KOMMUNESEKTORENS ORGANISASJON
The Norwegian Association of Local and Regional Authorities

KS Advokatene

Pensjonskontoret

Att.:

Advokater MNA
Tor Allstrin – avd.dir.
Elisabeth Aasheim (adv.flm.)
Gry Brandshaug Dale
Øyvind Gjelstad
Solfrid Vaage Haukaas
Hakon Huus-Hansen
Erna Larsen
Elisabeth Jordan Ramstad
Øyvind Renslo
Jostein Selle
Hanne Lyngstad Solberg
Cecilie R. Sæther
Siri Tofte
Kristine Vigander
Geir S. Winters

Frode Lauareid

Marion Gjerdrum (konsulent)
Kristine Kragseth (adv.sekr.)

Dato:	*Vår referanse:*	*Arkivkode:*	*Ansvarlig advokat:*	*Deres referanse:*
10.02.2014	*14/00276-1*	*0*	*Frode Lauareid*	

Må kommunale pensjonskassar følgja innkjøpsregelverket?

Av advokat Frode Lauareid, KS Advokatene

Bakgrunnen for denne vurderinga

Pensjonskontoret ved Anne Karin Andreassen tok kontakt med KS Advokatene for å få ei vurdering av om kommunale pensjonskassar er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, dvs om dei kommunale pensjonskassane må følgja innkjøpsregelverket når pensjonskassane sjølve føretar innkjøp av varer og tenester.

Det har ikkje vore mitt mandat å vurdera om det går inn under unntaket for eigenregi når ein kommune kjøper pensjonsavtalar direkte frå "sin" pensjonskasse. Det er grunn til å stilla spørsmål om kontrollvilkåret for at eigenregi skal vera lovleg er oppfylt.

Innkjøpsregelverket om kven som er oppdragsgjevar

Lov om offentlige anskaffelser avgrensar verkeområdet av lova til fylgjande oppdragsgjevarar:

> ***§ 2.Oppdragsgivere som er omfattet***
>
> *Loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser og*

forskrifter gitt i medhold av loven. Loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om hvilke oppdragsgivere som er omfattet av loven.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om lovens anvendelse på Svalbard[1] og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forhold.

0 Endret ved lover 4 juli 2003 nr. 83 (ikr. 25 juli 2003 iflg. res. 4 juli 2003 nr. 879), 30 juni 2006 nr. 41 (ikr. 1 jan 2007 iflg. res. 30 juni 2006 nr. 762).

1 Se lov 17 juli 1925 nr. 11 § 1 (2).

Som ein ser av andre ledd, kan Kongen gi nærare avgrensingar av kven som er omfatta av lova. Det er gjort i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2:

§ 1-2.Hvem som er omfattet av forskriften

(1) Denne forskrift gjelder statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse.

(2) Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og

b. som er et selvstendig rettssubjekt og

c. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.

Etter § 1-3 i forskrifta gjeld regelverket ved tildeling av *"offentlige kontrakter"*. Kva som skal reknast som *"offentlige kontrakter"* er det ikkje sagt noko nærare om i lova, men i innkjøpsdirektivet 2004/18/EC er det sagt i artikkel 1 nr 2 at kontrakten må ha *"pecuniary interest"*, altså ha økonomisk interesse for kontraktspartane.

Er kontrakten mellom kommunen og pensjonskassen ein kontrakt med pekuniær interesse?

Kommunale pensjonskassar er underlagt forsikringsvirksomhetsloven. I kapittel 10 er det fastsett reglar om prising av pensjonspremiane. Det er også fastsett reglar for korleis kapitalen skal forvaltast. Overskot på forvaltninga skal tilfalla eigar gjennom avsetjingar til premiefond. I dette ligg ikkje noko direkte pekuniær interesse for pensjonskassen ut over å visa seg konkurransedyktig overfor konkurrentar. Det blir ikkje noko overskot som skal gå til andre enn kommunen.

Det same gjeld for det som kommunen betaler i administrasjonskostnader til pensjonskassen. Viser drifta overskot, vert overskotet avrekna mot eigenkapitalen og kjem kommunen til gode.

Kontrakten kommunen har inngått med pensjonskassen har ikkje som føremål å gi økonomisk overskot til pensjonskassen sjølv. Kontrakten fell difor utanfor innkjøpsregelverket.

Er kommunale pensjonskassar oppdragsgivar etter innkjøpsregelverket

Ei sentral føring for tolkinga av regelverket er at ein skal unngå at ein oppdragsgjevarar tildeler oppdrag ut frå andre vilkår enn pris eller kva som er økonomisk mest fordelaktig. Ved tvil om eit organ går inn under regelverket eller ikkje, vil dette vera eit moment i vurderinga.

For at kommunale pensjonskassar skal reknast som oppdragsgjevarar, må det vera fordi dei er *"offentligrettslige organer"* eller *"sammenslutninger dannet av en eller flere av disse"*.

Ein pensjonskasse er eit sjølvstendig rettssubjekt. Pensjonskassar vert rekna å vera stiftelsar (sjå t.d. NOU 2004:24 kapittel 4.3.1.), men er unntatt frå reglane i stiftelseslova, sjå § 6. Grunnen til at pensjonskassane ikkje er underlagt stiftelseslova er nok at pensjonskassane er sterkt regulert gjennom forsikringslovgjevinga og at dei også står under tilsyn av Finanstilsynet (tidlegare Kredittilsynet), sjå Ot.prp.nr.15 (2000-2001) Om lov om stiftelser (stiftelsesloven) side 86.

Rettspraksis frå EU-domstolen har ei vid forståing av omgrepet *"allmennhetens behov"*. Som døme kan nemnast at i sak C-18/01 Kohonen kom EU-domstolen til at det å framskaffa eigedommer til private for at desse skulle etablera seg i kommunen, skulle reknast som å tena *"allmenhetens behov"*. Dette fordi gjennom slike etableringar kunne ein få auka skatteinntektene til kommunen. Det går likevel ei grense om tenester som har ei avgrensa målgruppe.

Eit argumentet for kvifor pensjonskassen ikkje dekker *"allmennhetens behov"* er at pensjonsordninga ikkje er tilgjengeleg for alle, men avgrensa til dei tilsette i kommunen.

Eit anna argument er at pensjonskassane er oppretta for å skaffa avkastning på forvaltningskapitalen som bidrag til å oppfylla dei pensjonsskyldnadene kommunane har overfor sine tilsette. I C-283/00 SIEPSA var spørsmålet om selskapet SIEPSA var eit offentlegrettsleg organ. SIEPSA var eit aksjeselskap som var fullt ut statleg eigd. Selskapet hadde som føremål å forvalta fengselseigedommane til den spanske staten. Spania argumenterte med at selskapet fall utanfor reglane avdi selskapet hadde økonomisk overskot som mål. Til dette svarte EU-domstolen at dette ikkje framstod som det sentrale føremålet med selskapet. Det vart lagt til grunn at oppgåvene til selskapet var å avhenda, kjøpa og vedlikehalda fengselseigedommar, uavhengig av økonomisk gevinst. Selskapet hadde nokre år hatt store underskot som vart dekka av den spanske staten. Sue Arrowsmith (5.13 side 268) argumenterer med at når EU-domstolen går inn på dette argumentet på denne måten, så kan det argumenterast med at eit selskap som har som hovudføremål å skapa inntekter ikkje går inn under vilkåret *"allmenhetens behov"*. Heile grunngjevinga med å ha ein pensjonskasse er at denne gjennom forvaltninga av pensjonskapitalen skal skapa inntekter. Aktiviteten har så sterkt preg av å vera *"forretningsmessig"* at det ikkje er behov for at denne skal regulerast av innkjøpsregelverket.

Kommunale pensjonskassar er oppretta av kommunar og er såleis *"sammenslutninger dannet av en eller flere av disse"*. Sett til det forretningsmessige ved drifta i pensjonskassane, er pensjonskassane ein type samanslutning som er utanfor innkjøpsregelverket.

Min konklusjon

Etter mi vurdering er ikkje kommunale pensjonskassar underlagt innkjøpsregelverket. Det er på tre område pensjonskassane er utanfor innkjøpsregelverket.

Kontrakten mellom kommunen og pensjonskassen er av ingen eller svært avgrensa økonomisk interesse for pensjonskassen.

Pensjonskassen har ikkje til føremål å tena *"allmennhetens interesser"*, men bidra til at kommunen kan oppfylla dei tariffesta pliktene kommunen har overfor sine tilsette.

Gjennom forsikringsvirksomhetsloven er pensjonskassane pålagt ei forvaltning av pensjonsmidlane som må reknast som *"forretningsmessig"*.

Oslo, 10. februar 2014

Frode Lauareid
advokat
KS Advokatene

Kjelder:

Sue Arrowsmith; The law of public and utilities procurement; London; Sweet & Maxwell [2005]