

**ANSKAFFELSESRETTLIG VURDERING AV
KONTRAKTER OM OFFENTLIG
TJENESTEPENSJON**

Juridisk betenkning

Simen Hammersvik

Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo

27. april 2026

Innhold

1. INNLEDNING	3
2. DIREKTIVENES ANVENDELSESOMRÅDE	4
2.1. Oversikt	4
2.2. EØS-rettens tidsmessige anvendelse	4
2.3. Er avtaler om tjenstepensjon en økonomisk tjeneste?	5
2.4. Kontraksverdi og terskelverdier	11
2.4.1. Oversikt.....	11
2.4.2. Beregning av kontraksverdi	11
2.4.3. Er tjenestene underlagt det myke regimet?	13
3. BEGRENSNINGER I DIREKTIVENES ANVENDELSESOMRÅDE	15
3.1. Oversikt	15
3.2. Utvidet egenregi	15
3.2.1. Utgangspunkter	15
3.2.2. Forbudet mot privat kapital.....	17
3.2.3. Unntaket fra forbudet mot privat kapital.....	19
3.2.4. Aktivitetsvilkåret	21
3.2.5. Kontrollkriteriet	22
3.2.6. Oppsummering.....	24
4. KUNNGJØRINGSPLIKT	25
4.1. Oversikt	25
4.2. Er det gjort vesentlige endringer i avtalene med KLP?	26
4.2.1. Utgangspunkter	26
4.2.2. Tilpasning til SGS 2020	27
4.2.3. Forlengelser av kontrakter.....	40
4.2.4. Kommunesammenslåing.....	40
4.3. Oppsigelsesplikt for løpende avtaler?	42
4.3.1. Oversikt.....	42
4.3.2. Begrenser EØS-retten lovlig varighet av kontrakten?	42
4.3.3. Oppsigelsesplikt	44
4.4. Unntak fra kunngjøringsplikt på grunn av eneleverandør?	45
5. AVSLUTNING	48

ANSKAFFELSESRETTLIG VURDERING AV KONTRAKTER OM OFFENTLIG TJENESTEPENSJON

1. INNLEDNING

Jeg har blitt engasjert av Storebrand for å gjøre en «second opinion» av ESAS brev 29. februar 2024. Det er et såkalt «pre article 31 letter», der ESAs foreløpige konklusjon er at en del offentlige oppdragsgivere har en fast og konsistent praksis med ulovlige direkte anskaffelser av tjenester om offentlig tjenstepensjon fra KLP.

Jeg er bedt om å gjøre en faglig uavhengig anskaffelsesrettslig vurdering av ESAs juridiske vurderinger. Det først og fremst sakens rettslige hovedspørsmål og springende punkter som blir vurdert. Mandatet legger ikke opp til at jeg skal utrede faktiske spørsmål. Det er kun ESAs vurderinger av brudd på EØS-avtalen som vurderes, og jeg har derfor ikke gått inn på anførsler som ESA ikke har forfulgt, eller som tilsynet mener ikke utgjør brudd på EØS-avtalen.

Jeg har basert min vurdering på saksdokumentene som er oversendt meg. Det er klage og brev fra Storebrand, flere brev fra norske myndigheter og ESAs vurdering, og det vil løpende henvises til de aktuelle dokumentene i vurderingen nedenfor. Jeg har ikke blitt forelagt avtalene som offentlige innkjøpere har med KLP, og har derfor måtte basere meg på opplysninger i saksdokumentene. Som alle partene i tvisten er enige om, reiser denne saken svært komplekse problemstillinger. Jeg har hatt begrenset med tid, og det er flere dokumenter jeg ikke har sett, og dokumenter jeg ikke har hatt mulighet til å sette meg inn med tiden som har stått til rådighet. Likevel inneholder saksdokumentene jeg har lest en mengde opplysninger, og som jeg mener gir et forsvarlig grunnlag til å gjøre en *rettslig* vurdering av ESAs vurderinger.

I det følgende vil jeg først drøfte spørsmål om direktivenes anvendelsesområde i punkt 2, og da særlig om slike kontrakter om offentlig tjenstepensjon som saken gjelder utgjør økonomiske tjenester. I punkt 3 vil jeg drøfte om det foreligger unntak fra direktivenes anvendelse, og da først og fremst unntaket for utvidet egenregi. I punkt 4 vil jeg drøfte spørsmål av betydning for kunngjøringsplikt, og da særlig om det er gjort vesentlige endringer, men også noen andre spørsmål som har oppstått i saken. I punkt 5 følger en oppsummering av mine konklusjoner. Jeg skriver flere steder hva jeg mener er mest sannsynlig, og jeg sikter da til utfallet i en sak for EFTA-domstolen, med forbehold om at jeg ikke har gjort selvstendige faktiske vurderinger, men kun har basert meg på opplysninger i saksdokumentene.

2. DIREKTIVENES ANVENDELSESOMRÅDE

2.1. Oversikt

Denne saken gjelder som nevnt en del offentlige myndigheters avtaler med KLP om kjøp av tjenester om offentlig tjenestepensjon, som ESA mener omfattes av direktivene, mens norske myndigheter har et annet syn.

Det er ikke omstridt at lokale og regionale myndigheter er pliktsubjekter etter anskaffelsesdirektivene.¹ Direktivene forplikter ikke pliktsubjektene til å utkontraktere oppgaver de vil gjøre selv, men hvis offentlige myndigheter med en tredjepart inngår innkjøpskontrakt som overstiger terskelverdiene, kommer direktivene normalt til anvendelse om nærmere vilkår er oppfylt. Det ligger i dette at når offentlige myndigheter inngår avtaler med KLP vil det i utgangspunktet være en utkontraktering som normalt omfattes av direktivene om terskelverdiene overstiges, men i saken er det reist spørsmål om direktivenes tidsmessige og saklige virkeområde.

I det følgende behandles først EØS-rettens tidsmessige anvendelse i punkt 2.2. Dette utgjør et metodisk bakteppe for senere analyser, men siden spørsmålet ikke er omstridt gjøres det relativt kort. I punkt 2.3 behandles spørsmålet om offentlig tjenestepensjon er en økonomisk tjeneste som omfattes av direktivene. I punkt 2.4 behandles spørsmål av betydning for spørsmålet om kontraktene overstiger terskelverdiene.

2.2. EØS-rettens tidsmessige anvendelse

Saken gjelder avtaler inngått over et svært langt tidsrom, og der en del kontrakter med KLP skal ha blitt inngått *før* EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Det synes ikke omstridt at det følger av saker som *Tögel* at EØS-retten som utgangspunkt ikke gjelder for kontrakter inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse.² Det synes også å være enighet om at EØS-retten derimot gjelder dersom det etter EØS-avtalens ikrafttredelse er gjort vesentlige endringer i disse avtalene. Det følger av saker som *Sisal* at der det er gjort vesentlige endringer i en kontrakt, er det direktivet som gjaldt ved endringen som skal anvendes.³

Det er enighet om at flere avtaler med KLP også er inngått *etter* at EØS-avtalen trådte i kraft. I denne perioden har det vært tre generasjoner med direktiver. EU-domstolen har sagt at ved avgjørelsen av hvilket direktiv som finner tidsmessig anvendelse, er det direktivet som var gjeldende ved oppdragsgivers valg av prosedyre som kommer til anvendelse.⁴ Direktiv 2014/24/EU både kodifiserer, presiserer og endrer tidligere rett. Dersom direktivet viderefører rettstilstanden, vil praksis om tidligere direktiver fortsatt være relevant.⁵ Det samme gjelder der direktivene kodifiserer rettstilstanden. Hvis direktivene derimot vesentlig endrer tidligere rett, kan de nyere bestemmelsene normalt ikke anvendes for kontrakter som reguleres av de

¹ Direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 1 (1), og tilsvarende gjaldt under tidligere direktiver

² C-76/97 *Tögel*. Se også sak 69329 der ESA fant at lov om pensjonsordninger for sykepleiere fra 1962 «are outside the temporal scope defined by EEA law».

³ Forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal* avsnitt 28.

⁴ Se f.eks. forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal* avsnitt 24, C-285/18 *Irgita* avsnitt 31.

⁵ Se f.eks. C-41/18 *Meca* avsnitt 25.

tidligere direktivene.⁶ For enkelthets skyld vil det i analysen nedenfor stort sett vises til direktiv 2014/24/EU, selv om flere av avtalene har blitt inngått mens tidligere direktiver gjaldt. Det vil imidlertid løpende presiseres om direktivet viderefører, kodifiserer eller endrer rettstilstanden.

2.3. Er avtaler om tjenstepensjon en økonomisk tjeneste?

Anskaffelsesdirektivene gjelder bare der det inngås gjensidige bebyrdende kontrakter. Det syns å være enighet om at dette vilkåret er oppfylt der offentlige oppdragsgivere inngår avtaler med KLP om kjøp av offentlig tjenstepensjon. Norske myndigheter skriver at en ordning med offentlig tjenstepensjon etableres ved «an agreement between a municipality, county authority or hospital trust and a pension scheme provider».⁷ Avtalekonstruksjonen på dette området er også forklart nærmere av Selvig, og gjentas ikke her.

Selv om det inngås gjensidig bebyrdende avtaler med KLP mener norske myndigheter at «public occupational pension schemes do not concern economic services for the purpose of the Directive 2014/14/EU», fordi «such contracts contain elements that resemble non-economic services of general interest.»⁸ ESA er ikke enig i det, og mener det er tale om økonomiske tjenester som omfattes av direktivet.

Det følger av artikkel 1 nr. 5 i direktiv 2014/24/EU at direktivet ikke påvirker hvordan medlemsstatene organiserer «their social security systems». I artikkel 1 nr. 4 står det at direktivet heller ikke innskrenker medlemsstatenes frihet til i tråd med EU-retten å definere og organisere tjenester av allmenn økonomisk betydning, mens det følger av fortalen avsnitt 6 at «non-economic services of general interest should not fall within the scope of this Directive». At medlemsstatenes frihet må utøves i tråd med EU-retten gjenspeiler at EU-domstolen flere ganger har sagt at selv om det tilkommer medlemslandene å utforme sitt velferdssystem, må det likevel skje innenfor rammene av EU-retten.⁹

I vedlegg XIV til direktiv 2014/24/EU er CPV-koden for «Government employee pension schemes» angitt som en tjeneste omfattet av det myke regimet. Forenklet sagt inngår denne CPV-klassen i CPV-gruppen for «Compulsory social security services», som også er listet opp i vedlegg XIV. I en note til det siste er det presisert at:

«These services are not covered by the present Directive where they are organised as non-economic services of general interest. Member States are free to organise the provision of compulsory social services or of other services as services of general interest or as non-economic services of general interest.»

Hva som utgjør ikke-økonomiske tjenester under anskaffelsesdirektivene er behandlet av EU-domstolen i *Farmacija*, som ble avsagt 10. juli 2025.¹⁰ Saken gjaldt spørsmålet om konsesjon for apotektjenester i Slovenia er en ikke-økonomisk tjeneste. EU-domstolen slår fast at hva

⁶ C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 91.

⁷ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 5.2.

⁸ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 2 og 8.2.

⁹ Se sak 238/82 *Duphar* avsnitt 16 og f.eks. forente saker C-171/07 og C-172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes mfl.* avsnitt 18.

¹⁰ C-715/23 *Farmacija*.

som utgjør ikke-økonomiske tjenester må bero på en autonom EU-rettslig tolkning. Det presiseres at siden begrepet «services» avgrenser EU-rettens anvendelsesområde, kan det ikke «be interpreted restrictively». Deretter heter det at:

«It is also apparent from the case-law of the Court that provision of services for remuneration constitutes an ‘economic activity’, it being understood that the essential characteristic of remuneration resides in the fact that it constitutes financial consideration for the service in question, although there is no requirement that it be paid for by the recipient of that service»¹¹

EU-domstolen konkluderer med at apotekvirksomhet er økonomisk virksomhet, og der den tilbakeviser Slovenias anførsler om det motsatte ved at:

«the gainful activity of a pharmacy establishment is merely incidental, is financed in part by public funds and forms an integral part of the health system, based on the principle of solidarity. The only decisive factor for the classification of the activity of such an establishment as an economic service is that the services linked to that activity are provided for remuneration.»

Det avgjørende for om vi står overfor en økonomisk tjeneste er altså alene om den ytes mot vederlag. Som generaladvokaten påpeker med henvisning til tidligere praksis, kreves det ikke at vederlaget inkluderer fortjeneste. Saker som *Spezzino* og *CASTA* illustrerer at selv en begrenset kostnadskompensasjon til frivillige organisasjoner kvalifiserer til vederlag.¹² Storebrand har påpekt at KLP ikke er «a non-profit organisation»,¹³ men gitt EU-domstolens praksis det er vanskelig å se at det har betydning for om tjenestene som tilbys er økonomiske all den tid også ideelle organisasjoner anses som økonomiske operatører så lenge de yter tjenester mot vederlag.

Det er ubestridt at KLP mottar vederlag for å tilby offentlig tjenestepensjon. Norske myndigheter vedgår at «the administration premium, capital management premium and interest rate guarantee premium constitute elements of consideration for the pension provider’s management of the scheme».¹⁴ Gitt EU-domstolens formulering om at «the only decisive factor» er om det ytes vederlag, følger det allerede av dette at offentlig tjenestepensjon som tilbys av KLP er økonomisk virksomhet. Det endres ikke av norske myndigheters argument om at KLPs «objective of their activities is not profit as such» fordi EU-domstolen har slått fast gjentatte ganger at fravær av profittformål ikke utelukker at det er tale om økonomisk virksomhet. For øvrig synes det ikke å være bestridt at KLP genererer profitt. Generaladvokaten påpeker i *Farmacija* at når selv frivillig virksomhet kan være

¹¹ C-715/23 *Farmacija* avsnitt 53

¹² Forslag til avgjørelse i sak C-715/23 *Farmacija* avsnitt 75-76. Se allerede C-41/90 *Höfner og Elser* avsnitt 19 flg. om tilsvarende under foretaksbegrepet. Under direktivenes kontraktsbegrep har til og med ytelser «free of charge» o.l. kan gi leverandøren fordeler om de er tilstrekkelig klare og presise, jf. C-796/18 *ISE* vs. C-367/19 *Tax-Fin-Lex*.

¹³ Brev fra Storebrand 26. mai 2023 pkt. 3 (s. 7)

¹⁴ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 8.2.2 (s. 16)

økonomiske virksomhet, vil det gjelde desto mer der virksomheten drives for profitt «even where that objective is subordinated to other objectives».¹⁵

Konklusjonen om at KLP tilbyr økonomiske tjenester endres heller ikke av norske myndigheters argument om at vederlaget «only constitute approximately three per cent of the total amount of premiums paid to the pension provider».¹⁶ Det er ubestridt at dette er vederlag for tjenestene som tilbys, og igjen kan det vises til at selv begrenset kostnadskompensasjon kvalifiserer til vederlag. I *Farmacija* skriver dessuten EU-domstolen at det er uten betydning at den inntektsgivende delen av virksomheten «is merely incidental». Av den grunn mener jeg at heller ikke norske myndigheters argument om at øvrige deler av premien «do not become the pension provider's assets» endrer konklusjonen om at KLP driver økonomisk virksomhet all den tid det stadig ytes vederlag for forvaltningen av disse midlene. I *Allianz Vorsorgekasse* er for øvrig forvaltning av en offentlig kasse behandlet som en økonomisk virksomhet ettersom EU-domstolen anvender reglene om fri bevegelighet.¹⁷

At offentlig tjenestepensjon som tilbys mot vederlag fra private aktører er en tjeneste, underbygges også av EU-domstolens dom i *Kommisjonen mot Tyskland*, der anførsler om at tilsvarende tjenester ikke var økonomisk virksomhet ble forkastet.¹⁸ At offentlig tjenestepensjon kan være en tjeneste illustreres også av at direktivet i vedlegg XIV viser til CPV-koden for «Government employee pension schemes». Til sammenligning skriver generaladvokaten i *Farmacija* at oppstillingen av farmasøytiske tjenester i det tilsvarende vedlegget for direktiv 2014/23/EU «confirms once again that the EU legislature considers them to be an 'economic activity».¹⁹

At offentlig tjenestepensjon som tilbys av selskaper som KLP er økonomiske tjenester er også lagt til grunn i norsk rett, og det bekrefter at her til lands er slike tjenester ikke organisert «as non-economic services of general interest». Kommunal tjenestepensjon er regulert i forsikringsvirksomhetsloven, som gjelder for foretak som «driver virksomhet» i henhold til finansforetaksloven. Tilsvarende regulerer finansforetaksloven «virksomhet» som drives av finansforetak. Norske myndigheter har også selv lagt til grunn at offentlig tjenestepensjon er en økonomisk tjeneste i en anskaffelsesrettslig kontekst.²⁰ Tilsvarende er det lagt til grunn av Kofa at offentlig tjenestepensjon er «en tjenesteanskaffelse».²¹ Som norske myndigheter selv påpeker har det flere ganger blitt gjennomført konkurranse om offentlige tjenestepensjon, og lovendringer i 2004 skulle nettopp legge til rette for konkurranse mellom flere tilbydere.²² Som norske myndigheter korrekt påpeker i brev 14. juni 2024 er medlemmene i KLP «customers of a service».²³

¹⁵ Forslag til avgjørelse i sak C-715/23 *Farmacija* avsnitt 75

¹⁶ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 16

¹⁷ C-699/17 *Allianz Vorsorgekasse*

¹⁸ C-271/08 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 72 – 80, forslag til avgjørelse avsnitt 127 – 133.

¹⁹ Forslag til avgjørelse i sak C-715/23 *Farmacija* avsnitt 87

²⁰ Se brev fra Fornyings- Administrasjons- og Kirkedepartementet 24. februar 2012 med videre henvisninger

²¹ Kofa-sak 2014/721 *KLP mot Ulstein* kommune avsnitt 28

²² Selvig (2023)

²³ Brev 14. juni 2024 s. 3

Til tross for at det i langt tid har blitt lagt til grunn at offentlig tjenstepensjon er en økonomisk tjeneste, anfører norske myndigheter det motsatte med henvisning til blant annet den såkalte Humble-doktrinen, som går ut på at offentlig finansiert utdanning ikke er økonomisk aktivitet.²⁴ Den doktrinen synes imidlertid begrenset til offentlig finansiert utdanning, slik *Hraðbraut* illustrer, og jeg er ikke kjent med at den har blitt anvendt utenfor den sektoren (som også inkluderer barnehager).²⁵ At Humble-doktrinen er begrenset til offentlig finansiert utdanning illustreres av *Stendi* der EFTA-domstolen fant at doktrinen ikke kunne anvendes for anskaffelse av sykehjems plasser mot vederlag.²⁶

For medlemsstatenes trygdesystemer har EU-domstolen utviklet egne tester for å trekke grensen mot hva som er økonomisk virksomhet under konkurransereglene, og der den har funnet at visse obligatoriske trygdeordninger faller utenfor konkurransereglene. Det virker å være enighet om at KLP både er et foretak under konkurransereglene og en økonomisk operatør under anskaffelsesdirektivene,²⁷ men norske myndigheter synes å trekke veksler på EU-domstolens praksis under foretaksbegrepet når det hevdes at det ikke utøves økonomisk aktivitet ved innkjøp av tjenstepensjon fra KLP. Som generaladvokaten påpeker i *Farmacija*, er ikke nødvendigvis vurderingene gjort under konkurransereglene fullt ut overførbare til reglene om fri bevegelighet, og det er også lagt til grunn av EU-domstolen i flere saker om offentlige anskaffelser.²⁸ Det har blant annet sammenheng med at foretaksbegrepet fokuserer på markedsaktøren, mens reglene om fri bevegelighet fokuserer på tiltaket, og der vi har sett at det avgjørende for om det ytes økonomiske tjenester etter sistnevnte regelsett alene er om det ytes vederlag.

Selv om konkurranseretten ikke er fullt ut overførbart til fri bevegelighet, illustrerer likevel noten til vedlegg XIV i direktiv 2014/24/EU at nasjonale trygdeordninger kan organiseres som en ikke-økonomisk tjeneste også under disse reglene ved at det ikke betinges av vederlag. EU-domstolen har funnet at visse pensjonsfond og sykekasser ikke er foretak under konkurransereglene. I *Poucet og Pistre* fant den at trygdekasser som utelukkende ivaretar sosiale formål basert på prinsipper om solidaritet, og som er underlagt streng offentlig kontroll, faller utenfor foretaksbegrepet. Ordningen i den saken var utpreget solidarisk ved at bidrag var basert på inntekt og det var ikke sammenheng mellom bidrag og utbetalinger fordi «the benefits are identical for all those who receive them».²⁹ Kassene fremsto som rene redistributive ordninger, og som EU-domstolen også gjentok senere var det derfor «necessarily required the various schemes to be managed by a single body and membership of those schemes to be compulsory».³⁰ Administrasjonen av ordningene var altså ved lov tillagt

²⁴ 263/86 *Humble*, som ikke gjelder private utdanningstjenester, se f.eks. C-76/05 *Schwarz* avsnitt 40.

²⁵ E-13/19 *Hraðbraut*, E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund*.

²⁶ E-4/22 *Stendi* avsnitt 43.

²⁷ C-416/21 *Omnibusunternehmen* avsnitt 47.

²⁸ Forslag til avgjørelse i sak C-715/23 *Farmacija* avsnitt 79–81

²⁹ Forente saker 159/91 og C-160/91 *Poucet og Pistre*.

³⁰ C-244/94 *FFSA* avsnitt 15, Forente saker 159/91 og C-160/91 *Poucet og Pistre* avsnitt 13.

bestemte organer, og EU-domstolen fant at disse ikke drev økonomisk virksomhet ved utførelsen av sine lovpålagte oppgaver.³¹

Selv om kassene i *Poucet og Pistre* ikke ble vurdert å drive økonomisk virksomhet under konkurransereglene når de administrerte de aktuelle trygdeordningene, avgrenset både generaladvokaten og EU-domstolen den konklusjonen mot avtaler som kassene inngikk med private organer om «the task of collecting contributions and paying out benefits».³² Generaladvokaten påpekte at disse organene «are remunerated by the funds by means of the management fee» og derfor «perform an economic activity on behalf of the funds».³³ Dette er nok en bekreftelse på at utkontraktering av tjenester mot vederlag er økonomisk virksomhet, uavhengig av om innkjøperen er et foretak, og som påpekt av generaladvokaten i *Farmacija* har for eksempel betalinger fra sykekasser blitt ansett som vederlag for medisinske tjenester.³⁴

Kommunal tjenestepensjon etter norske regler er ikke basert på obligatorisk medlemskap i bestemte kasser utpekt ved lov. Selv om ordningen til KLP er basert på solidaritet, er det ikke anført at graden av solidaritet kan sidestilles med den sterkt redistributive ordningen i *Poucet og Pistre*. Derfor er det i norsk rett heller ikke påkrevd med obligatorisk medlemskap i bestemte kasser, noe som altså var uunngåelig for den ordningen som ble behandlet i *Poucet og Pistre*. Når kommuner kan velge å slutte seg til KLP mot vederlag, bekrefter det at tjenesten er økonomisk.

Saker som *Albany* illustrerer at selv ordninger med lovbestemt obligatorisk medlemskap kan være økonomisk aktivitet under foretaksreglene hvis det er kassene selv som fastsetter bidragenes størrelse, ytelsens nivå og de bygger på et kapitaliseringsprinsipp.³⁵ Rettspraksis tilsier at pensjonsfond og sykekasser som konkurrerer med forsikringsselskap anses å drive med økonomisk virksomhet, men der foretaksbegrepet avgrenser mot tradisjonell forvaltning underlagt streng offentlig kontroll.³⁶ I *AOK Bundesverband* skriver EU-domstolen at organer som ivaretar lovbestemte pensjonsordninger utøver ikke-økonomisk virksomhet om de:

«merely apply the law and cannot influence the amount of the contributions, the use of assets and the fixing of the level of benefits. Their activity, based on the principle of national solidarity, is entirely non-profit-making and the benefits paid are statutory benefits bearing no relation to the amount of the contributions.»³⁷

Som norske myndigheter påpeker følger det av forsikringsvirksomhetsloven at det er foretaket som fastsetter pristariffer innen rammene av loven. Det erkjennes også at «approximately 3 per cent of the annual premiums will vary (albeit only to a limited extent) between the different providers». Dermed er det priskonkurranse mellom foretakene selv om den menes å

³¹ Se også sak C-218/00 *Cisal* og forente saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 AOK *Bundesverband*.

³² Forente saker 159/91 og C-160/91 *Poucet og Pistre* avsnitt 15

³³ Forslag til avgjørelse i forente saker 159/91 og C-160/91 *Poucet og Pistre* avsnitt 6

³⁴ Forslag til avgjørelse i sak C-715/23 *Farmacija* avsnitt 74

³⁵ C-67/96 *Albany* avsnitt 85. Se også forente saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 AOK *Bundesverband* avsnitt 56

³⁶ C-67/96 *Albany* avsnitt 81-84.

³⁷ Forente saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 AOK *Bundesverband* avsnitt 47.

være begrenset. Dette er nok en bekreftelse på at vi ikke står overfor slik forvaltningsvirksomhet som EU-domstolen i noen saker har ansett som ikke-økonomisk virksomhet.

Rettspraksis tilsier som nevnt at ordninger som bygger på et kapitaliseringsprinsipp som regel driver økonomisk virksomhet, og det gjelder selv om ordningen forfølger sosiale formål, er solidarisk og underlagt offentlig kontroll. Dette illustreres av *FFSA*, som gjaldt en frivillig ordning som skulle supplere den obligatoriske ordningen i nasjonal rett. Ordningen hadde ikke samme grad av solidaritet som i *Poucet og Pistre*, men bygde på et prinsipp om kapitalisering av innbetalinger, og der det var en sammenheng mellom inn- og utbetalinger. EU-domstolen mente at organet som forvaltet ordningen «carries on an economic activity in competition with life assurance companies».³⁸ Den påpekte at:

«the principle of solidarity is reflected in this case by the fact that contributions are not linked to the risks incurred, by the placing of resources corresponding to the contributions paid at the disposal of the scheme in the event of the premature death of a member, by a mechanism for granting exemption from payment of contributions in the event of illness, and by the temporary suspension of payment of contributions for reasons connected with the economic situation of the holding. Such provisions already exist in certain group life assurance policies, or may be included therein».³⁹

Selv om det var en viss solidaritet i ordningen, kunne den ikke sammenlignes med den redistributive ordningen i *Poucet og Pistre* som nødvendigvis måtte utføres av et bestemt organ og med tvungent medlemskap. Som oppsummert av generaladvokaten i *Farmacija* er altså verken solidaritetsprinsipp, sosiale formål, fravær av profitt eller offentlig kontroll til hinder for at en virksomhet betegnes som økonomisk.

Norske myndigheter skriver at pensjonstilbyderen «invest the employers' contribution in equity funds, interest funds and other financial instruments and other assets, which must correspond to the total amount of pension obligations under the scheme(s) in question».⁴⁰ Ordningen bygger dermed på et kapitaliseringsprinsipp. Det er heller ikke bestridt at KLP, på samme måte som kassen i *FFSA*, tilbyr offentlig tjenstepensjon i konkurranse med andre livsforsikringsselskap. Norske myndigheter påpeker selv at offentlig tjenstepensjon kan tilbys av «limited life insurance companies, such as DNB, Vital or Storebrand, and its predecessor Norske Folk», og det heter at disse «have offered pension schemes to municipalities and public entities».⁴¹ At KLP konkurrerer med andre selskap med konsesjon til å drive livsforsikring i markedet for offentlig tjenstepensjoner er nok en bekreftelse på at virksomheten er økonomisk.

At det er mulig å konkurrere om offentlig tjenstepensjon må også ses i sammenheng med at det over lang tid er gjort regulatoriske tiltak i norsk rett og i EU som skal muliggjøre slik

³⁸ C-244/94 *FFSA* avsnitt 17

³⁹ C-244/94 *FFSA* avsnitt 19

⁴⁰ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 9

⁴¹ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 12

konkurransen.⁴² I *Farmacija* påpeker generaladvokaten at reguleringer bidrar til å endre oppfatningen av hva som utgjør økonomisk virksomhet ved at tjenester som før var ikke-økonomiske, i dag er økonomiske. Han mener at ikke-økonomisk virksomhet i dag hovedsakelig er begrenset til områder som «come under the public powers of the State and are financed by taxes», slik som «justice, the police, national security, management of the signalling system, certain educational services, etc.».⁴³ Offentlig tjenstepensjon etter norske regler er ikke sammenlignbart med tilfellene som her nevnes av generaladvokaten som eksempler på ikke-økonomiske tjenester.

Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at kommunal tjenstepensjon er organisert som en økonomisk tjeneste i norsk rett. Det er ikke organisert som en «non-economic services of general interest», fordi selskaper som KLP tilbyr pensjonstjenester i bytte mot vederlag. Dermed er det tale om en tjeneste som omfattes av direktivets saklige virkeområde.

2.4. Kontraksverdi og terskelverdier

2.4.1. Oversikt

Direktivene kommer bare til anvendelse på kontrakter som overstiger terskelverdiene. I direktiv 2014/24/EU er disse angitt i artikkel 4, mens artikkel 5 gir regler om hvordan kontraksverdien skal beregnes. Hvorvidt de ulike kontraktene i saken overstiger terskelverdien er et faktisk spørsmål som jeg ikke skal vurdere. Norske myndigheter har imidlertid fremsatt rettslige anførsler av betydning for vurderingen av om kontraktene overstiger terskelverdi. For det første er norske myndigheter uenig med ESA i hvordan kontraksverdien skal beregnes, og dette behandles i punkt 2.4.2. For det andre er norske myndigheter uenig med ESA i hvilken terskelverdi som kommer til anvendelse, og dette behandles i punkt 2.4.3.

2.4.2. Beregning av kontraksverdi

Norske myndigheter har, noe forenklet, anført at kontraksverdien bare skal beregnes på grunnlag av de delene av premien som tilkommer tilbyderer, og ikke hele premien. ESA mener derimot at «total premiums should be taken into account».⁴⁴ Storebrand synes å mene at ESAs tilnærming er den samme som «Norwegian contracting authorities do and have done».⁴⁵

Artikkel 5 i direktiv 2014/24/EU angir hvordan kontraksverdien skal beregnes. I nr. 13 er det gitt regler for beregningen av blant annet finansielle tjenester, og som skal anvendes «where appropriate». Det synes ikke omstridt i saken at offentlige tjenstepensjon skal vurderes etter bokstav a om forsikringstjenester, og ikke bokstav b om banktjenester og andre finansielle tjenester. Norske myndigheter hevder at «the premium elements administration premium, capital management and interest rate guarantee premium represent proper remuneration to the pension provider», og er enig i at dette skal inngå i beregningen.⁴⁶ Derimot hevdes det at «the

⁴² Selvig (2023)

⁴³ Forslag til avgjørelse i sak C-715/23 *Farmacija* avsnitt 83

⁴⁴ ESAs brev 29. Februar 2024 avsnitt 137

⁴⁵ Brev fra Storebrand 26. mai 2023 pkt. 4.5 (s. 21)

⁴⁶ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 25

ordinary annual premiums, adjustments and special single premiums for benefits that cannot be determined in advance» skal holdes utenfor beregningen av kontraktsverdien fordi det ikke «represent remuneration as such to the pension provider».

Tilnærmingen til norske myndigheter er vanskelig å forene med ordlyden til bokstav a, som foreskriver at kontraktsverdien for forsikringstjenester skal beregnes på grunnlag av «the premium payable and other forms of remuneration». Ordlyden «the premium payable» er ikke begrenset til «premium elements». Det er vanskelig å se at begrepet «other forms of remuneration» støtter en annen tolkning, fordi ordet «and» viser at dette skal komme i tillegg, og ikke istedenfor, premien som skal betales. Det ligger i dette at dersom leverandøren får vederlag som *ikke* er inkludert i premien skal også dette inngå i beregningen av kontraktsverdien. Det betyr ikke at elementer som *inngår* i premien kan holdes utenfor beregningen. Ordlyden «and other forms of remuneration» synes tvert imot å bekrefte at alle deler av «the premium payable skal inngå i beregningen av kontraktsverdien.

Tolkningen underbygges av kontekstuelle argumenter ettersom bokstav b angir at «fees, commissions payable and other forms of remuneration» skal inngå i beregningen av kontraktsverdien for andre finansielle tjenester. Hvis også *bokstav a* skulle vært begrenset til «premiums that serve as consideration»⁴⁷ må det antas at det ville fremgått av ordlyden for eksempel i tråd med formuleringer i bokstav b, men ordlyden «the premium payable» har ingen slik avgrensning. At det innledningsvis til nr. 13 står at reglene gjelder «where appropriate» kan vanskelig begrunne en tolkning i strid med ordlyden i bokstav a, slik norske myndigheter synes å mene.⁴⁸ Den formuleringen, som for øvrig ikke gjenfinnes i alle språkversjonene, virker myntet på at det er en forutsetning for anvendelsen av bokstav a til c at oppdragsgivers ytelse dekkes av noen av alternativene angitt der. I vår sak synes det ikke bestridt at oppdragsgiver betaler premie, og at også midlene som tilhører kunden er «referred to as "premiums"».⁴⁹

Tolkningen over underbygges også av EU-domstolens avgjørelse i *Kommisjonen mot Tyskland*. I den saken fremsatte tyske myndigheter tilsvarende anførsler som norske myndigheter har gjort i denne saken, men i tråd med direktivets ordlyd fant EU-domstolen at kontraktsverdien skulle beregnes som «the estimated value of the contributions deducted, under salary conversion, from the earnings of the relevant workers in the local authority or local authority undertaking concerned and used to finance the ultimate occupational old-age pension benefits».⁵⁰

Norske myndigheters fokus er at de delene av premien som er «assets of the customer» skal holdes utenfor verdiberegningen fordi det ikke er vederlag. Den tilnærmingen minner om den til den foreleggende domstol i *Allianz Vorsorgkasse*. Etter nasjonal rett skulle arbeidsgiveren overføre et beløp til en understøttelseskasse, der beløpet skulle forvaltes av kassen inntil den ansatte sluttet og fikk en fratredelsesgodtgjørelse tilsvarende innbetalte beløp med avkastning. Kassen fikk fradrag for administrative kostnader og kunne oppkreve en

⁴⁷ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 s. 24

⁴⁸ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 s. 25

⁴⁹ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 8.4.3 (s. 25)

⁵⁰ C-271/08 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 85-88

administrasjonsgodtgjørelse. Den nasjonale domstolen mente at dette var kapitalforvaltning som utgjorde banktjenester, og ikke forsikringstjenester. Beregningen av kontraktsverdien ble derfor basert på godtgjørelsen til kassen, noe som synes basert på artikkel 5 nr. 13 bokstav b, og det ledet til at kontraktsverdien var lavere enn terskelverdien.⁵¹ EU-domstolen la uten videre den nasjonale domstolens tilnærming til grunn.⁵² I vår sak synes det som nevnt å være ubestridt at kontraktsverdien skal beregnes etter bokstav a og ikke bokstav b. Norske myndigheter anvender selv bokstav a i brev 24. mars 2023, og i brev 21. desember 2023 skriver den for eksempel at «legal starting point» er «Article 5(13)(a)».⁵³ Likevel fremsettes det anførsler om kontraktens karakter som synes å passe bedre under bokstav b enn bokstav a.

Etter dette er det min vurdering at det er mest sannsynlig at kontraktsverdien skal beregnes slik anført av ESA.

2.4.3. *Er tjenestene underlagt det myke regimet?*

Det synes ikke bestridt at offentlig tjenstepensjon er en prioritert tjeneste under tidligere direktiver. Norske myndigheter anfører imidlertid at offentlig tjenstepensjon kan være en tjeneste som omfattes av det såkalte myke regime i direktivets del III. Dette er et mindre detaljert regelverk enn det alminnelige regimet, og terskelverdien er høyere, jf. art. 4 bokstav d. Norske myndigheter synes å mene at noen av direkte anskaffelsene til KLP kan begrunnes med at de er under terskelverdien for det myke regimet. Storebrand mener at terskelverdiene uansett er oppfylt, men det er et faktisk spørsmål som det ikke tilkommer meg å vurdere. Jeg vil kun vurdere rettslige spørsmål om tjenestens klassifisering under direktivet.

Det står i artikkel 4 bokstav d at den høyere terskelverdien gjelder for tjenester opplistet i bilag XIV. Norske myndigheter anfører at slik offentlig tjenstepensjon som saken gjelder omfattes av CPV-koden for «Government employee pension schemes» som er oppført i det omtalte vedlegget. ESA mener derimot at kommunal tjenstepensjon omfattes av CPV-koder for pensjonstjenester i divisjonen for «Financial and insurance services».⁵⁴

I *Farmacija* viser EU-domstolen til «a textual analysis» av det tilsvarende vedlegget i direktiv 2014/23/EU.⁵⁵ Om CPV-systemet står det i fortalens avsnitt 119 at dette er «divided into divisions, groups, classes, categories and subcategories». Det følger av EFTA-domstolens avgjørelse i *Tak* at vurderingen av hvilken kode som gjelder i den enkelte sak må «be based on the description of the relevant CPV code, as well as the title of the division of the CPV, within its tree structure, in which it is located».⁵⁶

I vedlegg XIV er det ved siden av kolonnen for «Benefit services» angitt CPV-kode som altså dekker «Government employee pension schemes». I direktivets fortale er det gitt en forklaring for flere av tjenestene som inngår i det myke regimet, men det står ikke noe om denne typen tjenester. Ordlyden utelukker ikke at kommunal tjenstepensjon som i vår sak kan omfattes av

⁵¹ C-699/17 *Allianz Vorsorgekasse* avsnitt 32

⁵² C-699/17 *Allianz Vorsorgekasse* avsnitt 40

⁵³ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 5.2.

⁵⁴ ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 134

⁵⁵ C-715/23 *Farmacija* avsnitt 60

⁵⁶ E-7/19 *Tak* avsnitt 52

den nevnte CPV-koden. At det på engelsk står «Government» gjør neppe kategorien begrenset til *statlige* pensjonsordninger. Antakelig dekker begrepet «Government» i denne konteksten alle offentlige myndigheter, og den danske språkversjonen synes å være mer dekkende når den bruker termen «Pensjonsordninger for offentlig ansatte».

I tråd med EFTA-domstolens tilnærming i *Tak* bør det imidlertid ses hen til at «Government employee pension schemes» inngår i klasse 753 «Compulsory social security services». Det synes også norske myndigheter å legge det til grunn når det vektlegges at offentlig tjenstepensjon «are compulsory by law and/or collective agreement». ⁵⁷ Det er imidlertid tvilsomt om begrepet «compulsary» skal forstås så bredt som norske myndigheter anfører. En mulig tolkning er at begrepet bare sikter til pensjon som er obligatorisk ved lov, og en slik forståelse finner støtte i den danske språkversjonen der det står «Lovpliktig sosialsikring». Det synes å innebære at ordninger pålagt i for eksempel kollektivavtaler faller utenfor.

En enda snevrere tolkning er at vedlegg XIV bare omfatter ordninger der medlemskap i bestemte trygdekasser er gjort obligatorisk ved lov, slik som i *Poucet og Pistre* beskrevet ovenfor. En slik forståelse kan underbygges av noten til vedlegg XIV der det presiseres at ikke-økonomiske tjenester faller utenfor, og det er begrenset til kasser med obligatorisk medlemskap. ⁵⁸ Arrowsmith er muligens inne på dette når hun skriver at mange obligatoriske sosiale tjenester opplistet i vedlegg XIV faller utenfor direktivet fordi de «are outside the scope of the TFEU altogether as they are not provided on a market». ⁵⁹

Formålet med det myke regimet kan tilsi at disse er begrenset til ordninger med obligatorisk medlemskap i bestemte kasser. Det står i fortalen avsnitt 114 at visse tjenester har begrenset grensekryssende interesse på grunn av store forskjeller mellom medlemsstatene, og at disse derfor bør underlegges et særlig regime. Selv om norske myndigheter skulle ha rett i at den faktiske grensekryssende interessen om de norske ordningene er begrenset, ⁶⁰ er det stadig potensial for grensekryssende konkurranse på grunn av blant annet harmoniserende lovgivning fra EU. ⁶¹ Hvis de offentlige arbeidsgiverne står fritt til å velge mellom flere tilbydere som leverer offentlig tjenstepensjon i et forsikringsmarked, tilsier det anvendelse av det ordinære regimet. Den tolkningen underbygges av formålet med direktivet som er å sikre fri bevegelighet og konkurranse, og det ivaretas best av det alminnelige regimet.

Det kan innvendes at en snever tolkning av hvilke pensjonsordninger som omfattes av vedlegg XIV gjør det mindre aktuelt at det myke regimet får anvendelse fordi det ofte vil være tale om ikke-økonomiske tjenester slik også Arrowsmith påpeker. Det er imidlertid forutsatt i vedlegget selv, og dessuten illustrerer *Poucet og Pistre* at avtaler mellom trygdekasser som ikke selv utgjør foretak og forsikringsselskaper om oppkreving og utbetaling av bidrag fra kassen, vil være økonomisk virksomhet som dermed omfattes av

⁵⁷ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 8.4.2.

⁵⁸ Sml. C-244/94 *FFSA*

⁵⁹ Arrowsmith (2018) s. 118

⁶⁰ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 24

⁶¹ Selvig (2023)

direktivets saklige anvendelsesområde.⁶² Det tilsier at det myke regimet fortsatt kan ha praktisk betydning selv om det legges til grunn en snever tolkning.

Jeg finner spørsmålet om kommunal tjenstepensjon omfattes av det mye regimet som tvilsomt. Imidlertid mener jeg det er mest nærliggende at det sikter til ordninger der medlemskap er gjort obligatorisk ved lov. Pensjonsordninger som den til KLP faller dermed utenfor, og må heller vurderes som forsikringstjenester underlagt det ordinære regimet slik også ESA legger til grunn.

3. BEGRENSNINGER I DIREKTIVENES ANVENDELSESOMRÅDE

3.1. Oversikt

Selv om pliktsubjekter inngår kontrakter som overstiger direktivenes terskelverdier, er det flere regler som begrenser anvendelsesområdet til disse.

Tyskland mot Kommissjonen klargjorde at direktivet kommer til anvendelse selv om plikten til å skaffe tjenstepensjon til ansatte følger av tariffavtale.⁶³ Etter det jeg forstår er ikke dette omstridt i saken. ESA legger videre til grunn at unntaket for visse finansielle tjenester i artikkel 10 bokstav e ikke kommer til anvendelse. Det fremstår som en nokså opplagt konklusjon, og som også norske myndigheter antas å være enige i ettersom de mener tjenestene omfattes av CPV-koden for «Government employee pension schemes» som er opplistet i vedlegg XIV. Norske myndigheter har derimot flere anførsler til vilkårene for utvidet egenregi artikkel 12 i direktiv 2014/24/EU. Disse behandles nærmere i punkt 3.2.

3.2. Utvidet egenregi

3.2.1. Utgangspunkter

Norske myndigheter har antydnet at vilkårene for utvidet egenregi i artikkel 12 (3) er oppfylt, og at direktivene derfor ikke gjelder ved tildelinger til KLP.⁶⁴ ESA mener derimot at vilkårene for utvidet egenregi ikke er oppfylt fordi det er direkte private eierandeler i KLP.

Anskaffelsesdirektivene kommer til anvendelse der en offentlig oppdragsgiver inngår en gjensidig bebyrdende kontrakt med en økonomisk operatør, og det gjelder i utgangspunktet også hvor kontrakten inngås mellom to offentlige oppdragsgivere. Imidlertid fant EU-domstolen i *Teckal* at direktivet ikke gjelder der kontrakt tildeles et separat organ så lenge oppdragsgiver:

«exercises over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and, at the same time, that person carries out the essential part of its activities' with the controlling local authority or authorities».⁶⁵

⁶² Forente saker C-159-91 og C-160/91 *Poucet og Pistre* avsnitt 15, Forslag til avgjørelse i forente saker C-159-91 og C-160/91 *Poucet og Pistre* avsnitt 6.

⁶³ C-271/08 *Kommissjonen mot Tyskland*, se også C-699/17 *Allianz Vorsorgekasse*

⁶⁴ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023

⁶⁵ Sak C-107/98 *Teckal* avsnitt 50

Det er dette som betegnes som *utvidet egenregi*, og jeg vil i fortsettelsen omtale den kontrollerte enheten som *oppdragstaker*. Første del av setningen fra *Teckal* angir *kontrollvilkåret* som har blitt tolket i en rekke avgjørelser, og som er kodifisert i artikkel 12 i direktiv 2014/24/EU.⁶⁶ Andre del av setningen angir *aktivitetsvilkåret*, som også er kodifisert og presisert i artikkel 12.⁶⁷ I *Stadt Helle* slo EU-domstolen fast kontrollvilkåret ikke er oppfylt om det er det er private eierandeler i det oppdragstaker.⁶⁸ Også dette er kodifisert i artikkel 12, men hvor det er innført unntak for ikke-kontrollerende private eierandeler som følger av tvungent medlemskap etter nasjonal rett. I saker som *Coditel* har EU-domstolen slått fast at vilkårene for utvidet egenregi også kan oppfylles der flere offentlige oppdragsgivere utøver felles kontroll over en oppdragstaker som utfører hoveddelen av sin virksomhet til fordel for de kontrollerende offentlige oppdragsgivere.⁶⁹ Det er kodifisert og presisert i artikkel 12 nr. 3, og det er den bestemmelsen norske myndigheter har påberopt i saken.

Vilkårene for utvidet egenregi må senest være oppfylt ved kontraktsinngåelsen. Hvis det skjedde før utløpet av gjennomføringsfristen for direktiv 2014/24/EU, må spørsmålet om vilkårene for egenregi var oppfylt vurderes etter tidligere direktive.⁷⁰ Hvis det i løpet av kontraktsperioden skjer endringer som gjør at vilkårene for utvidet egenregi ikke lenger er oppfylt, vil det utgjøre en vesentlig endring som må vurderes etter direktivet som gjaldt da endringen ble gjort.⁷¹

Det følger av avsnitt 31 i fortalet til direktiv 2014/24/EU at direktivet søker å avhjelpe usikkerhet om rekkevidden av reglene om utvidet egenregi ved å presisere vilkårene som gjelder i lys av EU-domstolens praksis. I saker som *Sambre & Biesme* bekrefter EU-domstolen at artikkel 12 «codified and made clear the case-law developed by the Court on direct awards». ⁷² Selv om tidligere direktiver ikke hadde tilsvarende eksplisitte unntak for egenregi som i artikkel 12 i direktiv 2014/24/EU, vil tilsvarende vilkår i all hovedsak også gjelde for kontrakter inngått under tidligere direktiver. Dette legges også til grunn av ESA.⁷³

ESA mener vilkårene for egenregi ikke er oppfylt på grunn av forbudet mot privat kapital, og det behandles i punkt 3.2.2 og 3.2.3. ESA er i tvil om de øvrige vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt, men tilsynet finner det ikke å nødvendig å konkludere om dette. Norske myndigheter medgir at «it is not evident whether all the conditions in Article 12 are met as per day, but that certain structural adjustments to the organization of the public employers ownership of KLP could affect this conclusion.»⁷⁴ Siden norske myndigheter antyder at

⁶⁶ Artikkel 12 nr. 1 (1) bokstav a og (2), og nr. 2 og nr. 3 (1) bokstav a og (2).

⁶⁷ Artikkel 12 nr. 1 (1) bokstav b, nr. 3 (1) bokstav b

⁶⁸ Sak C-26/03 *Stadt Helle* avsnitt 49. Se også C-29/04, *Kommissjonen mod Østerrike* avsnitt 46, C-410/04, *ANAV* avsnitt 31, C-337/05, *Kommissjonen mot Italia* avsnitt 38, sak C-573/07 *Sea* avsnitt 46, C-196/08, *Acoset* avsnitt 53, sak C-215/09, *Mehiläinen og Terveystalo Healthcare* avsnitt 32

⁶⁹ Sak C-324/07 *Coditel* avsnitt 31, sak C-553/15 *Undis* avsnitt 31-32

⁷⁰ Sak C-553/15 *Undis* avsnitt 22

⁷¹ Sak C-719/20 *Comune de Lerici* avsnitt 37 med videre henvisninger, C-452/23 *Fastnet* avsnitt 51

⁷² Forente saker C-383/21 og C-384/21 *Sambre & Biesme* avsnitt 44, se også sak C-692/23 *AVR* avsnitt 48.

⁷³ Avsnitt 114 i brevet 29.2.2024

⁷⁴ Norske myndigheters brev 24. mars 2023 pkt. 8.1.

vilkårene kan oppfylles i fremtiden bare ved «certain structural adjustments», vurderer jeg også aktivitetskriteriet (punkt 3.2.4) og kontrollkriteriet (3.2.5).

3.2.2. *Forbudet mot privat kapital*

Som nevnt slo EU-domstolen fast i *Stadt Helle* at «the participation, even as a minority, of a private undertaking in the capital» til oppdragstaker, utelukker at kontrollkriteriet er oppfylt.⁷⁵ At forbudet mot privat kapital ble rubrisert under kontrollvilkåret ble begrunnet med at privat kapital gjør det umulig for oppdragsgiver å utøve en kontroll over oppdragstaker som er sammenlignbar med den som utøves overfor interne avdelinger.⁷⁶ Et annet sentralt hensyn var at direkte tildeling av offentlige kontrakter til «a semi-public company» ville gi private en konkurransefordel i strid med direktivets mål og prinsipper.⁷⁷ I juridisk litteratur ble det hevdet forbudet mot privat eierskap burde regnes som et eget vilkår, og det ble løsningen i 2014-direktivene.

Det følger av artikkel 12 (3) bokstav c at det er et vilkår for utvidet egenregi at «there is no direct private capital participation in the controlled legal person». Det er gjort unntak fra dette forbudet for visse kapitalandeler, og det behandles nærmere i punkt 3.2.3 nedenfor. Det synes ikke bestridt at det er direkte private eierandeler i KLP. Det er tale om et gjensidig forsikringsselskap som eies av medlemmene. Ifølge vedtektene § 2-1 er medlemmer i KLP de som har pensjonsordning i selskapet, og disse har blant annet plikt til å betale egenkapitaltilskudd som angitt i § 2-3. Det står ingenting i vedtektene om at det bare er offentlige organer som kan være medlemmer,⁷⁸ og norske myndigheter opplyser at selskapet i 2021 hadde «about 2,200 "private members"»,⁷⁹ og disse synes å bli omtalt som «bedriftsmedlemmer» i KLPs vedtekter.⁸⁰

Selv om det er ikke-offentlige medlemmer i KLP, har norske myndigheter stilt spørsmål ved om dette utgjør private kapitalandeler i direktivets forstand gitt «the non-public members' special nature and close connection to the public sector».⁸¹ Direktivet definerer ikke hva som menes med «privat» kapitalandel, men siden det ikke henviser til medlemsstatenes rett, må det underlegges en selvstendig og ensartet tolkning i tråd med EU-rettslig metode.⁸² En normal språklig forståelse av begrepet «privat» viser at det må gjøres en avgrensning mot offentlige organer med kapitalandeler i oppdragsgiver, slik som kommuner. Imidlertid kan offentlige organer i prinsippet også omfatte offentlige foretak som driver på kommersielt grunnlag, og det kan diskuteres om slike offentlige selskaper skal regnes som private.

⁷⁵ Sak C-26/03 *Stadt Helle* avsnitt 49. Se også C-29/04, *Kommissjonen mod Østerrike* avsnitt 46, C-410/04, *ANAV* avsnitt 31, C-337/05, *Kommissjonen mot Italia* avsnitt 38, sak C-573/07 *Sea* avsnitt 46, C-196/08, *Acaset* avsnitt 53, sak C-215/09, *Mehiläinen og Terveystalo Healthcare* avsnitt 32

⁷⁶ Sak C-196/08 *Acaset* avsnitt 53 med videre henvisninger

⁷⁷ C-26/03 *Stadt Helle* avsnitt 51

⁷⁸ Se også Selvig (2023) pkt. 3.3.

⁷⁹ Brev fra norske myndigheter til ESA 24. mars 2023 s. 20

⁸⁰ Vedtektene § 3-3

⁸¹ Brev 14. juni 2024 s. 3.

⁸² Sml. f.eks. forslag til avgjørelse i sak C-692/23 *AVR* avsnitt 46 med videre henvisninger

ESA legger til grunn at «in so far as the entities concerned are not contracting authorities, they must be treated as “private”». ⁸³ Det vil i så fall avgrense mot offentlige eide selskaper som driver på kommersielt grunnlag. Det følger av artikkel 2 nr. 1 (1) og (4) at offentlige enheter som driver på normale markedsvilkår normalt ikke vil være et offentligrettslig organ og de vil dermed heller ikke kvalifisere til «contracting authorities». ⁸⁴ ESAs tolkning finner støtte i de hensyn som er trukket frem i EU-domstolens praksis. Forbudet mot private eierandeler skal dels hindre at kontrakter tildeles enheter med eiere som følger andre interesser enn «objectives in the public interest», og kommersielle offentlige selskaper vil gjerne følge interesser sidestilt med «private interests». ⁸⁵ Dels skal forbudet mot private eierandeler motvirke at private får konkurransefordeler gjennom direkte tildelinger, og det hensynet gjør seg også gjeldende der offentlige virksomheter driver i konkurranse med andre.

Det følger av beskrivelsen av fra norske myndigheter at de private medlemmene i KLP dels består av «entities that in the past were part of the municipal legal entity, but later have been demerged as limited companies (still publicly owned)». ⁸⁶ Det synes imidlertid ikke å bli hevdet at disse enhetene er offentligrettslige organer, men muligens kan det ikke utelukkes at noen av disse er det. Dels omfatter de private medlemmene «various kinds of organizations with a close connection to municipalities», og hvor det nevnes som eksempler «various non-profit organizations, trade unions, political parties, church entities etc.». ⁸⁷ Det virker med dette å være uomstridt at flere av medlemmene i KLP ikke kvalifiserer til offentlige myndigheter eller offentligrettslige organer, og derfor må anses som «private» etter artikkel 12 nr. 3 (1) bokstav c.

Norske myndigheter viser til at de private medlemmene ikke er medeiere fordi de skal oppnå profitt, men fordi de er kunder, og det hevdes at hverken «their participation in KLP nor KLP’s contracts provide the non-public members an undue advantage over their competitors». ⁸⁸ Det er vanskelig å se at en slik tilnærming har støtte i direktivet eller rettspraksis. EU-domstolen har i saker som *Stadt Helle* forklart at vilkårene for egenregi må «be interpreted strictly». ⁸⁹ Det samme må gjelde artikkel 12, ⁹⁰ som EU-domstolen også har kategorisert som en unntaksregel. ⁹¹ Det følger av artikkel 12 (3) c at det er et vilkår for utvidet egenregi at det er «no direct private capital». Ordlyden synes her å kreve at det ikke er «nogen direkte privat kapitalandel/ inget direkt privat ägarintresse» i oppdragstaker, slik det heter i dansk og svensk språkversjon.

At det ikke er grunn til å holde eierskap som har en «special nature» utenfor forbudet mot privat kapital underbygges av kontekstuelle argumenter. Artikkel 12 (3) bokstav c gjør unntak for visse private eierandeler, men hvis disse vilkårene ikke er oppfylt gjelder forbudet.

⁸³ ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 119

⁸⁴ Jf. også saker som C-567/15 *LitSpecMet* avsnitt 44, og C-155/19 mv. *FIGC*

⁸⁵ Sammenlign C-26/03 *Stadt Helle* avsnitt 50

⁸⁶ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 20

⁸⁷ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 20-21.

⁸⁸ Brev fra norske myndigheter 14 juni 2024 s. 3

⁸⁹ Sak C-26/03 *Stadt Helle* avsnitt 46, se også *Parking Brixen* avsnitt 63, *ANAV* avsnitt 26

⁹⁰ Forslag til avgjørelse i sak C-692/23 *AVR* avsnitt 41,

⁹¹ Sak C-796/18 *ISE* avsnitt 34. Unntaksregler skal i alminnelighet tolkes snevert, jf. f.eks. E-4/22 *Stendi* avsnitt 53

Formålsbetraktninger trekker i samme retning fordi fortalen avsnitt 32 forklarer at hvis det er *direkte* private eierandeler i oppdragstaker, vil en direkte tildeling gi den private eier «an undue advantage over its competitors». Det synes å bli lagt til grunn at direkte tildeling av offentlige kontrakter til et selskap med direkte private eierandeler per definisjon anses å gi private eiere en konkurransefordel.⁹² Det er i samsvar med tilblivelseshistorikken, for EU-domstolen har funnet at forbudet mot private eierandeler også gjelder private eiere som ikke har profittformål, for eksempel ideelle organisasjoner.⁹³

Norske myndigheter har forklart at «the "private members" have (as per 31 December 2022) a share of the total premium reserve in KLP of approximately 11 per cent».⁹⁴ Med mindre unntaket i bokstav c kommer til anvendelse, stenger dette for tildeling av kontrakter til KLP på grunnlag av utvidet egenregi. Imidlertid er det ikke kjent for meg om det har vært direkte private eierandeler i KLP i hele tidsperioden saken gjelder. Det gjentas at dersom det tidligere ikke var direkte private eierandeler og vilkårene for egenregi var oppfylt, vil tilkomsten av slike eiere i ettertid utgjøre en vesentlig endring.

3.2.3. *Unntaket fra forbudet mot privat kapital*

Norske myndigheter har antydnet at det kan være aktuelt å anvende unntaket fra forbudet mot direkte private eierandeler i artikkel 12 (3) bokstav c, mens ESA har bestridt dette. Ifølge artikkel 12 (3) bokstav c gjelder ikke forbudet mot direkte private eierandeler for:

«non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.»

Denne delen av bestemmelsen er ikke en kodifisering av rettspraksis, og det var ikke en del av Kommisjonens opprinnelige lovforslag, men kom til under lovgivningsprosessen for 2014-direktivene.⁹⁵ Det kan diskuteres om tilsvarende vilkår kan anvendes for kontrakter inngått før utløpet av 2014-direktivenes gjennomføringsfrist. Arrowsmith hevder at «it is possible that these rules might be applied by the CJ in interpreting the 2004 directive to provide a flexible approach.»⁹⁶ Jeg stiller meg noe tvilende til dette gitt at unntaket er såpass konkret og positivrettslig, og jeg utelukker derfor ikke at det utgjør en endring av tidligere rett som ikke kan anvendes for tidligere direktiver.⁹⁷

Norske myndigheter har vist til at «it may be appropriate to consider the capital participation of the "private members" as being required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties.»⁹⁸ Det synes å bli begrunnet med forsikringsvirksomhetsloven § 4-1 (1) bokstav c tillater kommunale pensjonsordninger også for foretak «hvor en kommune har den

⁹² C-692/23 *AVR* avsnitt 43–45.

⁹³ C-574/12 *SUCH* avsnitt 34 flg.

⁹⁴ Brev 24. mars 2023 s. 21

⁹⁵ Martin Burgi, “Contracting Authorities, In-House Services and Public Authorities Cooperation” I Lichere mfl. (red.), *Modernising Public Procurement: The New Directive (2014)* s. 58.

⁹⁶ Arrowsmith *The law of Public and Utilities Procurement* (vol. 1, 2014) s. 515 og 520.

⁹⁷ Sml. C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 91, og gjennomgangen i Ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser» (2025) pkt. 5.1.5.

⁹⁸ Brev 24. mars 2023 s. 21

bestemmende innflytelse eller har eller har hatt en kommunal eierandel, eller som har nær tilknytning til en kommune». ⁹⁹ Storebrand vil ikke utelukke at «some of the private members might be required to take part by law», men det presiseres ikke hvilke mulige lovgrunnlag det siktes til, og det hevdes at dette uansett ikke gjelder alle KLPs private medlemmer. ¹⁰⁰ ESA har bestridt at unntaket kommer til anvendelse med henvisning til at det er «no legal requirement for these entities to participate in KLP». ¹⁰¹

Et utgangspunkt for tolkningen er at vilkårene for utvidet egenregi skal tolkes restriktivt. Det følger av ordlyden i bokstav c at privat eierskap må være «required» av nasjonal rett, og det bekreftes av fortalen avsnitt 32 som foreskriver at deltakelsen må være «compulsory by a national legislative provision». At det er krav til tvungent medlemsskap må forstås i lys av bestemmelsens formål som er å muliggjøre direkte tildeling av kontrakter til enheter som har særlige kjennetegn på grunn av krav i nasjonal rett om privat deltakelse i organer som typisk utøver offentlige oppgaver. Et eksempel som er trukket frem i litteraturen er «so-called Wasser- und Bodenverbände in some German federal states», og hvor det ifølge nasjonal rett er «compulsorily to involve private members». ¹⁰²

Hva som ligger i kravet til tvungen privat deltakelse er forklart av EU-domstolen i *Roma Multiservice*. Den saken gjaldt opprettelsen av et offentlig-privat selskap gjennom en anskaffelsesprosess, og hvor nasjonal rett krevde at den private eierandelen for halvoffentlige selskap ikke kunne være under 30 %. Som ledd i analysen av sakens spørsmål skrev EU-domstolen at det ikke vil være mulig å tildele et slikt selskap kontrakter etter vilkårene for utvidet egenregi. EU-domstolen gjentar vilkårene i bokstav c, før den skriver:

«As regards the condition that those forms of participation must be imposed by national legislative provisions, it must be held that the formation of the semi-public company, at issue in the main proceedings, and, consequently, the participation of a private partner in that company's capital, does not appear to stem from a legal obligation imposed on the city of Rome, but from that contracting authority's freedom to choose a public-private partnership procedure in order to manage services ancillary to school activities.» ¹⁰³

At det i den saken var obligatorisk med privat eierskap etter nasjonal rett gjorde altså ikke unntaket anvendelig fordi nasjonal rett krevde ikke at de aktuelle oppgavene ble gjort av et slikt organ. Det kan synes som at EU-domstolen med dette legger til grunn at nasjonal rett både må kreve privat eierskap, og at de offentlige oppgavene anskaffelsen gjelder må utføres av et selskap med tvungen privat deltakelse. Det synes å være på linje med ESAs vurdering

⁹⁹ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 20 – 21.

¹⁰⁰ Brev fra Storebrand 26. mai 2023 pkt. 4.6 (s. 22-23)

¹⁰¹ ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 120

¹⁰² Martin Burgi, “Contracting Authorities, In-House Services and Public Authorities Cooperation” i Lichere mfl. (red.), *Modernising Public Procurement: The New Directive (2014)* s. 58. Se også Hartung, Kuzma og Janssens *Comments to Article 12 in European Public Procurement Commentary on Directive 2014/24/EU* Elgar Commentaries series s. 136.

¹⁰³ Sak C-332/20 *Roma Multiservizi* avsnitt 77

når det heter at «there is no legal requirement for these services to be provided by KLP specifically, and therefore no legal requirement for these entities to participate in KLP.»¹⁰⁴

Forsikringsvirksomhetsloven § 4-1 (1) bokstav c gir angitte foretak adgang til å opprette kommunale pensjonsordninger. I Ot.prp. nr. 11 (2003-2004) står det at «når denne type foretak først er gitt adgang til å opprette kommunale pensjonsordninger, bør det etter departementets syn være opp til foretaket og kommunen i fellesskap om det anses hensiktsmessig at foretaket inngår i felles pensjonsordning i den kommunale pensjonskassen».¹⁰⁵ Det er følgelig et fritt valg om kommuner vil inngå felles pensjonsordning med foretak som angitt i § 4-1 (1) bokstav c. Loven pålegger ikke at kommunale pensjonsordninger har private eiere, og vilkåret om tvungent medlemskap i bokstav c er da ikke oppfylt.

Jeg mener etter dette at så lenge det har vært private eierandeler i KLP har det utelukket utvidet egenregi som grunnlag for at direktivene ikke gjelder. Dette anser jeg ikke som tvilsomt. For fullstendigheten skyld vil jeg likevel gjennomgå de øvrige vilkårene nedenfor da det kan si noe om hvor kurant det er at «certain structural adjustments to the organization of the public employers ownership of KLP could affect this conclusion» for fremtidige tildelinger.¹⁰⁶

3.2.4. Aktivitetsvilkåret

Forutsatt at private eierandeler i KLP ikke skulle være til hinder for å anvende reglene om utvidet egenregi, anfører norske myndigheter at aktivitetsvilkåret i artikkel 12 (3) bokstav b er oppfylt.¹⁰⁷ ESA er i tvil om vilkåret er oppfylt, men det treffes som nevnt ingen konklusjon fordi tilsynet mener at forbudet mot direkte private eierandeler uansett er til hinder for at myndighetene kan påberope utvidet egenregi. Det følger av artikkel 12 nr. 3 bokstav b at utvidet egenregi forutsetter at:

«more than 80 % of the activities of that legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities or by other legal persons controlled by the same contracting authorities».

Dette er en kodifisering og presisering av rettspraksis om aktivitetsvilkåret,¹⁰⁸ og hvor det kreves at oppdragstaker må utøve mer enn 80 % av sin aktivitet for organene som kontrollerer den. Hvordan denne vurderingen skal gjøres er forklart nærmere i artikkel 12 nr. 5 ved at:

«the average total turnover, or an appropriate alternative activity-based measure such as costs incurred by the relevant legal person or contracting authority with respect to services, supplies and works for the three years preceding the contract award shall be taken into consideration.»

¹⁰⁴ ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 120

¹⁰⁵ Ot.prp.nr. 11 (2003-2004) pkt. 4.3

¹⁰⁶ Norske myndigheters brev 24. mars 2023 pkt. 8.1.

¹⁰⁷ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 20

¹⁰⁸ C-692/23 AVR avsnitt 48 – 51.

Norske myndigheter har anført at aktivitetsvilkåret er oppfylt fordi KLPs «sole purpose» er å tilby tjenestepensjon til sine medlemmer, og det hevdes at «100 % of the activities of KLP are carried out in performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities».¹⁰⁹ Imidlertid følger det av KLPs vedtekter § 1-2 at selskapet gjennom deltakelse i andre selskaper kan tilby pensjons- og forsikringsprodukter til andre og drive tilknyttet virksomhet. KLP har opprettet flere datterselskaper og er derfor morselskap i et finanskonsern.¹¹⁰ Av den grunn er ESA i tvil om aktivitetsvilkåret er oppfylt fordi «the KLP group as a whole provides numerous financial services on the open market».¹¹¹ ESA synes dermed å legge til grunn at aktivitetsvilkåret skal vurderes på grunnlag av omsetningen i hele konsernet. Norske myndigheter har sagt seg uenig i dette, og hevder i brev 14. juni 2024 at aktivitetsvilkåret «is applied to each, individual person/on a company level, not on a group level.»¹¹²

EU-domstolen har i en dom avsagt 15. januar 2026 avklart at tilnærmingen til norske myndigheter er feil. I *AVR-Afvalverwerking* slås det fast at der oppdragstaker er morselskapet i et konsern krever artikkel 12 nr. 3 og 5 at «the turnover of the other entities belonging to that group must also be taken into account» i vurderingen av oppdragstakers omsetning. I begrunnelsen ble det blant annet vist til rettstilstanden etter tidligere direktiver, og det kan tilsi at tilsvarende gjelder etter den ulovfestede læren om utvidet egenregi som gjaldt for tidligere direktiver.¹¹³ EU-domstolen forklarer også at vurderingen av konsernets omsetning kan gjøres på grunnlag av konsernregnskap avlagt i henhold til direktiv 2013/34,¹¹⁴ som er inntatt i EØS-avtalen og er gjennomført i regnskapsloven.¹¹⁵

ESA gjør som sagt ingen vurdering av om aktivitetskravet er oppfylt, og jeg har heller ikke sett at norske myndigheter har gjort en vurdering av dette basert på KLP-konsernets omsetning. Dette er et faktisk spørsmål som faller utenfor mitt mandat å vurdere. Dersom det viser seg at aktivitetsvilkåret har vært oppfylt ved tildelingen av kontrakter til KLP, men at det senere er skjedd utvidelser i KLPs virksomhet som gjør at vilkårene for egenregi ikke lenger er oppfylt, vil det som sagt utgjøre en vesentlig endring.

3.2.5. Kontrollkriteriet

Norske myndigheter har anført at også kontrollkriteriet er oppfylt, og der det særlig vises til at medlemmene er representert i styrende organer.¹¹⁶ ESA betviler at kontrollvilkåret er oppfylt med henvisning til at det er direkte private eierandeler. Som vi har sett er forbudet mot private eierandeler nå et selvstendig vilkår i artikkel 12, og jeg vil i det følgende fokusere på andre momenter i kontrollvurderingen.

¹⁰⁹ Brev fra norske myndigheter 24. mars s. 20.

¹¹⁰ Selvig (2023) pkt. 4.1.

¹¹¹ Brev fra ESA 29. februar 2024 avsnitt 124

¹¹² Brev fra norske myndigheter 14. juni 2024 s. 3.

¹¹³ C-692/23 *AVR* avsnitt 49 – 51.

¹¹⁴ C-692/23 *AVR* avsnitt 58 – 63

¹¹⁵ EØS-komiteens beslutning 293/2015 og Prop. 66 LS (2020-2021) kapittel 3.

¹¹⁶ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 20

Det fremgår av artikkel 12 nr. 3 (1) at oppdragsgivere må utøve en felles kontroll over oppdragstaker, som svarer til kontrollen den utøver med egne tjenestegrener. I artikkel 12 nr. 3 (4) står det at kravet til kontroll er oppfylt når samtlige momenter opplistet i tre punkter er oppfylt. Det følger av ordlyden at det er kumulative vilkår som må være oppfylt for at oppdragsgiverne har en tilstrekkelig kontroll over oppdragstaker. I *Sambre* skriver EU-domstolen at denne delen av artikkel 12 i hovedsak kodifiserer kontrollkriteriet, men at det også har blitt skjerpet på noen punkter.¹¹⁷

Det fremgår av artikkel 12 nr. 3 (2) i) at beslutningsorganene i oppdragstaker må være sammensatt av representanter fra alle deltakende oppdragsgivere, men de enkelte representanter kan representere flere eller alle deltakerne. I *Sambre* skriver EU-domstolen at det er et vilkår om at oppdragsgiverne er representert direkte i beslutningsorganene, og at det ikke kan oppfylles gjennom indirekte kontroll.¹¹⁸ Så vidt jeg forstår, er medlemmene representert i KLPs beslutningsorganer.

Det fremgår av artikkel 12 nr. 3 (2) ii) at deltakerne må være «able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person». I *Sambre* slår EU-domstolen fast at dette er et selvstendig vilkår til kravet om formell representasjon i ledende organer nevnt ovenfor,¹¹⁹ og at det skal gjøres en helhetlig vurdering av samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstendigheter.¹²⁰ Det er ikke et krav at oppdragsgivers kontroll med oppdragstaker er identisk med den som føres med underliggende etater, men det ligger i kravet om lignende kontroll at den utøver en effektiv funksjonell og strukturell kontroll med oppdragstaker.¹²¹ Normalt innebærer det at oppdragsgivernes felles kontroll ikke kan være begrenset til vanlig selskapsrettslig kontroll,¹²² slik at et moment i vurderingen er om oppdragstakers autonomi er begrenset gjennom særlige kontrollbeføyelser og virksomhetsbegrensninger som sikrer oppdragsgiverne effektiv kontroll.

Norske myndigheter anfører at medlemmene «may jointly exert decisive influence of the strategic objectives and significant decisions of KLP through the elected board members».¹²³ Dette synes imidlertid å være et utslag av normal selskapsrettslig kontroll, uten at det er angitt noen særlige beføyelser for medlemmene. Vedtektene synes heller ikke å inneholde særlige kontrollbeføyelser for medlemmene, men virker heller å gjenspeile kravene i finansforetaksloven. Jeg er ikke kjent med om det foreligger andre avtaler som kan gi oppdragsgiverne en kontroll med KLP ut over det som følger av vedtektene.

I praksis forut for 2014-direktivene skriver EU-domstolen i flere avgjørelser at det i kontrollvurderingen også skal legges vekt på om oppdragstaker er «market oriented».¹²⁴ Dette fordi en markedsorientering kan «render precarious all control by the shareholder

¹¹⁷ Forente saker C-383/21 og C-384/21 *Sambre* avsnitt 68

¹¹⁸ Forente saker C-383/21 og C-384/21 *Sambre* avsnitt 61

¹¹⁹ Forente saker C-383/21 og C-384/21 *Sambre* avsnitt 70

¹²⁰ Forente saker C-383/21 og C-384/21 *Sambre* avsnitt 67

¹²¹ C-183/11 *Econord* avsnitt 27

¹²² Se f.eks. C-183/11 *Econord* avsnitt 30, C-458/03 *Parking Brixen* avsnitt 68-70, C-340/04 *Carbotermo* avsnitt 38-40, Arrowsmith (2014) s. 506–507 med videre henvisninger.

¹²³ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 20

¹²⁴ C-573/07 *Sea* avsnitt 66, se også C-458/03 *Parking Brixen* avsnitt 67 og C-324/07 *Coditel* avsnitt 36

authorities».¹²⁵ I vurderingen av om oppdragstaker er markedsorientert er det blant annet relevant å se hen til «the opportunity for the company to establish relations with undertakings in the private sector.»¹²⁶ Hvis oppdragstakers mulighet til å tilby tjenester til privat sektor er «merely incidental to its core activity», vil ikke det være til hinder for at kontrollvilkåret er oppfylt så lenge «the existence of that power does not prevent the company's main object from still being the management of public services.»¹²⁷

Det er omdiskutert i juridisk litteratur om momentet om markedsorientering er videreført i artikkel 12.¹²⁸ I senere tid har EU-domstolen gjentatte ganger slått fast at EU-lovgiver ved vedtakelsen av artikkel 12 «did not intend to call that case-law into question»,¹²⁹ og den har ved tolkningen av kontrollkriteriet i artikkel 12 vist til tidligere rettspraksis, herunder *Sea*.¹³⁰ Jeg finner det derfor nærliggende at det stadig er et krav at oppdragstaker ikke har fått for stor autonomi gjennom å være markedsorientert. Arrowsmith skriver at momentet om markedsorientering muligens kan være vurderingstemaet under artikkel 12 nr. 3 (2) iii), som foreskriver at «the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities».¹³¹ Det kan passe med EU-domstolens tilnærming i *Sea*, der den påpeker at oppdragstakers mulighet til å tilby tjenester til private var betinget av at det ikke var «contrary to the company's objects or contributes to their better attainment.»¹³² Vilkåret er imidlertid ikke nærmere forklart i fortalen, og jeg er ikke kjent med at EU-domstolen har uttalt seg som denne delen av artikkel 12.

Som sagt følger det av KLPs vedtekter § 1-2 at selskapet kan drive enhver virksomhet som naturlig henger sammen med forsikringsvirksomhet, og enhver annen virksomhet som er tillatt for livsforsikringsselskaper. Ettersom EU-domstolen har sagt at kontrollkriteriet skal vurderes i lys av alle relevante faktiske omstendigheter og den økonomiske sammenheng utvidet egenregi utøves i,¹³³ er det nærliggende at det ved vurderingen av om KLP er markedsorientert også ses hen til virksomheten i datterselskapene. Til sammen driver konsernet en omfattende og variert finansvirksomhet som går langt ut over å tilby medlemmene tjenestepensjon, og denne delen av virksomheten synes derfor ikke å være «merely incidental to its core activity». Imidlertid faller det som sagt utenfor mitt mandat å gjøre faktiske undersøkelser, og det er vanskelig å gi en konklusjon om kontrollkriteriet gitt at dette i liten grad er utdypet av norske myndigheter og ESA.

3.2.6. Oppsummering

Det er uomstridt at det er direkte private eierandeler i KLP, og jeg finner det ikke tvilsomt at det utelukker at vilkårene om egenregi kan begrunne direkte tildelinger til KLP. Det er

¹²⁵ C-573/07 *Sea* avsnitt 73

¹²⁶ C-573/07 *Sea* avsnitt 76

¹²⁷ C-573/07 *Sea* avsnitt 79

¹²⁸ Se en oppsummering av ulike syn i avsnitt 25 i kommentarene til Artikkel 12 i direktiv 2014/24/EU i Brussels Commentary

¹²⁹ Forente saker C-383/21 og C-384/21 *Sambre* avsnitt 66 med videre henvisninger

¹³⁰ Forente saker C-383/21 og C-384/21 *Sambre* avsnitt 67

¹³¹ Arrowsmith (2014) s. 518-519

¹³² C-573/07 *Sea* avsnitt 77 – 78

¹³³ Sak C-692/23 AVR avsnitt 45, Forente saker C-383/21 og C-384/21 *Sambre* avsnitt 67

opplyst tall for eierskap per 31. desember 2021 som jeg antar er representative også i dag, men jeg er som sagt ikke kjent med om det har vært direkte private eierandeler i KLP siden 1994, og hvis ikke er tilkomsten av slike en vesentlig endring av kontrakten. Gjennomgangen av aktivitetskriteriet og kontrollkriteriet kan tilsi at det skal noe mer til enn endringer i eierskapet til KLP for at vilkårene for utvidet egenregi vil være oppfylt i fremtiden, men her på faktum vurderes nærmere på grunnlag av rettspraksis gjengitt ovenfor.

Ettersom jeg i punkt 2 har konkludert med at offentlig tjenestepensjon omfattes av direktivet så lenge kontrakten overstiger terskelverdi, og det ikke er identifisert unntak som kan begrunne at direktivet likevel ikke gjelder, må slike kontrakter inngås i henhold til nasjonale regler som gjennomfører disse direktivene. I dette ligger særlig at kontrakten må kunngjøres med mindre det finnes unntak. Dette vil jeg behandle i punkt 4.

4. KUNNGJØRINGSPLIKT

4.1. Oversikt

Den klare hovedregel etter direktivene er at det gjelder en kunngjøringsplikt. EU-domstolen har sagt at denne plikten er av «vital importance» fordi den er et uttrykk for prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet ved at kunngjøringen gjør det mulig for «any potential tenderer» å vurdere interesse i kontrakten.¹³⁴ Denne plikten gjelder for alle direktivene som har vært gjeldende siden EØS-avtalen trådte i kraft. Saker som E-4/17 *Torvparkering* illustrerer at ESA kan anlegge traktatbruddsøksmål for brudd på kunngjøringsplikten ved den enkelte kontrakt når bruddet ikke er rettet innen utløpet av fristen i den grunngitte uttalelsen.

Det følger av artikkel 72 nr. 5 i direktiv 2014/24/EU at vesentlige endringer i eksisterende kontrakter som ikke er tillatt etter direktivet, utløser kunngjøringsplikt. Det vil også gjelde for kontrakter som er inngått før direktivet trådte i kraft, for som vi har sett er det regelverket på tidspunktet for endringer som gjelder. ESA mener at det er gjort flere vesentlige endringer i KLPs kontrakter, og dette behandles i punkt 4.2.

ESA har videre anført at kontrakter om offentlig tjenestepensjon ikke kan være evigvarende, og at det for tidsbestemte kontrakter vil inntre en plikt til å si opp kontrakten når den har løpt i en lengre periode slik at den kan kunngjøres på nytt. Dette behandles i punkt 4.3.

Norske myndigheter har anført at direkte tildelingene som skjedde til KLP i perioden 2013 til 2019 var lovlige på grunn av unntaket fra kunngjøringsplikten der det bare finnes én leverandør. Dette behandles i punkt 4.4.

¹³⁴ Case C-423/07, 22.4.2010, *Commission v Spain paras. 59 and 75, C-458/03 Parking Brixen* avsnitt 49, se også E-4/17 *Torvparkering*.

4.2. Er det gjort vesentlige endringer i avtalene med KLP?

4.2.1. Utgangspunkter

Storebrand hevder i klagen at «the municipalities', RHF's' and hospitals' contracts with KLP are modified substantially».¹³⁵ Det står at «many – if not all – contracts on public sector occupational pensions have been changed substantially in recent years». Norske myndigheter bestrider dels at det er gjort endringer i direktivets forstand, og mener at endringer som gjort uansett er tillatt etter direktivet, også fordi de ikke er vesentlige. ESAs foreløpige konklusjon er at det for en stor mengde avtaler er gjort endringer i strid med EØS-retten.

Det følger av artikkel 72 i direktiv 2014/24/EU at en vesentlig endring i offentlige kontrakter bare kan skje ved en ny anskaffelsesprosedyre, med mindre direktivet tillater endringen.¹³⁶ EU-domstolen har i en rekke saker sagt at bestemmelsen er uttømmende.¹³⁷ Forbudet er utviklet i rettspraksis og gjaldt også for tidligere direktiver, men direktiv 2014/24/EU kodifiserer og presiserer rettstilstanden. Artikkel 72 gir også regler om tillatte endringer, som dels ikke fremgikk av tidligere direktiver, og som EU-domstolen har ansett som uttrykk for at EU-lovgiver ikke «intended systematically to codify» rettspraksis.¹³⁸ Direktivet angir uttømmende når vesentlige endringer er tillatt, og i saker som *Advania Sverige* og *Polismyndigheten* er disse omtalt som unntaksregler som skal tolkes strengt.¹³⁹ Noen av unntakene forutsetter at den opprinnelige kontrakten ble lovlig tildelt,¹⁴⁰ men vi skal se at det ikke gjelder for alle unntakene.¹⁴¹

I klagen anfører Storebrand for det første at det ble gjort endringer i 2004 om kalkulering av premier og opphør av forsikringsplikt ved manglende betaling. For det andre anføres det at det ble gjort vesentlige endringer i 2011 for tilpasning til levealderjusteringer. For det tredje ble det anført endringer som følge av det nye pensjonsregimet i 2020. For det fjerde ble det anført vesentlige endringer ved kommunesammenslåinger. Norske myndigheter har gått detaljert til verks for å tilbakevise Storebrands argumenter.¹⁴² ESA har foreløpig ikke forfulgt anførselene om 2004 og 2011, men har forbeholdt seg muligheten til å «revert to the pre-2020 matters at a later stage».¹⁴³ ESA mener derimot at kontrakten har blitt ulovlig endret ved tilpasningene til SGS 2020 (pkt. 4.2.2), ved forlengelser av en del tidsbestemte kontrakter (pkt. 4.2.3), samt i forbindelse med visse kommune sammenslåinger (pkt. 4.2.4). I tråd med forståelsen av mandatet lagt til grunn innledningsvis, drøfter jeg bare de punktene der ESA foreløpig mener at det er begått regelbrudd.

¹³⁵ Klage fra Storebrand pkt. 4

¹³⁶ C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 52

¹³⁷ Se f.eks. C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 51 og 53

¹³⁸ Sak C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 28

¹³⁹ C-461/20 *Advania Sverige* avsnitt 20 og 30, C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 25

¹⁴⁰ C-719/20 *Comune de Lerici*

¹⁴¹ C-425/23 *Fasted*

¹⁴² ESA skriver at tilsynet har ikke adressert alle argumentene fremsatt av norske myndigheter i brev 21. desember 2023, men det slås fast at tilsynets foreløpige vurdering er at «these arguments do not fundamentally undermine its view as expressed» i brevet fra 29. februar 2024, jf. avsnitt 12 og 112.

¹⁴³ ESAs brev 29. februar 2024 pkt. 11.4.

4.2.2. Tilpasning til SGS 2020

I 2018 ble det inngått en tariffavtale om kommunal tjenstepensjon (SGS 2020), som var del av en bredere reform om tjenstepensjon i offentlig sektor om tilpasning til pensjonsreformen fra 2011. SGS 2020 trådte i kraft i 2020, og den nærmere utformingen av systemet er grundig beskrevet i saksdokumentene, og det gjentas ikke her ut over følgende oppsummering:

Kort forklart er det eldre systemet en bruttordning der ytelsen er definert på forhånd. Bruttonivået er 66 % av sluttlønn opp til 12 G ved full opptjeningstid (30 år). Ordningen garanterer en samlet pensjon fra folketrygden og tjenstepensjonsordningen ved full opptjeningstid, og for netto tjenstepensjon gjøres det fradrag fra folketrygden etter samordningsloven. Pensjonsalderen er fast, men med tidligpensjon ved AFP (62-67). Denne ordningen gjelder fortsatt for personer født før 1963.

For personer født i 1963 eller senere er det innført en påslagsordning der det er innbetalingene som er definert i forkant. Det gis årlig opptjening for inntekt opp til tolv ganger folketrygdens grunnbeløp, der alle år teller (livsløpsopptjening).¹⁴⁴ Rettighetene akkumuleres i en pensjonsbeholdning med garantert regulering, og uttak beregnes ved å dele pensjonsbeholdningen på delingstall i folketrygden. Tjenstepensjonen vurderes selvstendig fra folketrygden. Uttak er fleksibelt fra 62 år til 75 år, og AFP er gjort til et livsvarig tillegg.

Storebrand har anført at endringene som følge SGS 2020 har ledet til vesentlige endringer av kontraktene med KLP. Norske myndigheter har særlig i brev 21. desember 2023 gått detaljert til verks for å tilbakevise Storebrands anførsler, men ESA mener foreløpig at endringene er i strid med direktivet og antar at inntil 369 kontrakter kan ha blitt ulovlig endret. Jeg har ikke blitt forelagt avtalene til KLP, og må derfor basere meg på at endringene i det regulatoriske rammeverket også gjenspeiles i avtalene. Jeg vil i punkt I vurdere om endringene er vesentlige og i punkt II vurderer jeg om noen av unntakene for tillatte endringer kan komme til anvendelse.

I. Er det gjort vesentlige endringer?

Artikkel 72 kodifiserer som sagt EU-domstolens praksis om hva som utgjør en vesentlig endring. Det er særlig endringer i leverandørens favør som omfattes, men forbudet er ikke nødvendigvis begrenset til dette.¹⁴⁵ Norske myndigheter synes å være enig i at SGS 2020 «warranted certain adjustments of the insurance terms and the insurance statutes». ¹⁴⁶ Likevel hevdes det med henvisning til ulike grunner at endringene «do not even qualify as modifications of the contracts, within the meaning of Article 72 of the Directive». ¹⁴⁷

EU-domstolen har anlagt en bred forståelse av hva som utgjør en *endring*. Det omfatter både endringer med grunnlag i avtale og endringer med grunnlag i lov.¹⁴⁸ Det kreves ikke at

¹⁴⁴ Grunnsatsen for inntekt i intervallet 0–12 G er 5,7 prosent og tilleggssatsen for inntekt i intervallet 7,1–12 G er 18,1 prosent

¹⁴⁵ Se forslag til avgjørelse i forente saker C-728/22 og C-730/22 *Anib* fotnote 32 og forslag til avgjørelse i C-282/24 *Polismyndigheten* fotnote 32 med videre henvisninger.

¹⁴⁶ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 s. 16

¹⁴⁷ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.9.1 (s. 20).

¹⁴⁸ Se f.eks. forente saker C-728/22 og C-730/22 *Anib* avsnitt 74-76

endringen oppfyller vilkårene for hva som utgjør en kontrakt under direktivet.¹⁴⁹ Det er tale om en objektiv vurdering, og det er derfor uten betydning om endringene ikke skulle være «the result of changed priorities or a subjective desire to renegotiate the contracts».¹⁵⁰ Det omfatter også ensidige endringer,¹⁵¹ og derfor har det heller ikke betydning at KLP kan «at its own discretion and without informing the customers – adjust the insurance terms in accordance with alterations to the prevailing collective bargaining agreement».¹⁵²

Saker som *Fastned* viser at endringer som er foranlediget av lovendringer også omfattes. Følgelig utelukker det ikke at det er gjort endringer i direktivets forstand at endringene var «strictly necessary to ensure that KLP fulfilled its main obligation towards the customers; to provide occupational pension benefits in accordance with applicable laws and collective agreement».¹⁵³ Direktivet forutsetter i artikkel 72. nr. 1 bokstav a at til og med endringer muliggjort av kontrakten selv er en endring. At «the need for adjustments were already taken into account and reflected in the contractual relationship between the parties» utelukker derfor heller ikke at det er gjort en endring.¹⁵⁴

Det norske myndigheter omtaler som «adjustments» i forsikringsvilkår fremstår som endringer i direktivets forstand. Norske myndigheter synes likevel å bestride dette fordi justeringene «essentially affect the employees' rights and entitlement to receive benefits from the pension scheme, not the contractual relationship between the pension provider and the Norwegian contracting authorities». Det er vanskelig å se at det har betydning for spørsmålet om det foreligger en endring. Der oppdragsgiver inngår en tredjepartsavtale med en leverandør, vil endringer i tredjemanns rettigheter nødvendigvis endre leverandørens forpliktelser. Det er neppe en uvanlig situasjon i offentlige anskaffelser ettersom det offentlige inngår en mengde kontrakter for å oppfylle sine plikter overfor tredjeparter, som allmennheten eller bestemte grupper. Så lenge leverandørens plikter endres vil det være tale om en endring etter artikkel 72

Spørsmålet blir etter dette om endringene som er gjort er *vesentlige*, og i motsatt fall vil endringen være tillatt etter artikkel 72 nr. 1 bokstav e. I artikkel 72 nr. 4 står det at en endring er vesentlig om den gjør avtalen «materially different in character from the one initially concluded». I bokstav a til d er det beskrevet situasjoner som i alle tilfeller er vesentlig, men ESA viser i liten grad til disse alternativene i subsumsjonen. Det følger imidlertid av ordlyden «in any event» at bokstav a til d ikke er en uttømmende opplisting for når kontrakten er vesentlig annerledes enn da den ble inngått.¹⁵⁵ Endringer av kontraktens «essential terms» vil være vesentlige selv om de ikke dekkes av situasjonene beskrevet i bokstav a til d.¹⁵⁶ Hvor det

¹⁴⁹ Forente saker C-441/22 og C-443/22 *Razgrad*

¹⁵⁰ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2022 pkt. 9.4.4 s. 37

¹⁵¹ Forente saker C-728/22 og C-730/22 *Anib* avsnitt 74-75

¹⁵² Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.8.1 (s. 16).

¹⁵³ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.8.1 (s. 16).

¹⁵⁴ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 4.8.1 (s. 16). Nedenfor behandles artikkel 72 nr. 1 bokstav a som foreskriver at endringer kan være tillatt om kontrakten har en klar og utvetydig endringsklausul.

¹⁵⁵ Se også forslag til avgjørelse i C-526/17 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 66 der EU-domstolens liste over vesentlige endringer omtales som «non-exhaustive list of circumstances and conditions under which a change is to be viewed as material».

¹⁵⁶ C-454/06 *Pressetext*

skjer flere endringer må alle vurderes, og det må ses hen til alle virkningene hver endring medfører.¹⁵⁷

Forbud mot endringer i anskaffelsens «essential terms» inngår i et bredere anskaffelsesrettslig konsept som springer ut av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Disse prinsippene krever at oppdragsgiver strengt overholder kontraktens regler, og den kan derfor ikke på noe tidspunkt gjøre endringer i anskaffelsens grunnleggende betingelser. EU-domstolen har for eksempel sagt at tekniske spesifikasjonene definerer selve kontraktsgjenstanden, og derfor kan utgjøre grunnleggende betingelser i kontrakten som ikke kan endres.¹⁵⁸ *Storebælt* er et eksempel på at den grunnleggende risikofordelingen ikke kunne endres fordi det «specifies the conditions governing the calculation of prices».¹⁵⁹ I andre saker er det sagt at kontraktens pris er «of great importance»,¹⁶⁰ og det er flere eksempler på at EU-domstolen har funnet at økninger i vederlaget har utgjort en vesentlig endring.¹⁶¹ I *Sisal* var det derimot gjort endringer i betalingsbetingelsene uten at kontraktsbeløpet var endret, og EU-domstolen mente at det ikke utgjorde en vesentlig endring i den saken.¹⁶²

Polismyndigheten illustrer imidlertid at det kan skje vesentlige endringer selv om vederlaget forblir omtrent det samme. I den saken var det gjort endringer i parameterne til kontraktens prismodell ved at variabel pris ble endret til fast pris, men uten at kontraktsverdien økte. EU-domstolen påpekte at selv om det er gjort endringer i vederlagsmodellen som kun leder til «a marginal change in the total value» av kontrakten, kan det utgjøre en endring av kontraktens *overordnede karakter* om den «lead to a fundamental change in the balance» av kontrakten.¹⁶³ EU-domstolen uttrykker at det vil være helt unntaksvis under de minimis-regelen, men den påpeker også at endringer av kontraktens grunnleggende karakter er en *høyere* terskel enn vesentlige endringer. Generaladvokaten synes å mene at endringene i den saken var vesentlige selv om de ikke endret kontraktens overordnede karakter:

«[the] contested modifications do not constitute a simple modification of the remuneration for the service which is the subject matter of the contested framework agreements. The substantial modification to the radius within which the fixed price applies (from 10 to 50 km) and the significant increase in that fixed price (which increased from SEK 0 to SEK 4 500, approximately EUR 450) have profoundly modified the structure of the remuneration, involving, in essence, a shift to a remuneration system based primarily not on a variable price but on a fixed price. Second, as the referring court noted, those amendments nevertheless resulted, as regards one of the providers, in a marginal reduction in the total value of the contract.»¹⁶⁴

¹⁵⁷ Forente saker C-728/22 og C-730/22 *Anib* avsnitt 77-78.

¹⁵⁸ Se f.eks. C-368/10 *Max Havelaar* og C-298/15 *Borta*

¹⁵⁹ C-243/89 *Storebælt* avsnitt 42 og 40

¹⁶⁰ C-152/17 *Consorzio Italian Management* avsnitt 30, se også forslag til avgjørelse i sak C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 35

¹⁶¹ Se for eksempel sak C-526/17 *Kommisjonen mot Italia* og sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland*

¹⁶² Forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal* avsnitt 51 flg.

¹⁶³ C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 47

¹⁶⁴ Forslag til avgjørelse i sak C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 35

Endringer i prismodellens grunnleggende struktur ble altså sett på som en dyptgående endring i kontraktens bestemmelser om pris. Det kan illustrere at endringer i kontraktens grunnleggende vilkår vil være en vesentlig endring, fordi det per definisjon gjør at avtalen blir vesentlig annerledes enn opprinnelig inngått. Et sentralt spørsmål blir derfor om SGS 2020 har ledet til endringer i avtalens grunnleggende vilkår.

Norske myndigheter har fremsatt særdeles inngående og detaljerte anførsler mot at det er gjort vesentlige endringer, og disse er på langt nær adressert fullt ut av ESA. Det vil gå langt ut over rammene for dette oppdraget å undersøke alle argumentene som er fremsatt. Jeg vil imidlertid anta at det heller ikke er nødvendig for å kunne ta stilling til om det er gjort vesentlige endringer som følge av SGS 2020. Hvis blikket heves fra detaljene er det ubestridt at kontraktsgjenstanden er offentlig tjenstepensjon. Som forklart i saksdokumentene er noen av de grunnleggende elementene i tjenstepensjon opptjening, beregningsmodell, uttaksregler, levealderjustering, regulering, samordning og AFP. Det er ikke bestridt at det er gjort endringer i disse elementene etter pensjonsreformen, og da særlig ved SGS 2020 som ble implementert i KLPs avtaler.

For det første er reglene for opptjening endret ved at 30 år opptjeningstid er omgjort til en livsløpsopptjening. For sikrede innebærer det en høyere risiko ved at lave inntektsår slår negativt ut. Pensjonsleverandøren får på sin side mer forutsigbare kostnader og ikke samme risiko knyttet til sluttlønn som tidligere. For det andre er beregningsmodellen endret ved at bruttomodellen med garantert ytelse ble erstattet med en påslagsordning. Risikoen for sikrede øker ved at fremtidig utbetaling blir mer usikker når den ikke er garantert, mens pensjonsleverandøren får lavere risiko når det ikke lenger er garantert nivå. For det tredje er det gjort endringer i uttaksregler ved overgang til fleksibelt uttak. For sikrede vil valgfriheten øke risikoen for feil valg som kan gi varig lavere pensjon, og for pensjonsleverandøren øker usikkerheten i uttakstidspunkt. For det fjerde er det gjort endringer med hensyn til samordning i folketrygden ved at tjenstepensjonen er gjort til en påslagsmodell som skal vurderes selvstendig. For det femte er det gjort endringer i AFP som er endret fra en tidligpensjon til et livsvarig tillegg. For det sjette har det også skjedd endringer i form av levealderjusteringer, men norske myndigheter skriver at dette skjedde tilbake i 2011.¹⁶⁵

Det har etter mitt skjønn en formodning for seg at endringene som følge av SGS 2020 i det minste var vesentlige endringer av *ordningen for offentlig tjenstepensjon*. Det er for så vidt illustrerende at det står i Prop. 87 L (2018-2018) at «de foreslåtte reglene for den nye offentlige tjenstepensjonsordningen har stor betydning for offentlig ansatte, for arbeidsgivere med ansatte som har offentlig tjenstepensjon, for offentlige finanser og for samfunnet».¹⁶⁶ Selv om uttalelsen knytter seg til mer enn endringene reflektert i SGS 2020 (og dermed KLPs avtaler), synes det plausibelt at en pensjonsreform som skulle gjøre systemet mer bærekraftig ledet til vesentlige endringer. Hvis ikke ville det neppe vært treffende å omtale pensjonsreformen som «et politisk mirakel»,¹⁶⁷ og det er som kjent dette mirakelet som er bakgrunnen for SGS 2020 ved at offentlig tjenstepensjon skulle tilpasses folketrygdens

¹⁶⁵ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.3.3 (s. 7–8).

¹⁶⁶ Prop. 87 L (2018-2019) kapittel 14.1

¹⁶⁷ Se f.eks. Innstilling 221 S (2020-2021)

regler. For å sikre et mer bærekraftig system måtte mer av risikoen overføres til sikrede, og det må nødvendigvis ha påvirket risikoen for pensjonstilbyderne, men hvor mye denne risikoen ble forskjøvet kan sikkert diskuteres inngående. Uansett er det vanskelig å se annet enn at det ble gjort endringer i de grunnleggende elementene i tjenstepensjonen som forklart ovenfor.

Spørsmålet blir så om vesentlige endringer av ordningen for tjenstepensjon som følge av SGS 2020, også innebærer at KLPs avtaler ble vesentlig endret. Etter mitt skjønn har det formodningen for seg at vesentlige endringer i ordningen for tjenstepensjon, også vil være en vesentlig endring av kontrakten slik definert i artikkel 72 nr. 4.

For det første er offentlig tjenstepensjon selve kontraktsgjenstanden. Når det skjer vesentlige endringer i ordningen for offentlig tjenstepensjon, synes det å innebære at også kontraktsgjenstanden blir endret vesentlig. At kontraktsgjenstanden endres er ikke nødvendigvis sidestilt med at det tilbys et annet produkt, for det å tilby epler istedenfor pærer er ansett som en endring av kontraktens overordnede karater som altså er noe mer enn en vesentlig endring.¹⁶⁸ At ordningen endres fra en bruttomodell med garantert ytelse til en påslagsmodell, og med endringer i regler for opptjeningstid, synes å være eksempler på endringer av grunnleggende vilkår som påvirker selve strukturen i produktet.

For det andre påvirker endringene i offentlig tjenstepensjon prisingen av produktet. Når endringene skal lede til endringer i pensjonen som utbetales sikrede, vil det nødvendigvis måtte påvirke hvordan pensjonsleverandøren priser produktet, og pris er som sagt et grunnleggende kontraktsvilkår. Norske myndigheter synes ikke å bestribe at SGS 2020 påvirker hvordan produktet må prises for å oppfylle kravene i forsvl. § 3-3. Derimot vises det til estimater om at premien på sikt vil være noenlunde den samme under ny ordning, og at det primært vil være midlertidige forskjeller når ordningen innføres. Vurderingen av om endringen er vesentlig kan neppe ha et slikt langtidsperspektiv som anført av norske myndigheter. Også virkninger som er kortsiktige for ordningen som sådan kan være vesentlige for kontrakten, for eksempel hvis det skjer betydelige endringer i vederlaget i overgangsfasen. Uansett illustrerer *Polismyndigheten* at endringer kan være mer enn vesentlige selv om vederlaget forblir mer eller mindre den samme. Når det skjer endringer i produktets grunnleggende betingelser som påvirker prisingen av produktet, fremstår det som en vesentlig endring, og det gjelder selv om vederlag ikke nødvendigvis skulle øke i særlig grad.

For det tredje, og i forlengelse av ovenstående, påvirker endringene risikofordelingen i kontrakten. Selv om norske myndigheter skulle ha rett i at SGS 2020 ikke «alter the overall risk profile» av produktet,¹⁶⁹ virker det ikke bestridt at noe av formålet med pensjonsreformen om å bevare den økonomiske bærekraften ledet til en overføring av risiko til sikrede, og det kan kanskje forklare at norske myndigheter står hardt på at denne endringen av risiko ikke er relevant. Som nevnt ovenfor mener jeg at endringer i sikredes rettigheter som endrer pensjonsleverandørens plikter omfattes av forbudet mot vesentlige endringer. Risikofordelingen mellom sikrede og pensjonsleverandøren synes å være en del av

¹⁶⁸ Direktiv 2014/24/EU fortalen avsnitt 109

¹⁶⁹ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 s,

kontraktens grunnleggende risikofordeling, og endringer av den risikoen fremstår da som en vesentlig endring. Forsvaret fra norske myndigheter om at «the overall risk profile» er den samme, høres mer ut som et spørsmål om kontraktens overordnede karakter er intakt, men det er altså noe mer enn konseptet vesentlige endringer.

Norske myndigheter oppsummerer et sted at det ikke er tale om vesentlige endringer fordi «the level of pension benefits is affected by the same parameters; (i) years of service, (ii) level of income and (iii) employment percentage». Samtidig synes det ubestridt at det har skjedd endringer i disse parameterne, og det synes også som at det er gjort strukturendringer når for eksempel bruttmodellen endres til en påslagsmodell. Etter mitt skjønn fremstår disse parameterne som grunnleggende for en kontrakt om offentlig tjenestepensjon, og da vil endringer i disse normalt være en vesentlig endring av kontrakten. Etter mitt syn fremstår endringene som nokså dyptgripende og strukturelle og det gjør kontraktene «materially different in character from the one initially concluded».

I ESAs brev vises det også til at endringen kunne ha påvirket deltakelsen i konkurransen siden «the changes brought about by SGS 2020 resulted in Storebrand actively pursuing the market».¹⁷⁰ Det heter at hvis endringene hadde vært en del av «the initial procurement procedure, they would have attracted additional participants». Dette gjenspeiler vilkåret i artikkel 72 nr. 4 bokstav a, men ESA presiserer ikke om denne vurderingen er begrenset til kontrakter der det har blitt avholdt en konkurranse. Etter det jeg forstår er mange av KLPs kontrakter tildelt uten konkurranse.

Det følger av EU-domstolens praksis at det ikke er et vilkår for forbudet mot vesentlige endringer at kontrakten har blitt kunngjort, og saker som *Comune Di Lercici* illustrerer at også direkte tildelte kontrakter omfattes av forbudet.¹⁷¹ Vurderingstemaet i artikkel 72 nr. 4 bokstav a synes imidlertid å forutsette at en konkurranse har blitt avholdt.¹⁷² Ettersom forbudet mot vesentlige endringer skal sikre grunnprinsippene som tjener målene om konkurranse og fri bevegelse, er det imidlertid nærliggende at innvirkning på deltakelsen i en hypotetisk konkurranse uansett er relevant ved vurderingen av om endringen er vesentlig etter artikkel 72 nr. 4.¹⁷³ Norske myndigheter synes å være enige i dette fordi de flere ganger viser til at DNB valgte ikke å engasjere seg på markedet etter SGS 2020. Logisk sett bør det da være like relevant at Storebrand ønsket å gjeninntre på markedet etter at SGS 2020 ble implementert. Imidlertid synes norske myndigheter å anføre at det ikke er godtgjort noen sammenheng mellom SGS 2020 og Storebrands ønske om å gjeninntre på markedet.¹⁷⁴ På grunn av gjennomgangen ovenfor vil jeg imidlertid anta at det ikke er nødvendig å godtgjøre dette fordi det uansett synes som at det er gjort endringer i kontraktens grunnleggende elementer som kvalifiserer til en vesentlig endring.

¹⁷⁰ ESAs brev 29 februar 2024 avsnitt 221

¹⁷¹ C-719/20 *Comune Di Lercici* avsnitt 37 med videre henvisninger

¹⁷² Se for eksempel forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal* avsnitt 54

¹⁷³ Se også fortalen avsnitt 109 som viser til «hypothetical influence on the outcome», se også Bogdanowicz i Article 72 i Caranta og Sanchez-Graells i *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU* avsnitt 72.70 flg.

¹⁷⁴ Brev fra norske myndigheter 14. juni 2024 s. 31-32

Spørsmålet om det er gjort vesentlige endringer er nokså komplekst i denne saken, og som sagt faller det utenfor rammene av mitt oppdrag å imøtegå alle de detaljerte argumentene fra norske myndigheter. Men på grunnlag av det som fremstår som kjernen i endringene er det mitt syn at endringene som fulgte SGS 2020 mest sannsynlig er vesentlige. Disse gjaldt bare for personer født i 1963 eller senere, og for aldersgruppen født tidligere ble det etter det jeg forstår ikke gjort endringer. Etter mitt syn vil imidlertid endringene som følge av SGS 2020 være en vesentlig endring av kontrakten selv om det ikke rammer alle deler av kontrakten. At ikke alle deler av kontrakten rammes kan derimot være et moment i vurderingen av om det har skjedd endringer i kontraktens overordnede karakter (se nedenfor). At endringen er vesentlig betyr likevel ikke at den uten videre er forbudt. I punkt II vil jeg diskutere om noen av unntakene i artikkel 72 kan komme til anvendelse.

II. Tillatte endringer?

En endring som er vesentlig, kan likevel være tillatt om direktivets unntaksregler er oppfylt. Etter artikkel 72 nr. 1 bokstav e kan det gjøres ikke-vesentlige endringer, men som det fremgår ovenfor mener jeg endringene fremstår som vesentlige. På grunnlag av anførselene fra norske myndigheter vil jeg i det følgende drøfte unntaket for avtalte endringer (pkt. a) og unntaket for uforutsette omstendigheter (pkt. b) før jeg til slutt nevner de minneste regelen (pkt. c).

a. Avtalte endringer

Ifølge artikkel 72 nr. 1 bokstav a kan det gjøres endringer hvis det var «provided for in the initial procurement documents in clear, precise and unequivocal review clauses». Det tillates likevel ikke endringer av «the overall nature of the contrac».

Norske myndigheter har anført at behovet for endringer som følge av blant annet nye tariffavtaler «were already taken into account and reflected in the contractual relationship between the parties».¹⁷⁵ Det menes at endringene som er gjort er «changes pursuant to the existing contracts, rather than changes of the contracts».¹⁷⁶ Det fremstår likevel noe uklart om det med dette anføres at endringene kan forankres i artikkel 72 nr. 1 bokstav a. Norske myndigheter skriver at «this line of reasoning forms the foundation of Article 72(1)(a) of the Directive»,¹⁷⁷ men det synes ikke å bli uttrykkelig anført at endringene kan forankres i en endringsklausul som oppfyller direktivets krav.

Jeg har ikke blitt forelagt noen avtaler mellom offentlige oppdragsgivere og KLP, men så vidt jeg kan se er det ikke vist til noen endringsklausuler i korrespondansen fra norske myndigheter, ut over artikkel 21 i forsikringsvilkårene, og der norske myndigheter anfører at oppdragsgiverne «should be allowed to rely on the general provision in section 21 of the insurance terms».¹⁷⁸ Det er imidlertid vanskelig å se at den bestemmelsen oppfyller kravene

¹⁷⁵ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.8.1 (s. 16)

¹⁷⁶ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.8.1 (s. 21)

¹⁷⁷ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.9.1 (s. 21)

¹⁷⁸ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.9.2 (s. 22)

til en endringsklausul etter direktivet, og argumentene fra norske myndigheter fremstår dessuten som inkonsistente på dette punkt.

Ifølge artikkel 72 nr. 1 bokstav a skal endringsklausuler være klare, utvetydige og presise og må «state the scope and nature of possible modifications or options as well as the conditions under which they may be used». Artikkel 21 skisserer kun et mulig behov for endringer, men den sier lite om vilkårene for endringer og konsekvensene det skal ha for avtalene ut over at KLP ikke er forpliktet til å meddele sikrede informasjon etter forsikringsavtaleloven. Norske myndigheter har et annet sted hevdet at de har «difficulties in understanding how the relevant contracting authorities had the prerequisites to formulate clear and precise change clauses in advance of the changes that took place from 2020».¹⁷⁹ Hvis det ikke var mulig å utforme en klar endringsklausul, kan norske myndigheter neppe mene at artikkel 21 i forsikringsvilkårene oppfyller kravene i artikkel 72 nr. 1 bokstav a.

Så lenge kontrakten ikke har en endringsklausul som kan rettferdiggjøre endringene, krever direktivet at oppdragsgiver kan begrunne disse i en av de andre reglene om tillatte endringer. Hovedfokuset til norske myndigheter har vært unntaket for uforutsette omstendigheter som behandles i det følgende.

b. Uforutsette omstendigheter

Norske myndigheter anfører at endringene oppfyller vilkårene i artikkel 72 nr. 1 bokstav c om uforutsette omstendigheter. I *Fastned* har EU-domstolen sagt at bestemmelsen kan påberopes selv om den opprinnelige kontrakten ikke er lovlig inngått så lenge fristene i nasjonal rett som gjennomfører artikkel 2f i direktiv 1989/665 er utløpt.¹⁸⁰ Rekkevidden av *Fastned* kan muligens diskuteres siden den saken gjaldt en kontrakt opprinnelig tildelt ved egenregi, men der senere endringer i leverandørens eierskap gjorde at vilkårene for egenregi ikke lenger var oppfylt. Jeg vil imidlertid anta at EU-domstolens begrunnelse for at unntaket er anvendelig selv om kontrakten ikke opprinnelig er lovlig tildelt også gjelder andre situasjoner med ulovlige tildelinger. Derfor antar jeg at norske myndigheter kan påberope unntaket for uforutsette omstendigheter selv om de opprinnelige kontraktene til KLP ikke ble lovlig inngått.

Det er en rekke vilkår som må være oppfylt for at unntaket om uforutsette omstendigheter kommer til anvendelse.¹⁸¹ Blant disse er at den enkelte endring ikke fører til en prisendring som er 50 % større enn verdien av den opprinnelige avtalen. Norske myndigheter skriver at dette vilkåret er oppfylt. Det synes som det har vært en diskusjon om dette mellom tilsynet og myndighetene, men norske myndigheter skriver at uansett tilnærming er ikke terskelverdien på 50 % overskredet,¹⁸² og jeg behandler derfor ikke dette vilkåret nærmere.

Etter bokstav c (i) må behovet for endringen være «brought about by circumstances which a diligent contracting authority could not foresee». Det står i fortalen avsnitt 109 at konseptet uforutsette omstendigheter forutsetter «external circumstances». I *Razgrad* skriver også EU-

¹⁷⁹ Brev fra norske myndigheter 14. juni 2024 s. 33

¹⁸⁰ C-452/23 *Fastned* avsnitt 69

¹⁸¹ C-452/23 *Fastned* avsnitt 72

¹⁸² Brev fra norske myndigheter 25. februar 2025 pkt. 4.4 (s. 13).

domstolen at «unforeseeable circumstances are external circumstances».¹⁸³ Norske myndigheter mener at SGS 2020 var en uforutsett omstendighet, og det første spørsmålet blir om dette var en *ekstern* omstendighet.

Norske myndigheter synes å anføre at SGS 2020 var en uforutsett omstendighet ettersom «netiher the contracting authority as such, nor KLP (or Storebrand) had any **direct influence** on this circumstances» (min utheving).¹⁸⁴ I *Kommisjonen mot Tyskland* ble det anført at det ikke ble inngått en offentlig kontrakt når oppdragsgiver ikke gjorde annet enn å implementere en kollektivavtale. Dette var EU-domstolen ikke enig i fordi kollektivavtalen «was negotiated by, amongst others, representatives of the local authority employers. Those employers consequently exerted influence, at least indirectly, on the content of that paragraph.»¹⁸⁵ Det antas at norske myndigheter er enig i at kommuner også har en indirekte påvirkning på kollektivforhandlingene for de skriver at disse ikke hadde «direct influence» over utfallet. Selv om kommunene ikke var direkte «engaged in negotiations pertaining to SGS 2020», er det vanskelig å se at SGS 2020 kan være en ekstern omstendighet når kommunene i alle fall indirekte har påvirket utformingen av den ordningen.

Forutsatt at SGS 2020 kan være en ekstern omstendighet, blir neste spørsmålet om den var *uforutsett* slik norske myndigheter hevder. I fortalen avsnitt 109 står det at dette forutsetter at omstendighetene «could not have been predicted despite reasonably diligent preparation of the initial award by the contracting authority», før det listes opp noen momenter som kan ha betydning i den vurderingen. I *Razgrad* skriver EU-domstolen at lovbestemmelser som var «published in advance and applicable to a period included in the period for performance of the contract» ikke er uforutsette omstendigheter.¹⁸⁶ *Fastned* tilsier imidlertid at *etterfølgende* lovendringer kan være uforutsette omstendigheter.

Norske myndigheter anfører at SGS 2020 var en uforutsett omstendighet. Som det fremgår av fortalen avsnitt 109 må hva som er uforutsigbart vurderes med utgangspunkt i tidspunktet for «the initial award». ESA anfører som sagt at inntil 369 kontrakter har blitt ulovlig endret, og jeg antar at en del av disse avtalene er inngått før pensjonsreformen for norske myndigheter hevder at «most of the municipalities' contracts with KLP have been concluded before the EEA Agreement entered into force 1 January 1994».¹⁸⁷ ESA skriver at «the overall process to amend the occupational pension regime in Norway can be said to have commenced in 2001 and changes were made to the national insurance pension in 2011», og tilsynet mener derfor at endringene «were foreseeable».¹⁸⁸ Dette blir imidlertid upresist når det ikke sies noe om for hvilke kontrakter det var forutsigbart at det ville skje endringer som nevnt. Muligens mener tilsynet at det var forutsigbart for kontrakter inngått etter 2001, eller i alle fall for kontrakter

¹⁸³ Forente saker C-441/22 og C-443/22 *Razgrad* avsnitt 68

¹⁸⁴ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 9.4.3 (s 36)

¹⁸⁵ C-271/08 *Kommisjonen mot Tyskland*

¹⁸⁶ Forente saker C-441/22 og C-443/22 *Razgrad* avsnitt 69

¹⁸⁷ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.9.2 (s. 21), brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 8.5 (s. 26)

¹⁸⁸ ESAs brev 24. mars 2023 avsnitt 226

inngått etter 2011, men det kan vanskelig forklare situasjonene for kontrakter som er inngått før disse tidspunktene.

Norske myndigheter synes imidlertid ikke å bestride at det fra 2011 var påregnelig at det kunne skje endringer i kommunal tjenstepensjon som følge av pensjonsreformen som trådte i kraft det året. En del kontrakter synes å være inngått etter dette, og i alle fall antar Storebrand at om lag 100 kommuner har etablert ordninger i KLP etter 2012.¹⁸⁹ Anførselen om at SGS 2020 var en uforutsigbar omstendighet synes noe vanskelig å forene med norske myndigheters anførsle om at «the potential for modifications is an integral component of the insurance terms. It is part of their nature».¹⁹⁰ Norske myndigheter synes imidlertid å mene at SGS 2020 var uforutsigbar fordi det ikke var mulig å forutse «the exact features» av ordningen før 2. mars 2018 da kollektivavtalen ble inngått.¹⁹¹

Det er vanskelig å se at endringene vil være uforutsigbare helt til oppdragsgiver kjenner de eksakte detaljene til omstendighetene som menes å være uforutsett. Så lenge det er forutsigbart for en normalt aktsom oppdragsgiver at ny tariffavtale kan endre eksisterende ordninger om tjenstepensjon kunne oppdragsgiver i prinsippet ta høyde for mulige endringer i kontrakten. ESA skriver at SGS 2020 var «the result of almost 10 years of negotiation».¹⁹² I tråd med synspunktet i *Kommisjonen mot Tyskland* vil jeg at anta at siden kommunene som arbeidsgiver er representert i forhandlingene om ny tariffavtale, vil det kunne påvirke tidspunktet for når endringer var forutsigbare, selv om den enkelte kommunene ikke var «engaged in negotiations pertaining to SGS2020».¹⁹³ Fra hvilket tidspunkt dette var forutsigbart er imidlertid et faktisk spørsmål som faller utenfor mitt mandat.

Selv om pensjonsreformen skulle være uforutsett for en del avtaler da tildelingene skjedde, følger det av *Fastned* at det er et vilkår at «those circumstances brought about a need to modify the concession concerned». Ifølge EU-domstolen vil ikke uforutsette omstendigheter nødvendiggjøre en endring av kontrakten «merely because its contractual terms do not cover the situation resulting from unforeseeable circumstances which have arisen». Dette forklares med at unntaket for uforutsette omstendigheter skal beskytte den opprinnelige kontrakten og må derfor være nødvendig for å sikre korrekt oppfyllelse. Det ligger i dette at:

«in order for the ‘need for’ the modification of a concession to be regarded as having been ‘brought about’ by the materialisation of unforeseeable circumstances, those circumstances must also require the initial concession to be adapted in order to ensure that the proper performance of the obligations arising from it may continue.»¹⁹⁴

Det kan hevdes at endringene som følge av SGS 2020 ble gjort for å sikre en riktig oppfyllelse av *tariffavtalen*, og ikke for å sikre riktig oppfyllelse av de opprinnelige pensjonsavtalene. Mot dette vil antakelig norske myndigheter anføre at det er en del av produktet å tilby

¹⁸⁹ Brev fra Storebrand 18. november 2022 s. 2

¹⁹⁰ Norske myndigheters brev 21. desember 2023 pkt. 4.8.1 (s. 16)

¹⁹¹ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 36, brev 21. desember 2023 s. 22

¹⁹² ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 204

¹⁹³ Norske myndigheters brev 21. desember 2023 pkt. 4.9.2 (s. 22).

¹⁹⁴ C-452/23 *Fastned* avsnitt 73-75

tjenestepensjon «in accordance with applicable laws and collective agreement».¹⁹⁵ At opprinnelig kontrakt ikke dekket de nye kravene i SGS 2020, kan imidlertid ikke alene begrunne at endringene var nødvendig slik forklart av EU-domstolen i *Fastned*.

Selv om endringen er nødvendig på grunn av uforutsette omstendigheter, følger det av bokstav c at det ikke kan skje endringer i «the overall nature of the contract». I fortalen avsnitt 109 er det som eksempler på slike endringer nevnt «replacing the works, supplies or services to be procured by something different or by fundamentally changing the type of procurement.» I *Polismyndigheten* skriver EU-domstolen at dette er endringer som endrer kontrakten «in its entirety», for eksempel endringer som «transform the contract concerned».¹⁹⁶ Det heter at dette konseptet:

«[covers] only the most significant substantial modifications which entail a fundamental change in the subject matter of the framework agreement or in the type of framework agreement concerned or a fundamental change in its balance, with the result that they may be regarded as being of such a kind that they result in the transformation of the framework agreement in its entirety.»¹⁹⁷

Som nevnt skriver EU-domstolen at endringer i vederlagsmodellen som ikke fører til endringer i samlet verdi som klar hovedregel ikke endrer rammeavtalens overordnede karakter. Likevel kan det under særlige omstendigheter stille seg annerledes om:

«the revision of the remuneration method of the framework agreement concerned completely alters the general structure of that framework agreement, leading to the successful tenderer or tenderers being placed in a significantly more favourable position than that which would have resulted from the application of the method of remuneration initially agreed on.»¹⁹⁸

Følgelig vil endringen som gjør at det tilbys et helt annet produkt normalt være en endring av kontraktens overordnede karakter. Hvis produktet i hovedsak er det samme, og heller ikke prisen endres i særlig grad, synes EU-domstolen å mene at det først vil foreligge en endring av kontraktens overordnede karakter hvis avtalens grunnleggende struktur endres og det leder til at leverandøren «being placed in a significantly more favourable position».

Storebrand har anført at kontraktens overordnede karakter er endret ved at SGS 2020 gjør at det tilbys et nytt produkt i gjeldende avtaler. Det bestrides av norske myndigheter, som mener produktet er det samme, og at «the overall risk profile» også er den samme. ESA synes ikke å gjøre en vurdering av om kontraktens overordnede karakter endres. Mitt mandat er begrenset til å gjøre en vurdering av ESAs analyser, og når tilsynet ikke har vurdert om kontraktens overordnede karakter endres er det vanskelig for meg å foreta en slik vurdering.

Spørsmålet om vilkårene i bokstav c er oppfylt reiser altså flere faktiske spørsmål som faller utenfor mitt mandat, og jeg kan derfor ikke gjøre en fullgod vurdering av samtlige vilkår.

¹⁹⁵ Brev fra norske myndigheter 21. desember 2023 pkt. 4.8.1 (s. 16)

¹⁹⁶ C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 21, 32

¹⁹⁷ C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 41

¹⁹⁸ C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 48

Samtidig synes det for meg som høyst tvilsomt om inngangsvilkåret i bokstav c er oppfylt fordi SGS 2020 vanskelig kan betegnes som en ekstern omstendighet når kommunene selv har en indirekte innflytelse over den avtalens tilblivelse.

c. De minimis-regelen

I artikkel 72 nr. 2 er det fastsatt «*de minimis thresholds, below which a new procurement procedure is not necessary*».¹⁹⁹ Ifølge bestemmelsen kan det i alle tilfeller gjøres endringer så lenge verdien av endringen²⁰⁰ er (i) lavere enn terskelverdiene og (ii) for tjenestekontrakter må verdien være lavere enn 10 % av kontraktsverdien.²⁰¹ Imidlertid følger det av bestemmelsen at endringen ikke kan «alter the overall nature of the contract», og som vi har sett er det avklart i *Polismyndigheten* at dette er en høyere terskel enn vesentlige endringer.²⁰²

Jeg kan ikke se at det er avklart i rettspraksis om det er en forutsetning for anvendelsen av de minimis-regelen at kontrakten opprinnelig var lovlig inngått. Det er ikke et uttrykkelig eller implisitt vilkår etter bestemmelsens ordlyd, og jeg vil derfor ikke utelukke at resonnementet i *Fastned* kan overføres til de minimis-unntaket.

Storebrand synes å forutsette i klagen at overgangen fra eldre til ny pensjonsordning har ført til en økning av vederlaget til KLP, men det antas at det er «less than 15 percent of KLP's remuneration».²⁰³ Den terskelen gjelder imidlertid for bygge- og anleggskontrakter, mens terskelen for tjenestekontrakter er «10 % of the initial contract value».²⁰⁴ Norske myndigheter skriver at «the new accrual scheme is financed by the same premium elements as under the previous scheme», og at «the level of these premiums are essentially the same as under the previous scheme».²⁰⁵ Heller ikke Storebrand utelukker at «the premiums and price items are by large the same».²⁰⁶ Det samme gjelder ESA som synes å forutsette at premien kan være «more or less the same».²⁰⁷

Selv om det synes å være enighet om at premiene ikke har endret seg i særlig grad, kan jeg ikke se at norske myndigheter har påberopt de minimis-regelen,²⁰⁸ og den bestemmelsen er heller ikke adressert av ESA. Det kan umiddelbart fremstå som noe underlig at den ikke er påberopt når norske myndigheter gjentatte ganger fremhever at «the level of these premiums are essentially the same as under the previous scheme». Gitt myndighetenes detaljerte og offensive tilnærming i saken, vil jeg anta at unntaket ikke er påberopt fordi vilkårene ikke er oppfylt. For at unntaket skal komme til anvendelse for den enkelte kontrakt må norske myndigheter nemlig for det første bevise at verdien av *samtlig*e endringer som er gjort i

¹⁹⁹ Fortalen avsnitt 107 i direktiv 2014/24/EU

²⁰⁰ Hvis det har skjedd flere endringer følger det av artikkel 72 nr. 2 at «the value shall be assessed on the basis of the net cumulative value of the successive modifications»

²⁰¹ Ifølge artikkel 72 nr. 3 skal «the updated price shall be the reference value when the contract includes an indexation clause»

²⁰² C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 49

²⁰³ Klagen s. 22

²⁰⁴ Artikkel 72 nr. 2 ii

²⁰⁵ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 9.4.2 (s. 35)

²⁰⁶ Brev fra Storebrand 26. mai 2023 pkt. 6.2 (s. 28)

²⁰⁷ ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 223

²⁰⁸ Det sies ingenting om endringene kan være lavere enn 10 % av kontraktsverdien, bare at verdien er under 50 % av verdien, se pkt. 9.4.3 (s. 36-37).

kontrakten ikke overstiger 10 % av opprinnelig kontraktsverdi.²⁰⁹ For det andre må norske myndigheter bevise at verdien av samtlige endringer ikke overstiger terskelverdien for tjenestekontrakter. Ettersom norske myndigheter selv mener at det i alle fall ved innfasingen av SGS 2020 kan bli høyere premier, vil jeg anta at dette vilkåret sjeldent vil være oppfylt gitt at kontraktene gjennomgående synes å ha høye verdier. For det tredje må norske myndigheter bevise at kontraktens overordnede karakter ikke er endret. Som det fremgår av gjennomgangen i punkt b ovenfor vil den overordnede karakteren endres om det etter SGS 2020 tilbys et annet produkt enn tidligere, eller hvis kontraktens grunnleggende karakter er endret. Så lenge unntaket ikke er påberopt av norske myndigheter eller vurdert av ESA, er det ikke mulig for meg å gjøre en vurdering av om vilkårene etter de minimis-regelen er oppfylt.

d. Oppsummering

Etter mitt syn er det mest sannsynlig at SGS 2020 ledet til endringer i grunnleggende bestemmelser i KLPs avtaler. SGS ledet til vesentlige endringer i utformingen av offentlig tjenstepensjon ved at det ble innført en ny modell med andre regler for opptjening, som forskyver risikoforholdet mellom sikrede og pensjonsleverandøren. Dette må anses som endringer i grunnleggende elementer i offentlig tjenstepensjon, og dermed er de også grunnleggende elementer i en avtale om offentlig tjenstepensjon.

Det er som sagt vanskelig for meg å gjøre en fullgod vurdering av om endringene likevel kan være tillatt. På grunnlag av saksdokumentasjon som er fremlagt for meg virker det lite sannsynlig at endringene kan forankres i en tilstrekkelig klar endringsklausul, gitt at norske myndigheter bare har vist til artikkel 21 i forsikringsvilkårene. Det virker mindre sannsynlig at endringen kan begrunnes i bestemmelsen om uforutsette omstendigheter fordi SGS 2020 neppe er en ekstern omstendighet. De minimis-regelen er som sagt ikke vurdert av ESA. Forutsatt at endringene ikke kan begrunnes i noen av direktivets regler for tillatte endringer, følger det av artikkel 72 nr. 5 at det må avholdes «a new procurement procedure», men det skal ikke være gjort.

Norske myndigheter har anført at det vil «cause considerable practical challenges and costs» om det skal skje en ny kunngjøring hver gang fagforeningene reforhandler ordningene om offentlig tjenstepensjon.²¹⁰ Til lignende anførsler har EU-domstolen uttalt at «the contracting authority may retain the possibility of making amendments, even material ones, to the contract, after it has been awarded, on condition that this is provided for in the documents which governed the award procedure».²¹¹ Følgelig gjør regelverket det mulig for oppdragsgiver å redusere praktiske utfordringer og kostnader ved å innta en endringsklausul i kontrakten. Videre er direktivets regler om tillatte endringer ment å ivareta oppdragsgivers behov for fleksibilitet i kontraktsperioden. Samtidig setter direktivet visse grenser for å sikre

²⁰⁹ Artikkel 72 nr. 2 foreskriver at «Where several successive modifications are made, the value shall be assessed on the basis of the net cumulative value of the successive modifications»

²¹⁰ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 9.1 (S. 28)

²¹¹ C-549/14 *Finn Frogne* avsnitt 36, se også E-10/11 og E-11/11 *Hurtigruta* avsnitt 119-123

riktig balanse mellom hensynet til likebehandling og gjennomsiktighet og hensynet til oppdragsgivers behov for fleksibilitet.²¹²

4.2.3. Forlengelser av kontrakter

ESA har anført at flere kontrakter med «fixed duration» har blitt forlenget, og tilsynet antar at «30 contracts have been extended by between five and eight years» i perioden mellom 2015 og 2018.²¹³ Så vidt jeg kan se har ikke norske myndigheter imøtegått dette i særlig grad.

Direktivets forbud mot vesentlige endringer og tillatte endringer er forklart ovenfor.

Endringene i kontraktperioden har skjedd dels under direktiv 2014/24/EU og dels direktiv 2004/18/EF, men under begge regimer har EU-domstolen funnet at forlengelser av kontraktperioden som ikke er foreskrevet i kontrakten selv er en vesentlig endring.²¹⁴ I *Anib* heter det for eksempel at:

«it is common ground that a modification which has the effect, inter alia, of renewing or extending the duration of a concession beyond the duration provided for at the time of its initial award makes the character of that concession substantially different from that initially envisaged, since it affects an essential element of the contract concerned and because, if that new character of an essential element of that contract had been included in the initial procedure, that procedure would have attracted more participants. Therefore, such a modification must be regarded as substantial, since the other effects produced by that modification can only have accentuated its substantial nature.»²¹⁵

En vesentlig forlengelse av kontrakten vil også kunne være en endring av den økonomiske balansen i favør av leverandøren når denne «*considerably increases its remuneration.*»²¹⁶ Der forlengelsen innebærer en dobling av kontraktperioden, eller i noen tilfeller en forlengelse «by almost eightfold the initial contract duration» er det lite tvilsomt at det vil være en vesentlig endring etter artikkel 72 nr. 4 bokstav a, b og c.²¹⁷ Jeg kan ikke se at det er anført eller vurdert om endringene kan være tillatt etter direktivets regler, og det blir derfor ikke vurdert nærmere her.

4.2.4. Kommunesammenslåing

Storebrand har hevdet at kommunesammenslåinger har ført til vesentlige endringer fordi større volum øker attraktiviteten til kontraktene. ESA er foreløpig enig i at kommunesammenslåinger mellom 2017 og 2020 har ført til at 10 kontrakter kan ha blitt vesentlig endret.²¹⁸ Norske myndigheter bestrider dette.

²¹² C-282/24 *Polismyndigheten* avsnitt 38 med videre henvisinger

²¹³ ESAs brev 29. februar 2024 pkt. 11.2

²¹⁴ Se en del henvisninger i for eksempel forslag til avgjørelse i C-526/17 *Kommisjonen mot Italia*

²¹⁵ Forente saker C-728/22 og C-730/22 *Anib* avsnitt 85

²¹⁶ Sak C-526/17 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 75, se også C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland*

²¹⁷ ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 191

²¹⁸ ESAs brev 29. februar 2024 pkt. 13.4.

Utgangspunktet er at endring av oppdragsgiver kan være en vesentlig endring av kontrakten, men norske myndigheter skriver at sammenslåingen er et resultat av intern reorganisering,²¹⁹ og at overgangen til ny kommune ikke i seg selv er en vesentlig endring. Det synes også Storebrand og ESA og være enig i. Det har støtte i saker som *Remondis*, der det forklares at det er opp til medlemsstatene å bestemme hvordan kompetansen fordeles mellom offentlige myndigheter, og det omfatter også «internal reorganisations of powers within a Member State».²²⁰ Dette kommer også til uttrykk i artikkel 1 nr. 6 i direktiv 2014/24/EU, og i direktiv 2014/23/EU vises det til «the principle of free administration».²²¹

Selv om endring av formell oppdragsgiver ikke anses som en vesentlig endring ved kommunesammenslåing, mener ESA at det ble gjort vesentlige endringer der «the number of staff increased by more than 50 %».²²² Det vises til at «the equalisation of premiums should give rise to a direct correlation between the number of employees and the value of the contract».²²³ Hvis det er riktig, synes det å foreligge en vesentlig endring etter artikkel 72 nr. 4 bokstav a, b og c.

Norske myndigheter anfører imidlertid at tilsynet «seems to have somewhat misunderstood the number of employees' relevance to the value of the contract», fordi det er «the pre-merger municipalities' pension basis and premium reserves, not the number of employees» som bestemmer verdien av kontrakten etter sammenslåingen.²²⁴ Dette er ikke imøtegått i dokumentene oversendt meg, og det er da vanskelig å gjøre en vurdering av dette gitt oppdragets rammer. Tilsynelatende synes det noe underlig om en dobling av antall sikrede ikke «extends the scope of the contract or framework agreement considerably». I *Kommisjonen mot Tyskland* fant for eksempel EU-domstolen at en 25 % geografisk utvidelse på av en ambulanskontrakt var vesentlig.²²⁵

Hvis det derimot ikke er tale om en vesentlig utvidelse av antall sikrede fordi alle impliserte kommuner var medlemmer i KLP fra før av, fremstår det ikke som en utvidelse av kontrakten om endringen kun består i at «the pension schemes are governed by one contract document instead of two documents».²²⁶ ESA mener imidlertid at det selv i slike tilfeller er en vesentlig endring fordi «two independent smaller contracts should not be considered the same as one large contract». En slik tilnærming kan stå i en viss kontrast til prinsippet om fri administrasjon, men det er vanskelig å gjøre en fullgod vurdering av dette når de nærmere endringene av kontraktene ikke er beskrevet.

Norske myndigheter har også for kommunesammenslåinger anført at endringene uansett er tillatt etter bokstav c om uforutsette omstendigheter. ESA utelukker ikke at kommunesammenslåingene kan ha vært uforutsett ved tildelingen, men ESA synes å anta at

²¹⁹ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 11.8 s. 47

²²⁰ C-51/15 *Remondis* avsnitt 40-41.

²²¹ Se også forslag til avgjørelse i C-452/23 *Fastned* fotnote 28

²²² ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 199-200

²²³ ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 196

²²⁴ Brev fra norske myndigheter 14. juni 2020 pkt. 7.1 (s. 16)

²²⁵ C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland*

²²⁶ Brev fra norske myndigheter 14. juni 2024 pkt. 7.1 (s. 17).

kontraktens verdi økes med mer enn 50 %, noe norske myndigheter har sagt seg uenig i etterfølgende brev. Det faller utenfor mitt mandat å vurdere slike faktiske forhold. Andre av direktivets regler, som tilleggskjøp etter bokstav b, synes ikke påberopt av norske myndigheter.

Spørsmålet om kommunesammenslåingene utgjør en vesentlig endring reiser dels faktiske spørsmål som ikke synes avklart i dokumentene jeg har hatt tilgang til, og jeg finner det derfor vanskelig å konkludere om hva jeg mener er mest sannsynlig utfall.

4.3. Oppsigelsesplikt for løpende avtaler?

4.3.1. Oversikt

I klagen fra Storebrand er det anført at flere oppdragsgivere har «indefinite contracts with KLP». Med det menes at avtalen er «without expiration date, but with a termination clause (by convenience)», og det opplyses at flere kontrakter «have run for decades».²²⁷ Storebrand anfører at oppdragsgiver har plikt til å si opp kontrakter som har løpt lenge slik at de kan utlyses på nytt.²²⁸ For kontrakter inngått etter 1994 er norske myndigheter noen steder enig i at «an obligation to initiate new tenders may be derived from the fundamental procurement principles», men skriver at hvor lang kontraktsperiode som er tillatt må vurderes konkret for den enkelte kontrakt.²²⁹ For kontrakter inngått før 1994 mener norske myndigheter at det ikke foreligger noen plikt til å si opp avtalen «unless they have been substantially modified».²³⁰

ESAs foreløpige vurdering er at kontraktsperioder ut over 10 år vanskelig kan forsvares i lys av grunnprinsippene. Det legges til grunn at inntil 275 kontrakter kan ha løpt i mer enn 10 år fordi det ikke er gitt opplysninger om nye kunngjøringer siden 2013. Det tas imidlertid forbehold om at noen av disse «are likely to have been awarded prior to 1994».²³¹ Hvorvidt avtaler inngått før 1994 likevel kan være omfattet av plikten til oppsigelse fordi de har blitt vesentlig endret, synes ikke adressert av tilsynet.

Hvorvidt det er oppsigelsesplikt ved langvarige avtaler, kan etter mitt syn deles i to spørsmål. Det første spørsmålet er om EØS-retten setter grenser for avtalers varighet (4.3.2). I så fall er det andre spørsmålet om brudd på dette krever at oppdragsgiver sier opp avtalen (4.3.3.).

4.3.2. Begrenser EØS-retten lovlig varighet av kontrakten?

I *Pressetext* skrev EU-domstolen at direktivene ikke er til hinder for at det inngås tidsubegrensede kontrakter, men det står også at slike kontrakter «might, over time, impede competition between potential service providers and hinder the application of the provisions of Community directives governing advertising of procedures for the award of public contracts».²³² I *Helmut Müller* heter det for tidsubegrensede konsesjoner «are serious grounds, including the need to guarantee competition, for holding the grant of concessions of unlimited

²²⁷ Klagen pkt. 3.1

²²⁸ Klagen pkt. 2.2.3 og 3.2.

²²⁹ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 2 og 10.2.

²³⁰ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 10.2.2 (s. 41).

²³¹ Brev fra ESA 29. februar 2024 avsnitt 245

²³² C-454/06 *Pressetext* avsnitt 73-74

duration to be contrary to the European Union legal order».²³³ Dette ble dels forklart med at konsesjoner skal overføre en driftsrisiko, men det kan bli mindre reelt om kontrakten er tidsbegrenset.

Jeg er ikke kjent med praksis fra EU-domstolen som utdyper dette ytterligere. EU-domstolen har imidlertid lagt til grunn i en rekke saker at proporsjonalitetsprinsippet er et generelt prinsipp som alltid må overholdes ved offentlige innkjøp, og som innebærer at det ikke kan stilles vilkår som går lenger enn det formålet som forfølges tilsier.²³⁴ Prinsippet beskytter også oppdragsgiver mot uforholdsmessige krav.²³⁵ En tilnærming kan være at der kontraktsperioden er lengre enn det som er nødvendig for å oppnå oppdragsgivers formål, vil det begrense konkurransen mer enn nødvendig og dermed være rettstridig.

Som ESA påpeker må det antas at oppdragsgiver har et vidt skjønn til å bestemme lengden på kontraktsperioden ettersom det oppdragsgiver som best kjenner sine behov.²³⁶ ESA viser til at kontraktsperioden for kunngjorte kontrakter har vært maksimalt fire til fem år, og tilsynet «question whether a contract term of more than around ten years could be justified».²³⁷ I Kofa-sak 2024/721 skulle avtaleperioden «være fra 1. januar 2024 til 31. desember 2027, med opsjon for ytterligere fire år (2+2)».²³⁸ ESA inviterer norske myndigheter «to provide further information and proof of such circumstances, both in relation to the service in general and any specific contracts where significantly longer period is considered justified».

I etterfølgende brev gjentar norske myndigheter at lengden på kontrakter må vurderes individuelt og konkret, men at det kan være behov for langvarige perioder. Muligens mener norske myndigheter at det skal være mulig for «pension providers to invest in assets with an investment horizon of 20 years».²³⁹ Det er vanskelig å se at norske myndigheter i særlig grad godtgjør hvorfor det skal være behov for så lange kontraktsperioder, som synes å gå langt ut over kontraktsperioden i kunngjorte kontrakter. Tilnærmingen synes å etterlate lite realitet i erkjennelsen av at «a practice of letting contracts without a fixed term run for too long may conflict with the fundamental principles». Målet om størst mulig konkurranse er også ment å gi fordeler for oppdragsgiver som får flere tilbud å velge mellom,²⁴⁰ og norske myndigheter har i andre sammenhenger lagt til grunn at kontrakter skal kunngjøres «med jevne mellomrom».²⁴¹

I fravær av nærmere føringer i rettspraksis er det imidlertid vanskelig å si når kontraktsperioden blir uforholdsmessig lang. Jeg vil tro det kan være vanskelig for ESA å begrunne en maksimal grense for 10 år for alle de 275 kontraktene som nevnes under dette punkt.

²³³ C-451/08 *Helmut Muller* avsnitt 79

²³⁴ Se f.eks. C-769/23 *Mara* avsnitt 67

²³⁵ C-568/24 *Sof Media* avsnitt 47

²³⁶ Sml. C-413/17, *Roche Lietuva* avsnitt 30

²³⁷ Brev fra ESA 29. februar 2024 avsnitt 175

²³⁸ Kofa-2024-721 avsnitt 1

²³⁹ Brev fra norske myndigheter 29. februar 2024 pkt. 6 (s. 15)

²⁴⁰ C-402/18 *Tedeschi* avsnitt 39

²⁴¹ Brev fra Administrasjons- og kirke departementet 24. februar 2012

4.3.3. Oppsigelsesplikt

Forutsatt at oppdragsgiver har latt en kontrakt løpe lenger enn det som er forholdsmessig, oppstår spørsmålet om oppdragsgiver har en oppsigelsesplikt fordi det foreligger brudd på EØS-retten. I brev 25. februar 2025 hevder norske myndigheter at «there is no obligation to terminate an indefinite contract solely due to the passage of time». Dette er imidlertid et omstridt spørsmål, som etter mitt syn ikke er endelig avklart i EØS-rettslige kilder.

EU-domstolen har for eksempel i *Wall* lagt til grunn at grunnprinsippene ikke krever at oppdragsgiver må si opp kontrakten «in every case» det er påstått brudd prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.²⁴² Den formuleringen utelukker ikke at det kan være en plikt til det i noen tilfeller, slik EFTA-domstolen også antyder i Wolfgang Egger.²⁴³ Ved direktiv 2007/66 ble det å kjenne kontrakten uten virkning innført som et rettsmiddel for privat håndheving, og EU-domstolen har i saker som *Simonsen & Weel* forklart at denne sanksjonen er forbeholdt «the most serious cases of infringements of EU law on public procurement, namely those in which a contract is awarded directly without having been the subject of any prior publication of a contract notice».²⁴⁴

Kofa har lagt til grunn at etter håndhevingsdirektivet trådte i kraft kan det ikke på et EU/EØS-rettslig grunnlag utledes «en anskaffelsesrettslig plikt for oppdragsgiver til å si opp ulovlig inngåtte kontrakter».²⁴⁵ I juridisk litteratur er det fremsatt andre syn på det spørsmålet.²⁴⁶ Ved innføringen av 2014-direktivene ble det inntatt regler om at medlemsstatene skal sørge for at oppdragsgiver har mulighet til å si opp kontrakten i nærmere angitte tilfeller, men uten at ordlyden oppstiller en oppsigelsesplikt. I *Morandi-broen* var det stilt spørsmål som med EU-domstolens omformulering gikk ut på:

«whether Article 44 of Directive 2014/23 establishes an obligation to terminate a concession during its term where a modification has been made thereto in breach of either the obligation to organise a new award procedure or the potential obligation to examine the concessionaire’s reliability».²⁴⁷

Spørsmålet ble imidlertid avvist fordi det fremsto hypotetisk og var upresist.²⁴⁸

Generaladvokaten, som også mente at spørsmålet måtte avvises, gjør en kort drøftelse av spørsmålet, men skriver at ingen av faktorene som den nasjonale domstolen forutsatte var tilstede, blant annet fordi det ikke var gjort vesentlige endringer som kunne begrunne brudd på kunngjøringsplikten.

Det kan hevdes at en oppsigelsesplikt vil kunne utledes av lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3. I prinsippet om lojalitet ligger en reparasjonsplikt som innebærer at EØS-statene skal «nullify the unlawful consequences of a breach of EEA law». Med det menes at det

²⁴² C-91/08 *Wall* avsnitt 65

²⁴³ E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 74

²⁴⁴ C-23/20 *Simonsen & Weel* avsnitt 86

²⁴⁵ Kofa-2021-1132 avsnitt 32

²⁴⁶ Se f.eks. Halonen “Termination of a public contract – lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive” i *Public Procurement Law Review* 2017 nr. 4 s. 187-199.

²⁴⁷ C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 42

²⁴⁸ C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 43-47.

påhviler alle kompetente nasjonale myndigheter «an obligation to take all measures necessary, within the sphere of their competence» for å reparere brudd på EØS-retten.²⁴⁹ Dersom en kontrakt har fått løpe lengre enn det EØS-retten tillater, kan det hevdes at oppdragsgiver har plikt til å reparere bruddet ved å anvende oppsigelsesklausulen i kontrakten. Norske myndigheter skriver at «all contracts for provision of public occupational pension scheme may be terminated by the contracting authority yearly».²⁵⁰

Det er eksempler i rettspraksis på at en rett blir konvertert til en plikt når det er nødvendig for å avhjelpe brudd på EØS-retten («kan du, så skal du»). Et slikt resonnement synes lagt til grunn av Høyesterett i en annen rettslig kontekst i HR-2025-667-A. Det heter først i avsnitt 44 at prinsippene om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse «tilseier at det ikkje er rom for «kan-skjønet» dersom vilkåra for mellombels åtgjerd elles er oppfylte». Deretter heter det i avsnitt 46:

«Konsekvensen må etter mi meining vera at «kan-skjønet» domstolane har etter tvistelova § 34-1 fyrste ledd, ikkje kan nyttast til å nekte ei mellombels åtgjerd dersom retten finn det sannsynleggjort at EUs prosjektdirektiv er brote, og vilkåra for ei mellombels åtgjerd elles er oppfylte. Då må domstolane bruke kompetansen sin til å vedta ei mellombels åtgjerd.»²⁵¹

Jeg vil anta at det tilsvarende kan hevdes at der kontrakten har blitt uforholdsmessig langvarig, kan lojalitetsplikten tilsi at oppdragsgiver har en plikt til å anvende oppsigelsesretten i kontrakten. Det gjelder særlig der kontrakten har fått løpe svært lenge slik at det er tale om mer alvorlige brudd på grunnprinsippene. Det forblir imidlertid et uklart spørsmål inntil EU-domstolen gir en endelig avklaring. Jeg vil mene at det enn så lenge vil være utfordrende for ESA å godtgjøre at det er oppsigelsesplikt i alle de 275 kontraktene som potensielt har fått løpe lengre enn det tilsynet mener er tillatt.

4.4. Unntak fra kunngjøringsplikt på grunn av eneleverandør?

Direktivene inneholder visse unntak fra kunngjøringsplikten. Norske myndigheter mener at det i perioden 2013 til 2019 kunne gjøres direkte tildelinger til KLP fordi selskapet av tekniske grunner var eneste leverandør i EØS slik at de såkalte eneleverandøruntaket kunne påberopes.

I 2012/2013 trakk DNB og Storebrand seg ut av markedet for offentlig tjenstepensjon. Ifølge norske myndigheter førte det til at 93 kommuner og en rekke virksomheter sto uten en tjenestetilbyder, og «most of these transferred to KLP». Siden KLP var den eneste (norske) tilbyderen av offentlig tjenstepensjon fra 2013-2019, hevdes det at «no public tenders were conducted» i denne perioden.²⁵² Storebrand har imidlertid fremlagt noen kunngjøringer slik det det synes å ha blitt avholdt noen konkurranser.²⁵³ ESA legger til grunn at tilsynet har dokumentasjon som tilsier at det er 18 kontrakter som har blitt tildelt i denne perioden

²⁴⁹ Se f.eks. E-18/24 *Natur og Ungdom* avsnitt 103

²⁵⁰ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 10.1 (s. 40).

²⁵¹ HR-2025-667-A avsnitt 46

²⁵² Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 s. 13

²⁵³ Brev fra Storebrand 18. november 2022 pkt. 2.3

«without competition and which may still be in force».²⁵⁴ Tilsynet er ikke enig med norske myndigheter i at eneleverandøruntaket er anvendelig.

Unntak fra kunngjøringsplikt fulgte av fulgte av artikkel 31 i direktiv 2004/18/EF, og som i hovedsak er videreført i artikkel 32 i direktiv 2014/24/EU. EU-domstolen har sagt at unntak fra kunngjøringsplikten skal tolkes strengt,²⁵⁵ og ifølge fortalen til direktiv 2014/24/EU avsnitt 50 skal unntak fra kunngjøring «be used only in very exceptional circumstances».

Det følger av artikkel 32 nr. 2 bokstav b ii) at det kan gjøres unntak fra kunngjøringsplikten der «competition is absent for technical reasons». Ordlyden krever at det ikke finnes konkurranse («absent»). I fortalen står det at unntaket omfatter situasjoner hvor «there is objectively only one economic operator that can perform the contract», og det er «only situations of objective exclusivity» som kan rettferdiggjøre unntak fra kunngjøringsplikten etter den bestemmelsen. Tekniske grunner omfatter ifølge fortalen avsnitt 50 blant annet «near technical impossibility» for en annen leverandør å tilby det oppdragsgiver trenger, behov for «specific know-how, tools or means which only one economic operator has at its disposal», eller «interoperability requirements».

Det er presisert i artikkel 32 nr. 2 at unntaket bare kan påberopes «when no reasonable alternative or substitute exists and the absence of competition is not the result of an artificial narrowing down of the parameters of the procurement». EU-domstolen har i *Česká republika* presisert at forgjengeren i direktiv 2004/18/EF krever at tekniske grunner må «make it absolutely necessary to award the contract to a particular economic operator». Det heter at «a contracting authority is required to do everything that can reasonably be expected of it in order to avoid».²⁵⁶ Bevisbyrden for at vilkårene var oppfylt ved tildelingen påligger oppdragsgiver.

Norske myndigheter viser til at Storebrand og DNB trakk seg ut av markedet, og at det ikke er kjent at Finanstilsynet mottok «any notices or applications from foreign insurance undertakings who had expressed an interest to provide public occupational pension schemes in Norway during that time».²⁵⁷ Dette menes å utgjøre «technical reasons» for at konkurranse var utelukket i den aktuelle perioden, men en slik tilnærming synes å legge ordlyden på strekk. Denne innvendingen synes også norske myndigheter å ha fanget opp fordi det hevdes at bestemmelsen er «applicable in all situations where it is clear from the outset that only one economic operator offers the services in question, even though the absence of competition is due to commercial preferences rather than strict technical reasons».²⁵⁸

Norske myndigheters tilnærming finner ikke støtte i bestemmelsens ordlyd, som skal tolkes strength. I *Česká republika* skriver EU-domstolen at forgjengeren i direktiv 2004/18/EF:

«allows the use of that procedure if two cumulative conditions are satisfied, namely, first, the existence of technical or artistic reasons or reasons connected with the

²⁵⁴ ESAs brev 29. februar 2024 avsnitt 239

²⁵⁵ C-578/23 *Česká republika* avsnitt 27 med videre henvisninger

²⁵⁶ C-578/23 *Česká republika* avsnitt

²⁵⁷ Brev fra norske myndigheter 24. mars 2023 pkt. 8.5 (s. 26)

²⁵⁸ Brev fra norske myndigheter 14. juni 2024 pkt. 5.2 (s. 10).

protection of exclusive rights linked to the subject matter of the contract and, second, the fact that those reasons make it absolutely necessary to award the contract to a particular economic operator».²⁵⁹

Det er følgelig et kumulativt vilkår for anvendelsen av bestemmelsen at situasjonene beskrevet i bestemmelsen, som «technical reasons», er oppfylt. Direktivet gir altså ikke en generell adgang til å fravike kunngjøring i de tilfeller det ikke kan forventes konkurranse. Dersom det ikke kommer tilbud etter en kunngjøring, kan det imidlertid gjøres unntak fra kunngjøringsplikten etter artikkel 32 nr. 2 bokstav a. Så lenge myndighetene ikke kan godtgjøre at det foreligger «technical reasons» til at det bare finnes én leverandør, kan ikke eneleverandørunntaket påberopes.

Det synes heller ikke som at forholdene norske myndigheter anfører gjør at det er «objectively only one economic operator that can perform the contract». Det synes ikke bestridt at andre leverandører i EØS i prinsippet kan levere tjenestene som etterspørres, og da er det vanskelig å se at unntaket kommer til anvendelse. Formålet med kunngjøringen er å gi «any potential tenderer» mulighet til å vurdere interesse i kontrakten,²⁶⁰ herunder for å etablere seg i et nytt marked. Så lenge det finnes potensielle leverandører som i prinsippet kan levere tjenesten, synes det ikke å foreligge en eneleverandørsituasjon etter artikkel 32 fordi da er ikke konkurranse «absent». I så fall vil det heller ikke være «absolutely necessary» å tildele kontrakten til en bestemt leverandør uten forutgående kunngjøring.

Norske myndigheter synes ikke å bestride at det var andre potensielle leverandører, men så vidt jeg forstår menes det at det var lite realistisk at andre leverandører ville melde interesse på grunn av blant annet regulatoriske krav.²⁶¹ Norske myndigheter anfører at unntaket blir «left without any substance» om det skal tas hensyn til potensielle leverandører fordi «in principle, all economic operators represent potential suppliers of all services».²⁶² Dette er nettopp grunnen til at det som klar hovedregel skal skje en kunngjøring, og ved tolkningen av unntaket har EU-domstolen særlig fremhevet formålet om konkurranse og fri bevegelighet og har på det grunnlag tolket unntaket strengt.²⁶³ Unntaket forutsetter at det bare finnes én leverandør som kan tilby tjenestene, og situasjoner der det kan være aktuelt er beskrevet i fortalen avsnitt 50 som viser at unntaket ikke er uten effekt.

Som nevnt har EU-domstolen sagt at oppdragsgiver må gjøre hva den kan for å unngå anvendelsen av artikkel 32. Dette må vurderes for den enkelte kontrakt, og norske myndigheter viser til at enkelte oppdragsgivere kunngjorde «ex-ante transparency notices». Hvis de øvrige vilkårene for unntaket skulle være oppfylt, vil jeg anta at slike tiltak kan godtgjøre at «thorough research was carried out with a view to identifying operators, different from the supplier to whom the contract was awarded».²⁶⁴

²⁵⁹ C-578/23 *Česká republika* avsnitt 26 med videre henvisninger

²⁶⁰ Se f.eks. C-458/03 *Parking Brixen* avsnitt 49

²⁶¹ Brev fra norske myndigheter 14. juni pkt. 5.3 (s. 12 til 14)

²⁶² Brev fra norske myndigheter 14. juni 2024 pkt. 5.2 (s. 12)

²⁶³ C-578/23 *Česká republika* avsnitt 29.

²⁶⁴ C-578/23 *Česká republika* avsnitt 30

Slik saken er opplyst i saksdokumentene, er det min vurdering at det mest sannsynlig ikke er grunnlag for å påberope eneleverandørunntaket som grunnlag for at direkte tildelinger til KLP i 2013 til 2019 var lovlige.

5. AVSLUTNING

Med de forbehold som følger innledningsvis og underveis har jeg i denne vurderingen konkludert som følger:

- I. Kontrakter om offentlig tjenstepensjon omfattes av direktivene saklige virkeområdet. Det fremstår ikke tvilsomt at det er tale om økonomiske tjenester. Direktivet gjelder bare for kontrakter over terskelverdiene, og jeg finner det mest sannsynlig at ESAs tilnærming til beregningen av kontraktsverdien er riktig. Det er etter mitt syn noe mer tvilsomt om offentlig tjenstepensjon kvalifiseres som en særlig tjeneste, men jeg mener det er mest nærliggende at ordningen i denne saken følger det ordinære regimet
- II. Det er ikke påvist unntak fra direktivets anvendelsesområde som gjør seg gjeldende for kontraktene med KLP. Jeg finner det ikke tvilsomt at vilkårene for utvidet egenregi ikke er oppfylt så lenge det er private eierandeler i KLP.
- III. Det er kunngjøringsplikt for kontrakter omfattet av direktivene og ESA kan anlegge traktatbrudd for brudd på kunngjøringsplikten.
 - a. Kunngjøringsplikt utløses også ved vesentlige endringer, og jeg finner det mest sannsynlig at endringene i kjølvannet av SGS 2020 ledet til vesentlige endringer. Unntaket som er påberopt virker ikke anvendelig fordi det ikke er vist til en ekstern omstendighet. Det er mest sannsynlig at forlengelsene av kontraktene er vesentlige endringer. Jeg har ikke grunnlag for å vurdere om kommunesammenslåing ledet til vesentlig endring av de 10 kontraktene ESA har identifisert.
 - b. Jeg mener det er uklart i hvilken utstrekning det er oppsigelsesplikt for langvarige avtaler. Jeg finner det mest nærliggende at EØS-retten setter grenser for hvor langvarige offentlige avtaler kan være, men den nærmere grensen kan være usikker og må vurderes konkret. Ved brudd på dette vil jeg ikke utelukke at det kan følge en oppsigelsesplikt av lojalitetsplikten når oppdragsgiver har den muligheten i kontrakten, men dette forblir usikkert inntil EU- eller EFTA-domstolen gir en avklaring. Jeg vil anta at ESA vil ha vanskeligheter med å godtgjøre at det er oppsigelsesplikt for inntil 275 kontrakter.
 - c. Jeg mener at eneleverandørunntaket mest sannsynlig ikke kan påberopes for de direkte tildelingene til KLP i perioden 2013 til 2019.

Oppsummert mener jeg at ESA har gode grunner for å slå fast at EØS-avtalen er brutt ved tildelinger av kontrakter til KLP. Imidlertid mener jeg at ESA i brevet 29. februar 2024 legger opp til en sak som virker særdeles krevende å føre i retten. Tilnærmingen med å vise en fast og konsistent praksis fra 1994, med flere hundre kontrakter, er vanskelig av flere grunner. Den synes inspirert av Kommisjonens saksanlegg i *Kommisjonen mot Tyskland*, men at generaladvokaten mente at den saken burde avvises illustrerer at det kan være en krevende

oppgave å føre en slik sak. Tilnærmingen synes å gi norske myndigheter den fordel at saken kan overleses med detaljer og særdeles mange forsvarslinjer, som antakelig vil være svært ressurskrevende for tilsynet å håndtere. Jeg vil anta at en mer overkommelig tilnærming kan være å velge ut noen pilotsaker, der det i liten grad er grunnlag for å bestride faktum, og hvor det eventuelt kan velges kontrakter inngått på ulike tidspunkter hvis det er ønskelig å få prøvd flere prinsipielle spørsmål for EFTA-domstolen.

Simen Hammersvik

Oslo 27. april 2026.