

Til: Foreningen Pensjonskontoret
v/Anne Karin Andreassen
Fra: Arntzen de Besche Advokatfirma AS
v/ Ingrid Lund og Espen Bakken

Oslo, 9. januar 2015
Ansvarlig advokat: Espen Bakken
E-post: eib@adeb.no
Vår ref: ILU/ilu 5739536.1
116868 /83948

KOMMUNAL PENSJON OG OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

1 MANDAT

Vi er i møte med Foreningen Pensjonskontoret 20. november 2014 bedt om å skrive et notat om enkelte anskaffelsesrettslige problemstillinger knyttet til kjøp av kommunale pensjon. Bakgrunnen for dette er blant annet signalene fra dagens regjering til landets kommuner om å vurdere sammenslåing. Dette reiser spørsmål knyttet til valg av pensjonsløsning for de nye, sammenslåtte kommunene og hvilket anskaffelsesrettslig handlingsrom kommunene har i den forbindelse.

Mandatet omfatter for det første en vurdering av valg av prosedyreform for kjøp av kommunal pensjon, forutsatt at anskaffelsen overstiger EØS terskelverdi.

Det skal også gjøres en vurdering av hvilke føringer anskaffelsesregelverket legger på følgende faktiske situasjoner:

- To eller flere kommuner slår seg sammen og vurderer hvordan kommunal pensjon skal leveres for den sammenslåtte kommunen, enten gjennom egen pensjonskasse eller fra livsforsikringsselskap.
- En kommune ønsker å få vurdert alternative løsninger for kommunal pensjon. I dette inngår spørsmålet om muligheten til å bruke konkurranse som virkemiddel for å vurdere om kommunens eksisterende ordning skal erstattes, og hvilke forpliktelser som påligger oppdragsgiver for å ivareta forutberegnelighet for leverandørene som inngir tilbud og unngå økonomisk ansvar for oppdragsgiver.
- Etablering eller inntreden i interkommunal pensjonskasse. Her inngår en redegjørelse for kriteriene for såkalt utvidet egenregi, og hvilke grensetilfeller som kan oppstå ved en gradvis økning av størrelsen på en interkommunal pensjonskasse.
- Interkommunal pensjonskasse som offentlig-offentlig samarbeid.

1.1 Tilleggsmandat

I Foreningen Pensjonskontorets styremøte 9. desember 2014 ble vår utredning og konklusjoner presentert. I den forbindelse ble det reist to problemstillinger som også ønskes vurdert.

Det er for det første ønskelig også å få vurdert adgangen til å gå direkte i kontrakt/forhandling med KLP, tatt i betraktning at markedssituasjonen er slik at dette selskapet per i dag er det eneste som tilbyr kommunal pensjon gjennom livsforsikringsselskap. Herunder skal det også sies noe om hvilken mulighet oppdragsgiver har til å gjøre et valg om at løsning gjennom livsforsikringsselskap er ønskelig, eller om egen pensjonskasse også må tas i betraktning. Rent tematisk er dette et spørsmål om valg av løsning for pensjonstjenester som hører hjemme *før* det eventuelt gjennomføres en konkurranse. Dette vil derfor inngå som punkt 3 under.

For det andre er det ønskelig å se på 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. Se om dette i punkt 6.4.1 under.

2 INNLEDENDE MERKNADER

Det forutsettes i det følgende at de offentlige enhetene er underlagt lov og forskrift om offentlige anskaffelser, og at det derfor som hovedregel er krav om konkurranse ved kjøp av tjenester.

Kommunal pensjon omfatter tjenester knyttet til forvaltning og administrering av pensjonene til kommunens ansatte. Dette inkluderer tjenester knyttet til administrering av pensjoner finansforvaltning, aktuærtjenester, pensjonsberegninger innkreving av premie, utbetaling av pensjoner, å sette opp rettigheter for ansatte som slutter, regnskapsrapportering med videre.

I henhold til forsikringsvirksomhetsloven kan disse tjenestene ytes enten av kommunale pensjonskasser (jf. lovens kapittel 7) eller av livsforsikringsselskaper (jf. lovens del II). Både pensjonskasser og livsforsikringsselskaper som yter kommunal pensjon er underlagt de særlige reglene om kommunale pensjonsordninger i forsikringsvirksomhetsloven kapittel 10.

2.1 Kort om pensjonskassene

At kommunene har egen pensjonskasse betyr at tjenestene knyttet til kommunal pensjon ytes av kommunens eget organ for administrering og forvaltning av pensjoner.

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 forsikringsvirksomhetsloven § 7-1 første ledd. Det har vært vanlig å betegne pensjonskassen som en særegen stiftelse. Pensjonskasser er unntatt fra stiftelsesloven, jf. stiftelsesloven av 2001 § 6 bokstav b.¹ 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. forsikringsvirksomhetsloven § 7-3.

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 § 7-2 at *«To eller flere kommuner kan avtale å ha sine pensjonsordninger i samme pensjonskasse (interkommunal pensjonskasse).»*

Så langt vi er kjent med er det i dag om lag 24 kommunale pensjonskasser, og én med konsesjon som interkommunal pensjonskasse. Øvrige kjøper kommunal pensjon gjennom livsforsikringsselskaper.

¹ NOU 2004:24 punkt 3.1.

2.2 Kort om livsforsikringsselskap

Et alternativ til kommunal pensjonskasse er at kommunen kjøper kommunal pensjon av en utenforstående tjenesteleverandør opprettet som egen juridisk enhet som livsforsikringsselskap. Også livsforsikringsselskapene er underlagt forsikringsvirksomhetsloven, og virksomheten krever konsesjon.

2.3 Egenregi

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

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.

2.3.1 Utvidet egenregi

Pensjonskassene er per definisjon i forsikringsvirksomhetsloven § 7-1 en «(...) *selveiende institusjon med virksomhet som er basert på én eller flere kollektive pensjonsordninger som er etablert av foretak eller kommune som deltar i pensjonskassen (...)*». Samtidig er det krav i forsikringsvirksomhetsloven § 7-7 om rettslig adskillelse fra kommunen som har etablert pensjonskassen: «*En pensjonskasses virksomhet og økonomiske forhold skal holdes rettslig atskilt fra virksomheten til arbeidsgiver, foretak, forening eller annen institusjon som har pensjonsordning i pensjonskassen*». Dermed vil tjenestene som ytes fra pensjonskassen til kommunen være mellom to ulike rettssubjekter.

Utvidet egenregi innebærer at varene/tjenestene leveres fra eksterne juridiske enheter. Heller ikke for disse kontraktene vil anskaffelsesregelverket komme til anvendelse, forutsatt at det har en tilstrekkelig likhet med de klassiske egenregitilfellene. 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 under i punkt 6.

3 VALGFRIHET I LØSNING FOR KOMMUNAL PENSJON

3.1 Valget mellom egenregi og ekstern leverandør

Innledningsvis skal vi gjøre rede for den valgfrihet kommunene har for kommunal pensjon, altså hvilken mulighet kommunene har til å velge mellom en løsning i egenregi og å kjøpe tjenester gjennom et livsforsikringsselskap.

Her må utgangspunktet være at offentlige oppdragsgivere ikke kan være tvunget til å gå til eksterne leverandører for å innhente tjenester, og at det alltid er lovlig adgang til å få levert en ytelse gjennom bruk av interne ressurser i egenregi. Det er således ingen plikt til å utlyse konkurranse om tjenesten for kjøp hos eksterne aktører.

3.2 Mulighet til å inngå kontrakt direkte med 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.

Dette er aktuelt når det gjelder kommunal pensjon på grunn av den særlige situasjonen på leverandørsiden ved at Kommunal Landspensjonskasse (KLP) per i dag oppgis å være det eneste livsforsikringsselskapet med konsesjon for å levere tjenester knyttet til kommunal pensjon etter forsikringsvirksomhetsloven som tilbyr disse tjenestene.

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.

Når det gjelder tjenestekjøp *under* EØS terskelverdi, følger det av FOA § 2-1 andre ledd bokstav a at

«For følgende kontrakter, som ikke overstiger terskelverdiene angitt i §2-2 (terskelverdier) [altså EØS terskelverdiene] gjelder likevel kun del I (alminnelige bestemmelser):

a) anskaffelsen kan bare foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv.».

Forutsatt at det rent faktisk bare er én leverandør som kan dekke kommunens etterspørsel vil det altså bare være forskriftens del I og de grunnleggende kravene til offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse. Dette gir ingen kunngjøringsplikt, som bare gjelder for anskaffelser omfattet av FOA del II og III, nettopp fordi det ikke er andre aktører som kan levere tjenesten og det dermed ikke er noe poeng i å gjennomføre en konkurranse om ytelsen.

Når kontrakten vurderes å *overstige* EØS terskelverdi og dermed omfattes av FOA del III, har forskriften en bestemmelse i §14-4 bokstav c som nærmest tilsvarer §2-1 andre ledd bokstav a. Bestemmelsen gir adgang til å gå direkte i forhandling med en leverandør uten forutgående kunngjøring, dersom

«ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett bare kan presteres av en bestemt leverandør».

3.2.1 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. Bruk av de ovennevnte hjemlene forutsetter at kommunen kan dokumentere at det bare er én leverandør som kan levere tjenestene knyttet til kommunal pensjon. Tekniske grunner innebærer 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 grundige undersøkelser av at ikke 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.

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 kommunal pensjon er det imidlertid enkelte regulatoriske forhold, særlig knyttet til kravet til konsesjon i forsikringsvirksomhetsloven, 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 nødvendigvis være tilstrekkelig til at unntakshjemlene kommer til anvendelse. Det må være godtgjort at det rent faktisk er slik. 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 tilbyr kommunal pensjon på linje med KLP til eksterne kommuner, og egenregiunntaket 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 kunngjøring og konkurranse er det tilrådelig å dokumentere grunnlaget for at vilkårene FOA i § 2-1 andre ledd bokstav a eller § 14-4 bokstav c er oppfylt. Bakgrunnen for dette er at det er sanksjoner knyttet til brudd på kunngjøringsplikten for oppdragsgiver, både med at kontrakten kjennes uten virkning og økonomiske sanksjoner. I den grad det oppstår spørsmål etter kontraktens inngåelse av om det var hjemmelsgrunnlag for direkteanskaffelsen er det etter vårt syn 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 oppdragsgiver 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 § 9-1a/§ 18-3a 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 i FOA § 2-1 andre ledd bokstav a eller § 14-4 bokstav c skulle komme til anvendelse, betyr ikke dette at det er anledning til å inngå en langvarig eller tidsubestemt kontrakt om tjenesteytelsen.

4 VALG AV PROSEDYREFORM FOR KJØP AV KOMMUNAL PENSJON OVER EØS TERSKELVERDI

Forutsatt at kommunal pensjon ikke ytes i egenregi, vil innkjøpet være omfattet av anskaffelsesreglene som en prioritert tjeneste etter FOA vedlegg 5 og underlagt de alminnelige reglene om gjennomføring av konkurranse om levering av tjenestene.

Anskaffelsesregelverket legger visse begrensninger på hvilke prosedyreform som kan velges av offentlige oppdragsgivere ved gjennomføring av konkurranser. Dette gjelder for anskaffelser hvor kontrakten overstiger de såkalte EØS terskelverdiene jf. FOA §2-1 fjerde ledd, og som dermed er regulert av direktiv 2004/18 om offentlige anskaffelser implementert i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) del III.

For disse kontraktene kan det som hovedregel bare benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse, som ikke gir adgang til å forhandle med leverandørene, jf. FOA § 14-1 jf. 4-2. Konkurranse med forhandling krever særskilt hjemmel gjennom ett av unntakene i FOA del III §14-3 eller §14-4. Ifølge praksis er vilkårene for dette underlagt en snever fortolkning.

Lovligheten av å bruke konkurranse med forhandling ved innkjøp av offentlige pensjonstjenester er behandlet av Klagenemnda for offentlige anskaffelser i sak 2010/129. KOFA vurderte spesifikt om 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.

Vi kjenner ikke til endringer av regulatoriske bestemmelser knyttet til kommunal pensjon som i større grad enn tidligere skulle tilsi at disse spesifikke unntakene i FOA del III likevel kan komme til anvendelse. Vi kan heller ikke se at det er andre 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 berettige bruk av konkurranse med forhandlinger etter FOA §14-3 eller §14-4.

Den klare hovedregel er derfor etter vår vurdering at det må benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse, uten adgang til forhandling, ved innkjøp av kommunal pensjons underlagt anskaffelsesregelverket.

For ordens skyld nevnes det at ved implementering av nytt anskaffelsesdirektiv 2014/24 vil det i større grad åpnes opp for bruk av konkurranse med forhandling. I den forbindelse vil det være naturlig å gjøre en fornyet rettslig vurdering av det anskaffelsesrettslige handlingsrommet for bruk av konkurranse med forhandling. Det faller utenfor vårt mandat.

5 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 livsforsikringsselskap.

Her vil situasjonen før sammenslåingen kunne være at 1) enkelte kommuner har en egen pensjonskasseløsning, mens andre bruker livsforsikringsselskap, 2) samtlige bruker livsforsikringsselskap, 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 anskaffelsesrettslige 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.

5.1 Adgang til å tre inn i eksisterende ordninger

5.1.1 Kommunen ønsker egen pensjonskasse - egenregi

Ett av de anskaffelsesrettslige spørsmål som oppstår ved sammenslåing av kommuner vil være muligheten under anskaffelsesreglene den sammenslåtte kommunen 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 etter forsikringsvirksomhetsloven, såfremt vilkårene for utvidet egenregi til kontroll og omsetning i pensjonskassen er oppfylt. Dette vil også reise pensjonsrettslige spørsmål om inntreden og overføring, som faller utenfor vårt mandat.

5.1.2 Inntreden i eksisterende kontrakt med livsforsikringsselskap

I den grad kommunen ønsker å kjøpe tjenestene eksternt, vil hovedregelen 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 livsforsikringsselskap (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.

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.

EU-domstolens praksis² gir visse retningslinjer for hva som skal anses som vesentlig. Det som danner utgangspunktet for vurderinger er at dersom det gjøres endringer som *«indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget»*, så vil denne være vesentlig.

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.

En endring slik at avtalen utvides i betydelig omfang, vil også være vesentlig. Endelig nevnes at endringer også må anses vesentlige når den endrer avtalens økonomiske balanse til fordel for tilbydereren.

Spørsmålet om endringen er vesentlig må gjøres konkret i hvert tilfelle hvor dette eventuelt skulle bli aktuelt. Forutsatt at den nye kommunen skal tre inn i eksisterende avtaleforhold, vil dette – avhengig av de faktiske forhold - kunne innebære et skifte av juridisk enhet som kontrakten er inngått med. 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 mv.

² Sak C-454/06 *Presstext presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund)* mfl. er sentral.

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 EU-domstolens utgangspunkt om 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.

5.2 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 livsforsikringsselskap, 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 mv. i konkurranse med eksterne livsforsikringsselskaper.

Spørsmålet er om konkurranse kan benyttes som virkemiddel for å vurdere om kommunens eksisterende ordning skal erstattes, og hvilke forpliktelser som påligger 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.³ 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.⁴

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.

³ 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.

⁴ Se Marianne Dragsten «Regelverk, praksis og løsninger» s. 714.

Anskaffelsesrettslig oppstår det her spørsmål om det vil foreligge saklig grunn for avlysning etter FOA § 22-1. Om disse situasjonene uttaler forarbeidene til anskaffelsesforskriften 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.»*⁵

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 egenregi. Hovedregelen må likevel være at spørsmålet om egenregi 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.⁶

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 egenregi 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.»*⁷

5.2.1 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,

⁵ Se NOU 1997:21 kapittel 21, kommentar til formålsbestemmelsen.

⁶ KOFA-sak 2007/71.

⁷ Se også Dragsten «Regelverk praksis og løsninger» side 714.

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 oppdragsgiver 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 mv. 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.

6 INTERKOMMUNAL PENSJONSKASSE

6.1 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. forsikringsvirksomhetsloven § 7-2.

Kjøp av tjenestene vil falle utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde, forutsatt at pensjonskassen oppfyller kravene til den utvidede egenregi. Spørsmålet som er gjenstand for behandling her er hvilke føringer anskaffelsesreglene legger på utformingen av den interkommunale pensjonskassen og dets virksomhet, samt oppdragsgiverens innflytelse i pensjonskassen.

Reglene for utvidet egenregi er utviklet gjennom domstolspraksis fra EU-domstolen, hvor sak C-07/98 *Teckal*⁸ har dannet utgangspunktet. Praksis er kodifisert i nytt anskaffelsesdirektiv 2014/24 som er vedtatt av EU-parlamentet 26. februar 2014. Direktivet vil være gjenstand for gjennomføring i EU innen 18. april 2016, og tidligst i Norge fra 2016. Selv om det ikke er trådt i kraft, vil direktivet etter vår vurdering likevel gi viktige retningslinjer også for den rettslige situasjonen per i dag.

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.

⁸ C-107/98 *Teckal Srl v Comune di Viano* [1999] E.C.R. I-8121.

6.2 Kontrollvilkåret

Utgangspunktet for kontrollvilkåret følger av Teckal-doktrinen hvor EU-domstolen uttaler at det vil være oppfylt såfremt oppdragsgiver «(...) *underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene*»⁹. Det vil altså si at oppdragsgiveren må ha kontroll i utførende tjenesteyter som tilsvarer den for egne interne organer.

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, såkalt «joint control».

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.¹⁰

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 sett¹¹ har *avgjørende innflytelse både på strategiske valg og viktige beslutninger* i pensjonskassen.¹² Det må i denne sammenheng ses hen til både regulatoriske forhold og andre omstendigheter av betydning for kommunenes innflytelse i pensjonskassen.¹³ 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.

Det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 12 angir at kravet til felles kontroll anses oppfylt når «*den kontrollerte juridiske persons beslutningstagende organer sammensættes af repræsentanter fra alle deltagende ordregivende myndigheder.*» Dette kan som utgangspunkt tilsi at alle pensjonskassens deltakere må være representert i besluttende organer som styre etc.

Bestemmelsen oppgir likevel også at «*De enkelte repræsentanter kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivende myndigheder.*» Hva som ligger nærmere i dette er ikke klargjort per i dag, og må finne sin løsning i praksis, men indikerer etter vår vurdering at det sentrale er om medlemmene

⁹ Kodifisert i anskaffelsesdirektiv 2014/24 artikkel 12(3) a.

¹⁰ Slik også FADs fortolkningsuttalelse 9. september 2010 om PETRAD.

¹¹ Se sak C-324/07 *Coditel Brabant SPRL v Commune of Uccle and Région de Bruxelles-Capitale*.

¹² Kodifisert i nytt anskaffelsesdirektiv artikkel 12.

¹³ Se sak C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*.

f.eks. i styret representerer den samlede mengde oppdragsgivere, for eksempel ved at disse velges gjennom en generalforsamling.

Som en del av kontrollvurderingen er det også 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.¹⁴ Herunder om vedtektene gir de styrende organer stor selvstendighet når det gjelder driften.

Til tross for en viss selvstendighet vil oppdragsgiverne likevel kunne føre en kontroll med tjenesteyteren som svarer til den kontroll kommunene fører med egne organer¹⁵ 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.

Sistnevnte er kodifisert som et obligatorisk krav i nytt anskaffelsesdirektiv hvor det er krav om at «*den kontrollerte juridiske person varetager ikke en interesse, der er i modstrid med de kontrollerende ordregivende myndigheters interesser.*»

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.

6.2.1 Kontrollkriteriet – hva bør oppdragsgiver ta hensyn til?

Når det gjelder *representasjon i besluttende organer*, følger det av forsikringsvirksomhetsloven § 7-6 at pensjonskassen skal ha minst tre styremedlemmer, eller minst fem dersom forvaltningskapitalen er på 100 millioner eller mer. Samtidig skal styret ha minst ett medlem uten tilknytning til pensjonskassen eller arbeidsgiver mv, og medlemmene i pensjonsordningen skal være representert. 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 slik antall medlemmer og en slik sammensetning at kommunenes representasjon overstiger de «utenforstående» medlemmene og samlet har flertallet i styret.

Det følger dessuten av forsikringsvirksomhetsloven §7-4 at vedtektene også skal angi regler om styre, daglig leder og «andre organer». Sistnevnte innebærer at pensjonskassen kan ha en generalforsamling, som vil bestå av kommunene som deltar i pensjonskassen.

Tatt i betraktning kravet til representasjon i besluttende 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 besluttende organer.

Pensjonskasser og dets styre skal som utgangspunkt skal være rettslig adskilt og uavhengig av de deltakende kommuner, som innebærer en viss grad av selvstendighet for besluttende 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

¹⁴ Se sak C-458/03 *Parking Brixen*.

¹⁵ Sak C-324/07 *Coditel Brabant*, premiss 37 flg.

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 må 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 egenregiinntaket kan anses oppfylt.

6.3 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 opptre som en konkurrent i et konkurranseutsatt 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, er ikke praksis helt entydig. Teckal-doktrinen sier at en «essential part» av omsetningen må være knyttet til utøvelse av tjenester for de kontrollerende enhetene. For øvrig det i praksis lagt til grunn minst 80 % av omsetningen, og i andre tilfeller opp til 90 %.¹⁶

Det bemerkes imidlertid at nytt anskaffelsesdirektiv 2014/24 legger til grunn et krav om at *«mere end 80 % af aktiviteterne i den juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af opgaver, den har fået betroet af de kontrollerende ordregivende myndigheder eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af de samme ordregivende myndigheder»*.¹⁷ Det antas at dette vil være retningsgivende for fremtiden.

¹⁶ Se sak C-340/04, Carbotermo SpA Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio AGESP SpA (2006). Se også KOFA-sak 2010/338.

¹⁷ Se nytt anskaffelsesdirektiv 2014/24 artikkel 12(3).

6.3.1 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 pensjonskasser¹⁸ 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.

For interkommunale pensjonskasser vil problemstillingen knyttet til omsetningsvilkåret derfor kunne oppstå i følgende tilfelle: En kommune lyser ut konkurranse om kommunal pensjon 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.¹⁹ 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 omsetningen knyttet til den eksterne enheten ikke overstiger de lovlige grensene, og dermed være til hinder for egenregiunntakets 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 – som nødvendigvis vil være av praktisk betydning – er dette i liten grad klargjort i rettspraksis. Ifølge nytt anskaffelsesdirektiv skal det legges til grunn «*den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål (...) i de tre år forud for kontrakttildelingen.*» Her vil altså gjennomsnittsomsetning siste tre år være relevant. Dersom dette av en eller annen grunn ikke er aktuelt eller gir uttrykk for realiteten, må det legges til grunn en realistisk, dokumenterbar vurdering av hvordan omsetningen fordeler seg mellom kontrollerende enheter og andre aktører.

Etter det vi har fått opplyst fra Foreningen Pensjonskontoret, er det liten eller ingen grad av omsetning utenfor de eksisterende pensjonskassene, og vi går derfor ikke nærmere inn på dette vilkåret.

6.4 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. 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.

¹⁸ Se Ot.prp. nr. 68 (2004-2005) punkt 4.4.4.

¹⁹ Dette vil nødvendigvis ta tid og forutsette at det tas forbehold om godkjenning i tilbudet.

6.4.1 Kommersielle aktører med kommunal pensjon i interkommunale pensjonskasser?

Foreningen 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 § 7-2 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 egenregiinntaket 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 inntaket 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). Bakgrunnen for dette er at egenregiinntaket 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

krysssubsidiering 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, og 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.

Det vises i denne sammenheng også til forslag til nytt anskaffelsesdirektiv artikkel 12 første ledd c, hvor det legges til grunn at forbudet mot privat kapital ikke gjelder «(...) ikkekontrollerende eller ikkeblokerende former for private kapitalandele krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, jf. traktaterne, som ikke udøver en afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske person.» Dette er en ny bestemmelse og dets anvendelsesområde må finne sin utforming i rettspraksis. Etter vår vurdering tilsier bestemmelsens ordlyd at privat kapital ikke er utelukket, men må tillates i den grad det følger som et krav av nasjonal lovgivning og ikke medfører kontroll i egenregiforetaket.

På denne bakgrunn mener vi at det ikke vil være til hinder for egenregiunntakets anvendelse at kommersielle aktører som har kommunal pensjon kjøper tjenester av og innlemmes som deltaker i en interkommunal pensjonskasse. 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.

7 INTERKOMMUNAL PENSJONSKASSE SOM OFFENTLIG – OFFENTLIG SAMARBEID

Vi har i punkt 6 over 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 er også utviklet gjennom EU-domstolens praksis, og nå kodifisert i nytt anskaffelsesdirektiv i artikkel 12(4). 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.