om vilkårene for unntaket er oppfylt.

For kommuner som mener at vilkårene for å gå direkte til én aktør er oppfylt, bør det i tillegg til ovennevnte vurdering og dokumentasjon også vurderes å publisere en intensjonskunngjøring etter FOA § 21-5 for å begrense risikoen for sanksjoner. Dette gjøres

av mange kommuner allerede, og innebærer at kommunen kunngjør intensjonen om å inngå kontrakt og at eventuelle innsigelser må inngis innen 10 dager etter kunngjøringen.

Endelig vil vi gjøre oppmerksom på at selv om vilkårene for å gå direkte til én aktør skulle komme til anvendelse, betyr ikke dette at det er anledning til å inngå en langvarig eller tidsubestemt kontrakt om tjenesteytelsen.

8 SAMMENSLÅING AV KOMMUNER – BETYDNING FOR KOMMUNAL PENSJON

Vi skal i det følgende vurdere situasjonen der to eller flere kommuner velger å slå seg sammen, og hvor det i den forbindelse skal gjøres et valg når det gjelder løsning for kommunal pensjon, enten som egen pensjonskasse eller gjennom kjøp fra livsforsikringsforetak.

Her vil situasjonen før sammenslåingen kunne være at 1) enkelte kommuner har en egen pensjonskasseløsning, mens andre bruker livsforsikringsforetak, 2) samtlige bruker livsforsikringsforetak, og 3) samtlige har eksisterende pensjonskasseløsning og ønsker å fortsette med dette i én pensjonskasse. Det sentrale er likevel valget av løsning frem i tid, og det er dette som er avgjørende for hvilke prosedyrer som må følges.

Når kommuner slås sammen kan det, avhengig av de faktiske forhold, dannes en ny juridisk enhet. Samtidig vil antallet ansatte som omfattes av kommunal pensjon og andre faktiske forhold også endres. Vi forutsetter i det følgende at den sammenslåtte kommunen ønsker å ha én felles løsning for kommunal pensjon. Dette vil kunne gi enkelte anskaf-





felsesrettslige problemstillinger. Notatet skal vurdere i hvilken grad kommunen kan tre inn i eksisterende løsninger, og i hvilken grad det er nødvendig å gjennomføre nye konkurranser. Det forutsettes i det følgende at det er et marked for levering av pensjonstjenester med flere aktører, og at det altså ikke er adgang til å gå direkte på én leverandør.

8.1 ADGANG TIL Å TRE INN I EKSISTERENDE ORDNINGER

8.1.1 KOMMUNEN ØNSKER EGEN PENSJONSKASSE – EGENREGI

Et anskaffelsesrettslig spørsmål som oppstår ved sammenslåing av kommuner vil være hvilken mulighet de sammenslåtte kommunene har til å tre inn i eksisterende ordninger for pensjon. Enten ved å opprette ny pensjonskasse, tre inn i en av de tidligere kommunenes pensjonskasse, eller inntreden i interkommunal pensjonskasse.

Den nye kommunen kan benytte en løsning med egen pensjonskasse, såfremt vilkårene for utvidet egenregi til kontroll og omsetning i pensjonskassen er oppfylt. Dette vil også reise pensjonsrettslige spørsmål om inntreden og overføringer, som faller utenfor vårt mandat.

8.1.2 INNTREDEN I EKSISTERENDE KONTRAKT MED LIVSFORSIKRINGSFORETAK

I den grad kommunen ønsker å kjøpe tjenestene eksternt, vil hovedregelen som nevnt være at kontrakt må inngås basert på anskaffelsesregelverket. Teoretisk vil det kunne oppstå spørsmål om den nye sammenslåtte kommunen kan tre inn i eksisterende

kontrakter med livsforsikringsforetak (for eksempel fordi en av de tidligere kommunene har hatt en kontrakt med vilkår som vil være av interesse også for den nye enheten).

Dette er et spørsmål om endringene av kontrakten vil være såpass omfattende at anskaffelsesregelverket vil kreve at det uansett lyses ut ny konkurranse om tjenesten. Dette beror på en vurdering av om inntreden i den eksisterende avtalen medfører *vesentlige endringer* av kontrakten. Hva som utgjør en vesentlig endring er tidligere basert på rettspraksis fra EU-domstolen, nå kodifisert i ny forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 28.

En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten eller rammeavtalen blir avgjørende forskjellig fra den opprinnelige kontrakten eller rammeavtalen. Praksis viser at inngåelse av en kontrakt som har et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort i anskaffelsesprosessen, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Forutsatt at det gjøres vesentlige endringer i eksisterende kontrakt, vil det således være krav om ny kunngjøring og konkurranse om pensjonstjenestene jf. FOA § 28-2.

I relasjon til problemstillingen nevnt over, er det særlig relevant ved inntreden i eksisterende kontrakt at endringen er vesentlig dersom den «c) *utvider kontraktens eller rammeavtalens omfang betydelig*», jf. § 28-2, og alternativ a om at dersom det «gjelder nye betingelser som, hvis de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten eller rammeavtalen til en annen leverandør».



Forutsatt at andre leverandører ville kunne eller være interessert i å levere tilbud i konkurransen eller kunne blitt tildelt kontrakten dersom endringene av kontrakten var implementert i den opprinnelige anskaffelsesprosessen, vil dette således være å anse som vesentlige endringer av kontrakten.

Spørsmålet om endringen er vesentlig må gjøres konkret i hvert tilfelle hvor dette eventuelt skulle bli aktuelt. Uansett vil det medføre endringer i realytelsen, ved at antall personer som er berettiget under pensjonsordningen øker, størrelsen på forvaltningskapitalen øker, kontraktens omfang når det gjelder tjenesteytelser øker og, kontraktens verdi økes med videre.

Etter vår vurdering vil det være nærliggende at en sammenslått kommunes inntreden i eksisterende avtale, med de faktiske endringer dette medfører for tjenesteytelsen, vil være av en slik karakter og omfang at det må anses som vesentlig og dermed forutsette en ny konkurranse. Vi legger i denne sammenheng vekt på at andre aktører vil kunne ha vært interessert i kontrakten og deltatt i en konkurranse om en større

tjenesteytelse, hvilket tilsier at endringen er vesentlig. Det må likevel gjøres en konkret vurdering i hvert tilfelle av hvor store endringene er. For eksempel der hvor en liten kommune innlemmes i en større, slik at den reelle endringen i kontraktens omfang må anses som liten, vil det etter omstendighetene kunne være slik at endringen ikke må anses som vesentlig.

Forutsatt at kontraktens verdi i seg selv går fra å være under EØS terskelverdi, og til å overstige EØS terskelverdi, vil det også kreves en ny konkurranse om levering av tjenesten.

8.2 KONKURRANSE SOM VIRKEMIDDEL FOR Å FINNE BESTE LØSNING FOR KOMMUNAL PENSJON

I forbindelse med sammenslåingen av kommuner hvor enkelte har hatt pensjonskasse og andre har hatt livsforsikringsforetak, vil det kunne oppstå spørsmål om hvilken løsning som best lønner seg for kommunen.

Vi er bedt om å vurdere muligheten til å bruke konkurranse etter anskaffelsesregelverket som et virkemiddel for å vurdere alternative



pensjonsløsninger. En slik konkurranse vil eventuelt være for å «teste markedet» og se om det er egen pensjonskasse eller en ekstern løsning som vil være det økonomisk mest fordelaktige for kommunen.

Spørsmålet antas å være mest praktisk i de tilfellene hvor den sammenslåtte kommunen står mellom å videreføre egen pensjonskasse, eller å kjøpe tjenester eksternt. Da vil eksterne leverandører inngi tilbud som deretter sammenlignes med eksisterende ordning.

Det kan også tenkes at en slik «markedstest» også åpner for at eksisterende pensjonskasse leverer inn tilbud basert på den nye kommunens forvaltningskapital, antallet pensjonsberettigede med videre i konkurranse med eksterne livsforsikringsforetaker.

Spørsmålet er om konkurranse kan benyttes som virkemiddel for å vurdere om kommunens eksisterende ordning skal erstattes, og hvilke forpliktelser som pålegger oppdragsgiver i forbindelse med gjennomføringen av en eventuell konkurranse for å ivareta forutberegnelighet for leverandørene som inngir tilbud og unngå økonomisk ansvar for oppdragsgiver.

Etter vår vurdering kan det i og for seg kunngjøres en konkurranse for å teste markedet. Ulempen kan imidlertid være at leverandørene av hensyn til egne kostnader og faren for avlysning ikke opplever konkurransen som reell, og dermed ikke ønsker å delta. Det forutsettes likevel at det tas forholdsregler for å unngå at konkurransen eller utfallet av denne vil bryte med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene og utløse krav om erstatning fordi tilbyderne i realiteten

har gått inn i konkurransen på uriktige premisser. Se Marianne Dragstens bok Regelverk, praksis og løsninger side 714.

Dette gjelder særlig risikoen dersom oppdragsgiver avlyser konkurransen, for eksempel fordi tildelingsevalueringen viser at eksisterende pensjonskasseløsning er det økonomisk mest fordelaktige, og at det ikke er ønskelig å tildele kontrakt til noen som har deltatt i konkurransen.

Anskaffelsesrettslig oppstår det her spørsmål om det vil foreligge saklig grunn for avlysning. Om disse situasjonene uttaler forarbeidene til tidligere anskaffelsesforskrift at *«Også ved avlysning av en konkurranse stilles det krav om forretningsmessighet. Er avlysningen av konkurransen korrekt ut fra en rent forretningsmessig synsvinkel vil den gjennomgående heller ikke være i strid med regelverket. Dersom avlysningen skyldes forhold som ligger utenfor oppdragsgivers rekkevidde vil den stort sett være forretningsmessig. Motsatt vil en avlysning gjennomgående ikke være forretningsmessig dersom den skyldes forhold som oppdragsgiver kjente til eller burde tatt i betraktning ved planleggingen av anskaffelsesprosessen. Det vil følgelig ikke være adgang til å lyse ut en kontrakt for å «teste» markedet, avlyse konkurransen, for deretter å gjøre oppdraget i egen regi.»* Les mer om dette i NOU 1997:21 kapittel 21, kommentarer til formålsbestemmelsen.

Høyesterett vurderte en slik situasjon i sak Rt. 2001 s. 473 *Concord* hvor Kjæremålsutvalget uttaler at *«kravet om forutberegnelighet må anses som en del av saklighetskravet i anskaffelsesloven § 4 annet ledd, og at det først og fremst refererer seg til at*

regelverket for tilbudskonkurranser må følges, både skrevne regler og de som kan utledes av det alminnelige krav til lojalitet i avtaleforhold. Dette vil ramme tilbudskonkurranser som ikke fullt ut er reelle, men som eksempelvis bare har til hensikt å «teste markedet». Men det innebærer etter utvalgets syn ikke at en avlysning av tilbudskonkurransen uansett må settes til side dersom begrunnelsen er at tilbyderer først i ettertid finner å ville gjennomføre anskaffelsen i egen regi. Det sentrale må være om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, slik lagmannsretten også har lagt til grunn.»

Utgangspunktet er således at det ikke er saklig grunn for avlysning at markedstesten viser at det lønner seg bedre å gjøre noe i egen regi. Hovedregelen må likevel være at spørsmålet om egen regi vs. ekstern løsning bør vurderes i forkant av en eventuell konkurranseutsetting.

Samtidig vil ikke oppdragsgiver kunne forbeholde seg en større rett til avlysning enn det anskaffelsesforskriften gir grunnlag for, slik at kravet til saklig grunn settes til side, jf. KOFA-sak 2007/71.

Både forarbeidene og Concord-avgjørelsen synes å omtale situasjoner hvor oppdragsgiver etter å ha satt i gang en konkurranse, velger å avlyse fordi utførelse i egen regi likevel synes bedre, men uten at denne risikoen er kommunisert på forhånd. Vi kjenner ikke til praksis hvor oppdragsgiver klart har kommunisert at det utføres en markedstest og risiko for avlysning. Hvordan dette vil bli vurdert i en domstolsprosess er således usikkert.

Kravet til forutberegnelighet står imidlertid sentralt i vurderingen av avlysningsadgangen og eventuell erstatningskrav i den forbindelse. Etter vår vurdering vil risikoen for krav om erstatning være mindre dersom oppdragsgiver ikke bare sørger for å opplyse om at konkurransen vil kunne avlyses, men at det også spesifiseres hvilke situasjoner hvor oppdragsgiver vil avlyse konkurransen.

Dette finner vi støtte for hos Dragsten, som skriver at utgangspunktet er at egenregi må vurderes før konkurranse utlyses men at «skal oppdragsgiveren kunne avlyse konkurransen erstatningsfritt i et slik tilfelle, må oppdragsgiveren i konkurransegrunnlaget ha opplyst om muligheten for avlysning og angitt forutsetningene som må være oppfylt for at det skal inngås kontrakt med en ekstern leverandør.». Se også Marianne Dragstens Regelverk, praksis og løsninger side 714.

8.2.1 HVILKE FORUTSETNINGER MÅ TAS FOR Å REDUSERE RISIKOEN FOR ANSVAR?

For det første forutsetter en konkurranse for å teste markedet at det klart og tydelig kommuniseres til leverandørene hvilke forutsetninger som ligger til grunn for konkurransen, og valg av endelig løsning, slik at det sikres god forutberegnelighet. Det vil ellers være problematisk dersom leverandørene går inn i en konkurranse hvor det er kommunisert at det skal velges en leverandør, men hvor kommunen i utgangspunktet bare ønsker å få vurdert om eksisterende ordning holder mål.

I kommunikasjonen må det inngå informasjon om hva som er formålet med konkurransen, åpenhet om hvordan den vil gjennomføres,



hvilke parametre som vil ligge til grunn i vurderingen av hva som er den foretrukne løsningen, og potensielle utfall av konkurransen med videre. Det sentrale er at leverandørene får utfyllende kunnskap om hvilke forutsetninger som gjelder for konkurransen, slik at de på egen hånd kan vurdere om kostnaden ved å delta samsvarer med risikoen.

Forutsatt at kommunen anser avlysning som et potensielt utfall av konkurransen, vil det ikke anses tilstrekkelig for å unngå eventuell erstatningsplikt at det alene er opplyst om at konkurransen vil kunne avlyses, eller at det tas et generelt forbehold om retten til å avlyse. Det må opplyses om hvilke situasjoner hvor avlysning vil kunne være utfallet og premissene for dette. Samtidig må det i selve konkurransen sørges for at en eventuell avlysning skjer så fort dette er avklart at vil bli utfallet.

Dette utelukker ikke nødvendigvis risikoen for erstatningskrav, men vil etter vår vurdering redusere denne.

Forutsatt at en eksisterende pensjonskasse etablert av en av de sammenslåtte kommunene skal delta i konkurransen, er det viktig å sørge for at kommunen og pensjonskassen opptrer helt uavhengig og at sistnevnte ikke gis informasjon eller andre fordeler på grunn av sin tidligere posisjon. Også her er informasjonsflyten avgjørende, ved at oppdragsgiver i størst mulig grad søker å utjevne den fordel som eventuelt måtte ligge hos eksisterende pensjonskasse hva gjelder tilgang på informasjon. Dette kan gjøres ved å sørge for utfyllende informasjon i konkurransegrunnlaget.

9 KJØP GJENNOM INTERKOMMUNAL PENSJONSKASSE

9.1 FORHOLDET TIL REGLENE OM UTVIDET EGENREGI

Flere kommuner kan sammen etablere en interkommunal pensjonskasse hvor kommunal pensjon til den enkelte kommune leveres av den felles pensjonskassen, jf. forsikrings- virksomhetsloven § 2-2.

Kjøp av tjenestene vil falle utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde, forutsatt at pensjonskassen oppfyller kravene til utvidet egenregi, jf. FOA § 3-1. Spørsmålet er hvilke føringer anskaffelsesreglene legger på utformingen av den interkommunale pensjonskassen og dets virksomhet, samt oppdragsgiverens innflytelse i pensjonskassen.

Praksis setter opp tre vilkår for at et tjenestekjøp kan anses som utvidet egenregi, slik at kunngjøring og konkurranseutsetting i samsvar med anskaffelsesregelverket ikke vil være nødvendig.

9.2 KONTROLLVILKÅRET

Kontrollvilkåret innebærer at kommunen må utøve en kontroll over [rettssubjektet] som svarer til den kontroll han utøver over sin egen virksomhet, jf. FOA § 3-1 første ledd a. Dette er oppfylt når kommunen utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som kommunen kontrollerer på samme måte.

Senere rettspraksis har utdypet dette, og har også åpnet for at det ikke bare er oppdragsgiveren som skal kjøpe tjenesten som kan utøve kontroll, men at dette også kan utøves av flere oppdragsgiver i fellesskap, jf. FOA § 3-2.

Det er ikke hensiktsmessig, og heller ikke innenfor vårt mandat, å gjøre en generell vurdering av om kommunale pensjonskasser oppfyller kontrollkriteriet. Dette vil avhenge av forholdene for den enkelte pensjonskasse. Vi vil i det følgende derfor angi de forholdene som er av betydning i vurderingen, og som dermed må hensyntas av kommuner som benytter pensjonskassers tjenester i egenregi.

Et sentralt utgangspunkt er hvilken *eierandel* oppdragsgiverne har i enheten som leverer tjenestene. Tatt i betraktning at pensjonskasser er selveiende institusjoner, er det imidlertid ikke et direkte eierskap i form av andeler eller aksjer i pensjonskassen som kan hensyntas i vurdering av kontroll. Det er likevel ikke utelukket at kommunene på annet grunnlag enn eierskap i tjenesteytende enhet vil kunne ha tilstrekkelig kontroll. Dette framgår av Fornyings- og administrasjonsdepartementets fortolkningsuttalelse 09.09.10 om PETRAD.

Dessuten vil det kunne legges vekt på at selv om en pensjonskasse er selveiende, har deltakerne i pensjonskassen på sentrale punkter samme funksjoner som en eier; de skyter inn egenkapital når dette er nødvendig og får tilbakebetal egenkapitalen ved avvikling, og deltar i styringen av pensjonskassen.



Det sentrale i kontrollvurderingen er om kommunene samlet sett, se sak C-324/07 Coditel Brabant SPRL mot Commune of Uccle and Région de Bruxelles Capitale, har avgjørende innflytelse både på strategiske valg og viktige beslutninger i pensjonskassen. Det må i den sammenheng ses hen til både regulatoriske forhold og andre omstendigheter av betydning for kommunenes innflytelse i pensjonskassen. Se sak C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*. Derfor vil både relevant lovgivning, vedtektene og kontraktsmessige status være av interesse.

Hvilken innflytelse oppdragsgiverne har i pensjonskassens besluttende organer, vil være av betydning. Forutsatt at besluttende organer består av representanter for oppdragsgiverne, vil det tilsi at kontrollvilkåret er oppfylt for alle oppdragsgiverne, selv om beslutninger kan fattes med majoritetsvedtak.

Felles kontroll jf. FOA § 3-2 er oppfylt når det kontrollerte rettssubjektets (den interkommunale pensjonskassen) styrende organer er sammensatt av representanter for alle oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle kommunene. Samtidig må oppdragsgiverne i fellesskap utøve bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger, og det kontrollerte rettssubjektet kan ikke forfølge interesser som er i strid med oppdragsgivernes interesser.

Som en del av kontrollvurderingen er det altså lagt vekt på i hvilken grad tjenesteyteren kan opptre uavhengig av sin oppdragsgiver, og om dets styrende organer har omfattende

myndighet og selvstendighet uavhengig av oppdragsgiveren. (Se sak C-458/03 *Parking Brixen*.) Herunder om vedtektene gir de styrende organer stor selvstendighet når det gjelder driften.

Til tross for en viss selvstendighet vil kommunene likevel kunne føre en kontroll med tjenesteyteren som svarer til den kontroll kommunene fører med egne organer, (se sak C-324/07 *Coditel Brabant*, premiss 37 flg), dersom tjenesteyteren ikke kan forfølge et formål uavhengig av dets eiere, når tjenesteyteren er stiftet for og etter vedtektene skal utføre en oppgave i kommunal interesse, og ikke for private, kommersielle interesser, og at det ikke forfølger en interesse som er forskjellig fra den oppgaven som er tildelt fra de offentlige oppdragsgiverne.

Det er basert på disse elementene at kontrollvurderingen må gjøres. Vi vil i følgende punkt si noe om hva kommuner som skal etablere eller tre inn i kommunal pensjonskasse må være oppmerksom på når det gjelder kontrollkriteriet.

9.2.1 KONTROLLKRITERIET – HVA BØR OPPDRAGSGIVER TA HENSYN TIL?

Når det gjelder representasjon i besluttende organer, følger det av finansforetaksloven § 8-4 at pensjonskassen skal ha minst fem styremedlemmer. Samtidig skal styret i en pensjonskasse ha minst ett medlem uten annen tilknytning til arbeidsgiver, foretak eller forening med pensjonsordning i pensjonskassen, samt ett medlem som representerer medlemmer, herunder pensjonister, i pensjonsordningen i pensjonskassen. Dermed må det være minst to medlemmer som



ikke kan anses å være representanter for oppdragsgiverne.

Ut over dette er det fritt i vedtektene til å fastsette antall medlemmer i styret. Kontrollkriteriet tilsier at styret bør ha et slikt antall medlemmer og en slik sammensetning at kommunenes representasjon overstiger de «utenforstående» medlemmene og samlet har flertallet i styret.

Pensjonskassen kan ha en generalforsamling, som vil bestå av kommunene som deltar i pensjonskassen.

Tatt i betraktning kravet til representasjon i besluttede organer, bør styremedlemmene enten gjennom direkte representasjon for hver deltakende kommune, eller som fellesrepresentanter valgt av generalforsamlingen, representere alle kommunene. Etter vår vurdering kan det derfor vurderes å ha en generalforsamling i pensjonskassen som kan velge representanter for styret og dermed innvirke på pensjonskassens besluttede organer.

Pensjonskassen og dets styre skal være rettslig adskilt og uavhengig av de deltakende kommuner, som innebærer en viss grad av selvstendighet for besluttede organer. I samsvar med ovennevnte praksis bør vedtektene og formålsbestemmelsen gjenspeile at pensjonskassen skal rette sin virksomhet inn mot å yte kommunal pensjon for sine deltakende kommuner (som i og for seg også vil følge av loven), at det skal forfølge formål i samsvar med kommunenes interesser, og ikke søke kommersielle formål.

Pensjonskontoret har særlig etterspurt retningslinjer for hvor mange kommuner som kan være deltaker i pensjonskassen, uten at dette går ut over kontrollen. (Dette er en problemstilling som særlig stilles i tilfeller hvor en oppdragsgiver har veldig liten eierandel i et tjenesteytende selskap, noe som ikke vil være aktuelt her, da kommunene ikke har noe formelt eierskap i pensjonskassen.)

Det er etter vår vurdering ikke noe hinder for at interkommunale pensjonskasser tar opp nye deltakere. Kontroll vil kunne utøves av deltakerne samlet, og det er den felles kontroll i pensjonskassen som avgjør om kontrollvilkåret er oppfylt.

Samtidig vil det kunne tenkes tilfeller der den kommunen som velger å delta i pensjonskassen har så liten grad av innflytelse at det ikke kan sies å ha kontroll. Dette må være gjenstand for vurdering i hvert enkelt tilfelle, og praksis gir ikke klare føringer for når den enkeltes innflytelse vil være for liten. Likevel slik at manglende representasjon i styret eller andre organer i pensjonskassen vil innebære at kontrollkriteriet ikke er oppfylt for denne enheten.



Det sentrale mål etter vår vurdering derfor være at den samlede kontrollen som utøves, gjennom styrerepresentasjon, vedtekter, formålsangivelse og pensjonskassens virksomhet, samlet tilsier at det utøves felles kontroll, og det er disse faktiske forholdene i den enkelte pensjonskasse som må være styrende når det vurderes om egenregi-unntaket kan anses oppfylt.

9.3 OMSETNINGSVILKÅRET – BEGRENSNINGER FOR UTADRETTET VIRKSOMHET

Omsetningsvilkåret, også kalt aktivitetsvilkåret, setter begrensninger på graden av utadrettet virksomhet som kan drives i pensjonskassen.

Bakgrunnen for omsetningsvilkåret er hensynet til konkurransen i det åpne markedet. Dersom et rettssubjekt i egenregi tildeles kontrakter fra offentlige enheter uten at det er utsatt for konkurranse, og samtidig opptrer som en konkurrent i et konkurranse-utsatt marked, vil det kunne få en konkurransefordel sammenlignet med private aktører. Derfor er det lagt begrensninger på i hvor stor grad egenregiforetaket kan drive utadrettet virksomhet.

Når det gjelder de nærmere grensene for hvor stor grad av omsetning egenregiforetaket kan ha til andre enn sine kontrollerende enheter, følger det av FOA § 3-1 og § 3-2 at egenregiforetaket må utføre mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer.

9.3.1 PENSJONSKASSENES OMSETNING

Spørsmål omkring omsetningskriteriets oppfyllelse vil være knyttet til pensjonskassenes eventuelle utadrettede virksomhet. Rent regulatorisk vil dette være begrenset av at interkommunale pensjonskasser driver med kommunal pensjon. Basert på forarbeidenes uttalelser om adgangen til å opprette interkommunale pensjonskasser for to eller flere kommuner, antas det også å være regulatoriske hindre for at det åpnes for deltakere i pensjonskassen annet enn for kommuner og enheter kontrollert av disse. Se Ot.prp. nr. 68 (2004-2005) punkt 4.4.4.

For interkommunale pensjonskasser vil problemstillingen knyttet til omsetningsvilkåret derfor kunne oppstå i følgende tilfelle: En kommune lyser ut konkurranse om pensjonstjenester hvor det er åpnet for alternative løsninger og hvor pensjonskasser kan inngi tilbud. Den interkommunale pensjonskassen inngir tilbud, og tildeles kontrakt.

Forutsatt at kontrakt tildeles må den nye kommunen innlemmes i vedtektene og vedtektsendringen godkjennes av Finanstilsynet. Dette vil nødvendigvis ta tid og forutsette at det tas forbehold om godkjenning i tilbudet. Avhengig av de faktiske forholdene for den nye deltakeren, vil kontrollkriteriet ikke nødvendigvis være oppfylt dersom enheten ikke er med og utøver felles kontroll gjennom besluttende organer. Dermed kan omsetningen anses relatert til en ikke kontrollerende enhet, og må regnes som en del av ekstern omsetning.

I disse tilfellene må pensjonskassen være oppmerksom på og ta hensyn til at omset-



ningen knyttet til den eksterne enheten ikke overstiger de lovlige grensene, og dermed være til hinder for egenregiinntakets anvendelse også for de kontrollerende enhetene.

Dette er en løpende vurdering av omsetningen i pensjonskassen, uavhengig av hva som gjaldt på tidspunktet for etableringen. Det er således ikke stengt for at pensjonskassen kan påta seg oppdrag også til andre enn de kontrollerende enheter, men dette forutsetter at det er en løpende kontroll og oppmerksomhet omkring det at omsetningskravene rent faktisk holdes under de angitte grenser.

Når det gjelder beregningen av omsetning knyttet til andre enn de kontrollerende enheter er dette regulert i FOA § 3-4 som legger til grunn en beregning basert på de siste tre år. Etter det vi har fått opplyst fra Pensjonskontoret, er det liten eller ingen grad av omsetning utenfor de eksisterende pensjonskassene, og vi går derfor ikke nærmere inn på dette vilkåret.

9.4 BEGRENSNINGEN PÅ PRIVAT INNFLYTELSE

Et tredje krav er at den tjenesteytende enheten – her pensjonskassen – for å oppfylle kravene til utvidet egenregi – ikke kan ha privat eierskap, jf. FOA § 3-1 første ledd bokstav c, § 3-2 første ledd bokstav c. Bakgrunnen for dette er at disse private interessentene ellers vil kunne få en konkurransefordel ved at de har tilgang til kontrakter som inngås utenom konkurranse, og kan bruke dette til sin fordel i det private markedet hvor aktøren også opptrer, for eksempel gjennom krysssubsidiering.

9.4.1 KOMMERSIELLE AKTØRER MED KOMMUNAL PENSJON I INTERKOMMUNALE PENSJONSKASSER?

Pensjonskontoret ønsker i denne forbindelse å få vurdert muligheten for at selskaper/ enheter, det være seg private eller offentlige, som driver kommersiell virksomhet, men som har kommunal pensjon, kan være deltaker i en interkommunal pensjonskasse, uten at dette går ut over egenregivurderingen.





Når det gjelder interkommunale pensjonskasser følger det av forsikringsvirksomhetsloven § 2-2 andre ledd at «*To eller flere kommuner kan avtale å ha sine pensjonsordninger i samme pensjonskasse (interkommunal pensjonskasse).*» Som det følger av ordlyden er altså utgangspunktet at det er to eller flere kommuner som kan omfattes av den interkommunale pensjonskassen.

I NOU 2004: 24 - Pensjonskasselovgivning. Konsolidert forsikringslov heter det om denne bestemmelsen at:

«Annet ledd fastsetter at flere kommuner (og/eller fylkeskommuner) kan gå sammen om å etablere felles kommunal pensjonsordning i en pensjonskasse (interkommunal pensjonskasse). (...) Foretak og andre kommunale arbeidsgivere som inngår i konsernlignende forhold med en kommune som inngår i en interkommunal pensjonskasse, vil også kunne omfattes av denne pensjonskassen (...). Dette gjelder selv om foretaket har en ytelsesbasert eller innskuddsbasert «privat» pensjonsordning, se alminnelige motiver Del I avsnitt 8.3.1 (2)2». (vår understreking).

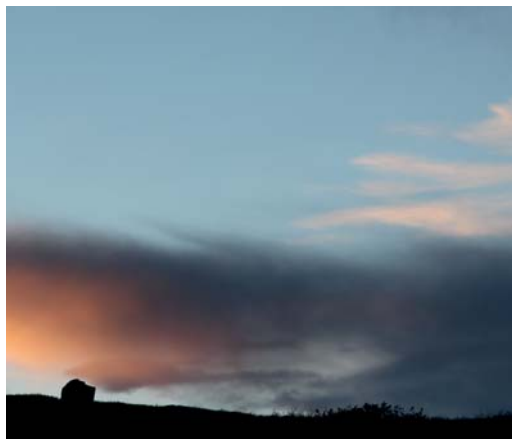
Om foretak med kommunal pensjon lovlig kan innlemmes som en del av en interkommunal pensjonskasse antas derfor å reise *pensjonsrettslige* spørsmål under forsikringsvirksomhetsloven, herunder om de står i et konsernlignende forhold og hvor grensene for dette skal settes. Dette spørsmålet omfattes ikke av vårt mandat og vil måtte vurderes særskilt for den enkelte enhet som eventuelt skal kjøpe tjenester fra den interkommunale pensjonskassen.

Rent *anskaffelsesrettslig* oppstår spørsmålet om deltakerens kommersielle karakter vil kunne være til hinder for at egenregi-unntaket gis anvendelse. Når det gjelder interkommunale pensjonskasser er det spørsmål om disse kan levere tjenester til kommersielle aktører som har kommunal pensjon, eller om dette vil være forhindret på bakgrunn av begrensningen mot privat, kommersiell kapital i egenregiforetaket.

I denne sammenhengen vil vi påpeke at omsetningsvilkåret i og for seg ikke er til hinder for at en viss andel av den interkommunale pensjonskassens tjenester ytes til enheter som ikke har kontroll i pensjonskassen. Som utgangspunkt vil en kommersiell aktør, forutsatt at dette pensjonsrettslig er tillatt, således kunne kjøpe tjenester fra den interkommunale pensjonskassen, så lenge dette er innenfor omsetningsvilkårets betingelser.

Samtidig er det regulatoriske forhold som likevel innebærer at spørsmålet om privat kapital ikke kan utelukkes som en problemstilling. Deltakeren i pensjonskassen må innlemmes i vedtektene i pensjonskassen og godkjennes av Finanstilsynet. Spørsmålet er om dette innebærer at forbudet mot privat kapital på eiersiden i egenregiforetaket (pensjonskassen) kommer til anvendelse, og således vil være til hinder for at unntaket for egenregi kommer til anvendelse på den interkommunale pensjonskassen.

Som nevnt har EU-domstolen relativt klart avstengt for privat kapital på eiersiden i den kontrollerte enheten (her den interkommunale pensjonskassen), og dette følger nå av FOA § 3-1 og § 3-2 som sier at direkte privat



kapital ikke vil være tillatt for at unntaket skal komme til anvendelse. Bakgrunnen for dette er at egenregiunntaket først og fremst skal gjelde for tjenesteytelser i samarbeid mellom offentlige aktører, og at private aktører som er eiere i kontrollerte enheter som tildeles kontrakter uten konkurranse vil kunne få en konkurransefordel sammenlignet med sine konkurrenter. Dette fordi den private eieren kan foreta kryssubsidiering mellom inntekter fra kontrakter i egenregiforetaket, tildelt uten konkurranse, og kontrakter som inngås i et konkurranseutsatt marked, og dermed kunne gi bedre tilbud og vinne flere kontrakter i konkurranse med andre aktører.

Når det gjelder kommersielle aktører som kjøper tjenester fra den interkommunale pensjonskassen vil disse ikke ha en kapitalandel eller eierskap i tradisjonell forstand gjennom andeler i et selskap, men være deltakere og innlemmes i vedtektene. Det vil således være i en slags «eierposisjon», men antas som hovedregel ikke å ha økonomisk interesse i at den interkommunale pensjonskassen tildeles kontrakter uten konkurranse.

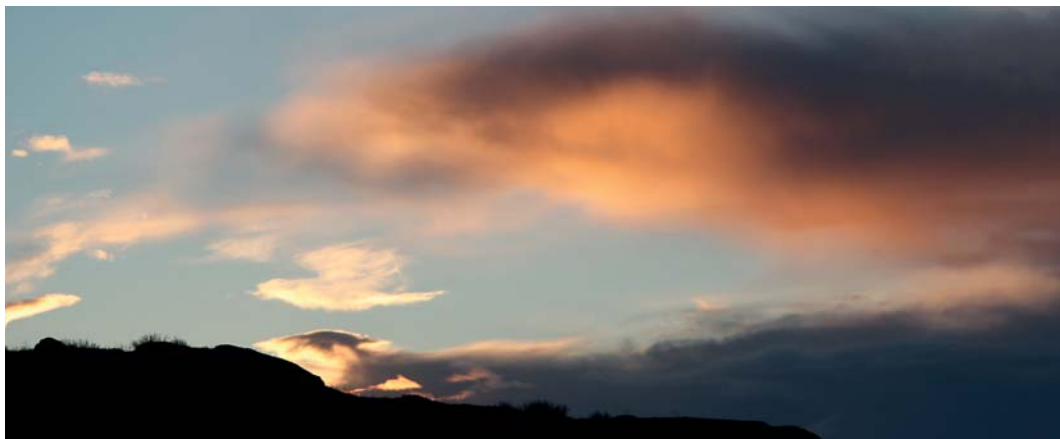
Bakgrunnen for dette er at det kommersielle foretaket ikke opptrer som tjenesteyter innenfor pensjonstjenester i et konkurranseutsatt marked, og dermed ikke oppnår konkurransefordeler ved at kontrakter tildeles pensjonskassen uten konkurranse.

Realiteten synes snarere å være at foretaket som kjøper av kommunal pensjon fra den interkommunale pensjonskassen, til tross for sin deltakerrolle, må ses som en ren tjenestemottaker, ikke en eier som nyter godt av pensjonskassens egenregikontrakter. Hensynene bak forbudet mot privat kapital i egenregiforetak vil etter vår vurdering således ikke fullt ut gjøre seg gjeldende. Dette forutsetter likevel at forsikringsvirksomhetsloven tillater innlemmelsen, at det kommersielle foretaket ikke vil oppnå en konkurransefordel ved deltakelsen, og at det ikke gis kontroll i egenregiforetaket.

10 INTERKOMMUNAL PENSJONSKASSE SOM OFFENTLIG – OFFENTLIG SAMARBEID

Vi har i punkt 8 behandlet enkelte spørsmål knyttet til kjøp av kommunal pensjon og adgangen til å unnta kontrakter fra anskaffelsesreglene etter reglene om egenregi. Dette gjelder de såkalte vertikale, institusjonaliserte løsningene for utføring av tjenester ved bruk av organer kontrollert av oppdragsgiver enten alene eller i fellesskap med andre.

Et annet unntak fra anskaffelsesregelverket vil være det såkalte offentlige-offentlige samarbeid. Dette følger av FOA § 3-3. Unntaket for offentlig-offentlig samarbeid tar sikte på kontrakter mellom flere offentlige oppdragsgiver for felles utførelse av offentlige oppgaver



i en samarbeidsrelasjon, og hvor oppgavene utføres på ikke-kommersiell basis. På lik linje med egenregi, setter dette også begrensninger på utadrettet virksomhet.

Offentlig-offentlig samarbeid betegnes også som det horisontale, ikke-institusjonaliserte samarbeidet, hvor det typiske nettopp er at det er et genuint samarbeidsprosjekt mellom offentlige oppdragsgivere, uten at det etableres noen egen juridisk enhet for oppgaven. Tatt i betraktning at kommunal pensjon må ligge i en pensjonskasse, som per definisjon er et selvstendig, uavhengig rettssubjekt, og som utfører oppgaver på oppdrag fra kommunene, har dette karakter av å være egenregi, snarere enn et typisk offentlig-offentlig samarbeid.

11 OM PENSJONSKASSENES FORHOLD TIL ANSKAFFELSESREGELVERKET

Det er reist spørsmål om en pensjonskasse vil være omfattet av anskaffelsesregelverket når pensjonskassen skal gjøre innkjøp i forbindelse med utførelsen av sin virksomhet.

Det følger av LOA § 2 og FOA § 1-2 hvem som er omfattet av anskaffelsesregelverket.

Hvorvidt en pensjonskasse er forpliktet til å følge anskaffelsesregelverket vil bero på en konkret vurdering av om kassen er å anse som et offentligrettslig organ, jf. FOA § 1-2 annet ledd.

Spørsmålet er forelagte både KS Advokatene og advokatfirmaet Arntzen de Besche. KS Advokatene konkluderer med at pensjonskassene ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket, Arntzen de Besche kommer til motsatt konklusjon. Vurderingene kan leses på Pensjonskontorets hjemmesider www.pensjonskontoret.no under publikasjoner, Kommunale pensjonskasser og offentlige anskaffelser publisert 07.05.14.

Uten å ta stilling til disse vil Pensjonskontoret understreke at det foreligger en betydelig anskaffelsesrettslig risiko ved ikke å følge lov om offentlige anskaffelser i driften av en pensjonskasse.

