

Til: Storebrand Livsforsikring AS
Fra: Advokatfirmaet Mageli ANS v/Kristian Jåtog Trygstad
Dato: 12. mai 2020
Emne: Kommuners kjøp av tjenestepensjonstjenester

1. OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER

I dette notatet redegjør vi for anskaffelses- og statsstøtteregolverkets krav når kommuner kjøper tjenestepensjon. Det er tatt inn forholdsvis omfattende henvisninger i noter, som utdyper og forankrer våre vurderinger. Noen kommuner har egen pensjonskasse, men flertallet av kommunene kjøper tjenestepensjon fra et livsforsikringsselskap.¹ Det er minst to aktuelle leverandører av forsikret tjenestepensjon, KLP og Storebrand.

Tjenester knyttet til forvaltning og administrering av pensjonene til kommunens ansatte er et av kommunenes største innkjøp. Det inngås en *gjensidig bebyrdende avtale*, og en *kontrakt* i anskaffelsesregelverkets forstand.² De langt fleste av disse kontraktene er av en slik verdi at de skal inngås på bakgrunn av forutgående konkurranser som kunngjøres i EØS-markedet.³ Denne plikten til konkurranseutsetting av avtalene gjelder uavhengig av om kommunene er fornøyd med avtalen med dagens leverandør, og uavhengig av om konkurranseutsetting anses som hensiktsmessig.

Forskjellene mellom tidligere og ny offentlig tjenestepensjon innebærer at kommunene ikke uten videre kan forankre kjøp av ny offentlig tjenestepensjon i kontrakter som er inngått om tidligere offentlig tjenestepensjon. Det er vesentlige forskjeller mellom disse ordningene, og uten en klar forankring i den eksisterende kontrakten vil en inkludering av ny offentlig tjenestepensjon innebære en ulovlig, vesentlig endring av kontrakten.

Ved kommunesammenslåing vil den nye kommunen ofte vil være avskåret fra å videreføre tidligere kontrakter om offentlig tjenestepensjon. Dette er en konsekvens av at en slik videreføring vil forutsette endringer som innebærer at vilkårene i kontrakten blir vesentlig forskjellige fra den kontrakten som opprinnelig ble inngått.

Kommuners kjøp av tjenestepensjon uten konkurranse kan også være problematisk i lys av regelverket for offentlig støtte. I denne sammenhengen skal kommunens rolle som deleier av KLP holdes atskilt fra kommunens rolle som kjøper av tjenester.⁴ Hvis kommunen betaler mer enn nødvendig, gis tjenestepensjonsleverandøren en økonomisk fordel som må vurderes opp mot statsstøtteregolverket. Gjennomføring av konkurranser anses som en egnet metode

¹ Dette omfatter ca 65-70 prosent av de ansatte.

² Se også KOFAs avgjørelser i sakene 2006/161, 2009/44, 2009/10, 2009/19, 2009/20 og 2009/159.

³ Dette følger av anskaffelsesforskriften § 5-1 sammenholdt med § 5-3.

⁴ Se for eksempel gjennomgangen i ALT advokatfirmas rapport Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler punkt 6.3 flg, tilgjengelig her https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/rapport_kommunal_virksomhet_statsstotte_reglene.pdf

for å utelukke elementer av statsstøtte i avtaler som inngås. Hvis kommunens kontrakt om tjenstepensjon er inngått uten konkurranse, må derimot kommunen vise dette på en annen måte. Dette gjelder også i tilfeller hvor avtalens innhold er endret ved ny offentlig tjenstepensjon og innføringen av en påslagsmodell fra 2020, og hvor avtalens omfang er endret etter kontraktsinngåelse ved kommunesammenslåing.

Samtlige av de anskaffelses- og statsstøtterettslige problemstillingene som vi redegjør for i notatet, kan kommunene håndtere relativt enkelt og billig ved jevnlig å gjennomføre konkurranser om offentlig tjenstepensjon.

2. ANSKAFFELSESREGELVERKETS KRAV

2.1. Forbudet mot vesentlige endringer og plikten til å gjennomføre nye anskaffelser

Hvis en kontrakt endres vesentlig i kontraktsperioden, innebærer det at det i realiteten inngås en ny avtale. Denne nye avtalen skal inngås ved en ny kunngjort konkurranse.⁵ Det er i dag et fungerende marked for tjenstepensjonstjenester, hvor flere leverandører tilbyr slike tjenester. Unntak fra kravet til konkurranse kan dermed ikke forankres i at bare én leverandør tilbyr tjenestene.

I punktene nedenfor viser vi hvorfor ny offentlig tjenstepensjonsordning og kommunesammenslåinger hver for seg og samlet innebærer vesentlige endringer som forplikter kommunene til å gjennomføre nye konkurranser om disse tjenestene.

Innledningsvis bemerker vi at anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipp om konkurranse i tillegg begrenser kontraktens varighet. Har en kommune for eksempel inngått tidsubegrensede avtaler med oppsigelsesklausul, vil det etter hvert oppstå en plikt til å si opp denne avtalen og gjennomføre en konkurranse om en ny avtale.⁶ Dette gjelder uavhengig av om kontrakten ble inngått før Norge sluttet seg til EØS. I sak 2009/144 ila eksempelvis Klagenemda for offentlige anskaffelser et overtredelsesgebyr på 42 000 000 kroner til Oslo kommune fordi kommunen hadde unnlatt å si opp en kontrakt som var inngått før Norge sluttet seg til EØS.⁷

I veilederen til reglene om offentlige anskaffelser har Nærings- og fiskeridepartementet begrunnet denne oppsigelsesplikten med at tidsubegrensede kontrakter *«kan hindre konkurranse mellom mulige tjenesteytere og anvendelsen av reglene om offentlige anskaffelser. Langvarige kontrakter kan etablere et leverandørmonopol i strid med forutsetningene om at offentlige oppdrag skal være gjenstand for konkurranse. Å unnlate å si opp en løpende, tidsubestemt kontrakt vil derfor kunne være en ulovlig direkte anskaffelse»*.⁸ KS Advokatene har for øvrig også lagt til grunn at en unnlattelse av å si opp en løpende, tidsubegrenset kontrakt kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.⁹

I markedet for tjenstepensjonstjenester var det i fem år bare én leverandør, KLP. Som Nærings- og fiskeridepartementet har påpekt, har anskaffelsesregelverkets krav til konkurranse og begrensningene i kontraktens varighet en viktig funksjon for å sikre at markedet åpnes, og for å unngå at det i realiteten opprettholdes et leverandørmonopol.

⁵ Dette følger implisitt av anskaffelsesforskriften §§ 28-1 flg.

⁶ Dette er blant annet poengtert av EU-domstolen i sak C-456/06 avsnitt 73.

⁷ Klagenemnda ila også overtredelsesgebyr på samme grunnlag i sak 2011/65.

⁸ Se Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser pkt 43.6.

⁹ Se KS Advokatenes betenkning *Kommunesammenslåing og forholdet til anskaffelsesregelverket* (2018) pkt 4.

2.2. Endringer som følge av ny offentlig tjenstepensjon og innføring av påslagsmodell

Det er innført en ny offentlig tjenstepensjon med virkning fra 2020. I den nye ordningen opprettes det nye pensjonsavtaler, og hvert medlem er underlagt nye opptjeningsregler. Den systemmessige produksjonen av tjenstepensjonstjenestene endres, og arbeidsgiver får andre kostnader ved innkjøp av tjenstepensjon. Dette fører igjen til at premissene for sammenligning av tilbud endres ved kjøp av ny offentlig tjenstepensjon.

Det er stilt krav om at alle leverandører må kunne levere begge typer pensjonsavtaler og pensjonsprodukter. Man står imidlertid overfor to ulike produkter, med ulik innretning og ulike priskomponenter.

Forskjellene mellom tidligere og ny offentlig tjenstepensjon innebærer at kommunene ikke uten videre kan forankre kjøp av ny offentlig tjenstepensjon i kontrakter som er inngått om tidligere offentlig tjenstepensjon. Det er vesentlige forskjeller mellom disse ordningene, og uten en klar forankring i den eksisterende kontrakten vil en inkludering av ny offentlig tjenstepensjon innebære en ulovlig, vesentlig endring av kontrakten.¹⁰

2.3. Endringer som følge av kommunesammenslåinger

Rekkevidden av forbudet mot vesentlige endringer må også vurderes hvis en kommune etter kommunesammenslåing ønsker at en tidligere avtale om tjenstepensjon skal videreføres for hele den nye kommunen.

Hvis den opprinnelige kontrakten ble inngått før mulig kommunesammenslåing ble et tema, er det grunn til å anta at endringen av den offentlige kontraktsparten ikke i seg selv anses som en vesentlig endring.

Hvis den tidligere kontrakten skal gjelde for hele den nye kommunen, vil det imidlertid også medføre endringer i realytelsen. Antall personer som er berettiget under pensjonsordningen øker, størrelsen på forvaltningskapitalen øker, kontraktens omfang øker og kontraktens verdi øker. Disse endringene vil innebære at vilkårene i kontrakten blir vesentlig forskjellige fra den kontrakten som opprinnelig ble inngått. Såpass omfattende endringer vil gjøre det vanskelig for kommunene å utelukke at andre leverandører kunne ha vært aktuelle hvis det hadde vært gjennomført en konkurranse om den nye avtalen. Endringene er også av en slik karakter at de vil kunne forskyve avtalens økonomiske balanse i leverandørens favør. Dette er kjennetegn på vesentlige endringer i henhold til anskaffelsesforskriften § 28-2, og kommunen er avskåret fra å foreta slike endringer. Dette gjelder også i tilfeller hvor de tidligere kommunene kjøpte tjenstepensjon fra samme leverandør.¹¹

Det foreligger p.t. én avgjørelse fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser hvor endringer av en kontrakt som følge av kommunesammenslåing er behandlet. I denne saken – sak 2017/56 – aksepterte nemnda endringene etter en konkret vurdering av at uforutsette omstendigheter gjorde det nødvendig å utføre tilleggsytelser som var strengt nødvendige for kontraktens fullføring. Sak 2017/56 gjaldt en konkurranse med en kontraktsverdi på 660 000 kroner, gjennomført etter anskaffelsesforskriften del II. Kontraktene om tjenstepensjon har langt større verdi, noe som begrenser de kommunale oppdragsgivernes handlingsrom.¹² Etter

¹⁰ Anskaffelsesforskriften § 28-2 slår fast at det er forbudt å foreta endringer av en kontrakt som innebærer at innholdet blir «vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten».

¹¹ Dette er for øvrig også konklusjonen i Arntzen de Besche Advokatfirmas betenkning *Kommunal pensjon og offentlige anskaffelser*, avgitt til Pensjonskontoret 9. januar 2015.

¹² Det skal antakelig mer til før en omstendighet anses som «uforutsett» i anskaffelsesforskriften del II, og unntaket kan heller ikke påberopes i tilfeller hvor avtalens grunnleggende elementer endres, se anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d).

vår vurdering kan denne saken uansett ikke påberopes av kommuner som ønsker å videreføre tidligere avtaler om tjenstepensjon etter kommunesammenslåingen.

Et vesentlig moment i klagenemndas vurdering var at omstillingskostnadene var langt høyere enn den aktuelle kontraktens verdi. Slik vil det ikke være i kontrakter om kjøp av tjenstepensjon. Det er verken krevende eller dyrt å gjennomføre konkurranser om slike tjenester, og det er verken krevende eller dyrt å endre tjensteleverandør. Dette gjelder når disse kostnadene vurderes isolert, og i enda større grad når de holdes opp mot kontraktsverdien.

3. REGELVERKET FOR OFFENTLIG STØTTE

Kommuners kjøp av tjenstepensjon uten konkurranse kan også være problematisk i lys av regelverket for offentlig støtte. Hvis kommunen betaler mer enn nødvendig, gis tjenstepensjonsleverandøren en økonomisk fordel som må vurderes opp mot statsstøtteregelverket. I denne sammenhengen skal kommunens rolle som deleier av KLP holdes atskilt fra kommunens rolle som kjøper av tjenester.¹³ Betaler kommunene et for høyt vederlag for tjenester som leveres av KLP, kan det altså ikke rettferdiggjøres av at kommunen er deleier i dette selskapet.

Den såkalte *markedsaktørtesten* en akseptert metode for å avgjøre om forholdet til statsstøtteregelverket må vurderes nærmere, eller om offentlig støtte kan utelukkes. Overstiger vederlaget verdien av den private leverandørens motytelse, er utgangspunktet at differansen må vurderes opp mot vilkårene i statsstøtteregelverket. Er avtalen derimot inngått på betingelser som også ville ha vært akseptable for en privat part i samme situasjon som kommunen, gis det ingen «fordel» til den private parten. Da er det tilstrekkelig til å konkludere med at det ikke foreligger statsstøtte.¹⁴

Gjennomføring av konkurranser anses som en egnet metode for å sikre ivaretagelse av markedsaktørprinsippet.¹⁵ Er kommunens kontrakt om pensjonstjenester inngått uten konkurranse, må derimot kommunen vise dette på en annen måte. Det gjelder også i tilfeller hvor avtalens omfang er endret etter kontraktsinngåelse ved kommunesammenslåing, eller hvor avtalens innhold er endret ved ny offentlig tjenstepensjon og innføringen av en påslagsmodell fra 2020.

Dokumentasjonen må være tilstrekkelig til at kommunen kan vise at kravene i markedsaktørtesten er oppfylt, hvis det i etterkant stilles spørsmål om avtalen innebærer tildeling av offentlig støtte.¹⁶ I EU-kommisjonens *Meddelelse om begrebet statsstøtte i artikkel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funksjonsmåte* er benchmarking trukket frem som en måte for å dokumentere at avtaler er inngått på markedsvilkår. Med *benchmarking* sikter Kommisjonen til at «*transaksjonen vurderes på grundlag af de betingelser, som sammenlignelige transaksjoner er blevet gennemført på af private aktører i sammenlignelige situationer*».¹⁷ Etter vår vurdering vil det være vanskelig å gjennomføre en

¹³ Se for eksempel gjennomgangen i ALT advokatfirmas rapport *Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler* punkt 6.3 flg, tilgjengelig her https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/rapport_kommunal_virksomhet_statsstotte_reglene.pdf

¹⁴ Dette følger blant annet av EU-kommisjonens *Meddelelse om begrebet statsstøtte i artikkel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funksjonsmåte*, punkt 74, med henvisning til praksis fra EU-domstolen. Dette er også lagt til grunn av EFTA-domstolen, se for eksempel sak E-12/11-Asker Brygge AS v EFTA Surveillance Authority.

¹⁵ Se EU-kommisjonens meddelelse punkt 89.

¹⁶ Se EU-kommisjonens meddelelse punkt 79.

¹⁷ Se EU-kommisjonens meddelelse punkt 98 flg.

benchmarking i samsvar med disse føringene, siden det ikke finnes et privat marked for kommunal tjenstepensjon.

Man står da igjen med taksering, som er den tredje akseptable fremgangsmåten for å dokumentere at kommunen inngår avtalen på markedsvilkår. Kommisjonen har vist til at slike takster skal gjenspeile den økonomiske situasjonen på det tidspunktet hvor man beslutter å foreta disposisjonen (her inngåelse av samarbeidet på disse vilkårene). Taksten skal også baseres på alminnelig aksepterte markedsindikatorer og verdsettelsesstandarder.¹⁸

4. AVSLUTTENDE KOMMENTARER

Som det fremgår av punktene foran, er kommunenes handlingsrom begrenset av anskaffelses- og statsstøtteregelverket. Disse begrensningene skal sikre at kommunene inngår gode avtaler. Konkurransetilsynet har påpekt at det er et rom for forbedring i markedet for offentlig tjenstepensjon.¹⁹

Saker om mulige brudd på anskaffelses- og statsstøtteregelverket kan bringes inn for EFTAs overvåkningsorgan (ESA), domstolene og Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Klagenemnda er blant annet gitt kompetanse til å ilegge gebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi. Som følge av avtalenes verdi vil et overtredelsesgebyr for en ulovlig direkteanskaffelse av offentlig tjenstepensjon kunne bli svært høyt. Hvis kommunens leverandør pålegges å tilbakebetale ulovlig utdelt statsstøtte med tillegg av renter, kan det også få store konsekvenser for leverandøren.

Samtlige av de anskaffelses- og statsstøtterettslige problemstillingene som vi har redegjort for, kan imidlertid kommunene håndtere relativt enkelt og billig, ved jevnlig å gjennomføre konkurranser om offentlig tjenstepensjon.

¹⁸ Se EU-kommisjonens meddelelse punkt 103.

¹⁹ Se Konkurransetilsynets rapport *Konkurransen i markedet for offentlig tjenstepensjon* (2010).