



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Konkurransetilsynet
Postboks 439 Sentrum
5805 BERGEN
Att. Eivind Stage

Deres ref.
2008/512

Vår ref.
09/886-

Dato
24. februar 2012

Konkurransen i markedene for offentlig tjenestepensjon

1. Bakgrunn

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) viser til Konkurransetilsynets brev av 18. mars 2009 om konkurransen i markedene for offentlig tjenestepensjon. FAD viser også til departementets brev til Konkurransetilsynet av 11. juni 2009 og 11. mai 2010.

I brevet av 18. mars 2009 ber Konkurransetilsynet om at FAD gir en tolkningsuttalelse som avklarer om, og i så tilfelle hvor ofte, løpende kontakter om offentlig tjenestepensjon skal underlegges anbudskonkurranse etter anskaffelsesregelverket. Tilsynet viser i den forbindelse til praksis i kommunene, der det legges til grunn at anskaffelsesregelverket i praksis bare kommer til anvendelse dersom en løpende avtale om tjenestepensjon termineres. Tjenestepensjonsavtalene konkurransesettes således kun i de tilfeller en kommune ønsker å bytte leverandør.

Regjeringen besluttet i mars 2010 å nedsette en interdepartemental arbeidsgruppe som skulle utrede mulige løsninger for valg av fremtidig pensjonsleverandør for ansatte i helseforetak og anbefale én løsningsmodell. Arbeidsgruppen skulle ledes av Helse- og omsorgsdepartementet med deltakelse fra Arbeidsdepartementet, Finansdepartementet og FAD. En sentral oppgave for arbeidsgruppen var å utrede det rettslige handlingsrommet ved valg av pensjonsleverandør, særlig med tanke på regelverket om offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen skulle blant annet ta stilling til om kjøp av tjenestepensjon er omfattet av anskaffelsesregelverket, spesielt hensett til EU-domstolens avgjørelse i sak C-271/08 (om tyske avtaler om forvaltning av tjenestepensjon).

FAD vurderte at arbeidsgruppens konklusjoner ville være av vesentlig betydning for besvarelsen av Konkurransetilsynets spørsmål om offentlig tjenestepensjon. Dette skyldes at konklusjonen på spørsmålet om kjøp av tjenestepensjon er omfattet av anskaffelsesregelverket

Postadresse
Postboks 8004 Dep
N-0030 OSLO
postmottak@fad.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90
Org. nr.
972 417 785

Konkurransopolitisk avdeling
Telefaks
22 24 27 23

Saksbehandler
Christina Paludan Melson
22 24 46 48
cpm@fad.dep.no

i utgangspunktet må være den samme, uansett om dette gjelder kjøp av tjenstepensjon til helsesektoren, kommunesektoren eller annen offentlig sektor. På denne bakgrunnen besluttet FAD å avvente arbeidsgruppens rapport før departementet vil gi en tolkningsuttalelse om kjøp av offentlige tjenstepensjon, jf. FADs brev av 11. mai 2010.

Arbeidsgruppen leverte sin rapport til Helse- og omsorgsdepartementet i juni 2011. Rapporten finnes her: <http://www.regjeringen.no/upload/HOD/EIA/pensjon-2011-endelig-rapport.pdf>. Det vises særlig til rapportens kapittel 4 om rammeverk for regulering av leverandørmarkedet for offentlig tjenstepensjon.

Når det gjelder konklusjonene i rapporten vedrørende anskaffelsesregelverket, kan FAD slutte seg til disse konklusjonene. I det følgende gjennomgås konklusjonene i hovedtrekk.

FAD beklager den lange saksbehandlingstiden.

2. Konklusjoner i arbeidsgruppens rapport

2.1. Omfattes kontrakter om tjenstepensjon av anskaffelsesregelverket?

Arbeidsgruppen konkluderer at helseforetakenes avtaler om levering av tjenstepensjon i utgangspunktet må anses som gjensidig bebyrdende avtaler som skal inngås i samsvar med lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Dette begrunnes i at helseforetakene (oppdragsgiverne) har en økonomisk interesse i avtalene, fordi de er forpliktet til å ha en tjenstepensjonsordning hvor de selv betaler administrasjonskostnadene og en betydelig del av premien.

Arbeidsgruppen har særlig vurdert EU-domstolens avgjørelse i sak C-271/08, der et sentralt spørsmål var om det kunne gjøres unntak fra traktatbestemmelsene om de fire friheter (og dermed anskaffelsesreglene), i tilfelle hvor overordnede tariffparter i tariffavtaler bestemmer hvem som skal være pensjonsleverandører. Domstolen uttalte her blant annet at retten til kollektive forhandlinger ikke går lenger enn det som er nødvendig for å få oppfylt den sosiale målsettingen med avtalen mellom tariffpartene, og at utpeking av pensjonsleverandør i tariffavtalen ikke berører kjernen i retten til kollektive forhandlinger. Det skal altså foretas en proporsjonalitetsvurdering. Konkret fant EU-domstolen at Tyskland hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å ha inngått avtaler om administrasjon og forvaltning av tjenstepensjon uten at disse var konkurranseutsatt.

Arbeidsgruppen mener at denne EU-domstolsavgjørelsen er en sentral rettskildefaktor ved tolkningsspørsmål som gjelder anskaffelse av tjenstepensjon, og at en løsning der tariffpartene avtaler pensjonsleverandør – altså uten konkurranse – i utgangspunktet ikke vil være i tråd med anskaffelsesregelverket.

Helseforetakene må således i utgangspunktet følge anskaffelsesregelverket ved inngåelse av avtaler om tjenstepensjon.

Se for øvrig nærmere i kapittel 4.2 i arbeidsgruppens rapport.

2.2. Plikt til med jevne mellomrom å konkurranseutsette løpende tidsbegrensede avtaler?

Arbeidsgruppen sonderer mellom avtaler som er inngått før og etter EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994, dvs. tidspunktet for ikrafttredelsen av EØS-anskaffelsesregelverket i Norge.

For avtaler inngått før 1994 ("gamle avtaler") finner arbeidsgruppen at helseforetakene ikke er forpliktet etter EØS-reglene eller norsk anskaffelsesregelverk til å si opp tidsbegrensede avtaler om levering av tjenestepensjon og konkurranseutsette på nytt. Dette følger av EU-domstolens praksis, der det har blitt slått fast at anskaffelsesreglene ikke griper inn i bestående rettsforhold, dvs. avtaler som er inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse. Se nærmere i EU-domstolens avgjørelse i sak C-76/97 (*Tögel*).

For avtaler inngått etter 1994 ("nye avtaler") er det imidlertid arbeidsgruppens vurdering at slike avtaler trolig må konkurranseutsettes med jevne mellomrom, og at det ikke vil være tilstrekkelig å foreta undersøkelser i markedet. Arbeidsgruppen begrunner dette i de EU/EØS-rettslige prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet. Disse prinsippene, og til dels også det norske kravet om å opptre forretningsmessig, tilsier at oppdragsgivere ikke kan omgå anskaffelsesreglene ved å inngå kontrakter med uforholdsmessig lang varighet. Dette ville på sikt hindre konkurransen mellom mulige leverandører.

At det ikke er tilstrekkelig å foreta undersøkelser i markedet begrunner arbeidsgruppen igjen med prinsippet om konkurranse: Prinsippet om konkurranse innebærer at aktuelle og potensielle leverandører må få en reell mulighet til å vise sin interesse og avgi tilbud. Dette vil bare i tilstrekkelig grad kunne sikres, der det faktisk avholdes en konkurranse. Særlig når det gjelder nye leverandørers adgang til å etablere seg i markedet, vil dette i realiteten bli hindret der det bare skjer undersøkelser i markedet. I tillegg kommer at markedsundersøkelser neppe setter oppdragsgiver fullt ut i stand til å vurdere om det er forretningsmessig å la den eksisterende avtalen løpe. Slike undersøkelser vil kanskje bidra til å si noe om oppdragsgiver har inngått en ulønnsom kontrakt, men arbeidsgruppen mener at det kan diskuteres om det også vil være egnet til å fastslå om det er den "mest lønnsomme" kontrakten. Hvorvidt konkurrerende leverandører (og for så vidt den eksisterende leverandøren) kan gi et bedre tilbud enn hva som følger av den eksisterende kontrakten, vil være vanskelig å få klarhet i uten en egentlig konkurranseutsetting.

Arbeidsgruppen peker i den forbindelse på at det vil bli ansett som en ny avtaleinngåelse i anskaffelsesregelverkets forstand, dersom det foretas vesentlige endringer i en eksisterende avtale om tjenestepensjon. Dette innebærer at dersom det etter 1994 har skjedd vesentlige endringer i en "gammel avtale", vil denne avtalen være å anse som en "ny avtale". Dette betyr at det trolig også, etter en passende periode, vil inntre en forpliktelse til å konkurranseutsette en slik avtale.

Arbeidsgruppen mener at det må vurderes konkret ut ifra kontraktens gjenstand og kompleksitet, hva som er en passende kontraktslengde, og dermed når en eventuell plikt til å konkurranseutsette på ny inntre. Det kan være akseptabelt og rasjonelt med noe lengre kontraktsvarighet, for eksempel i tilfelle der det er nødvendig for å avskrive større investeringer og sikre rentabilitet, eller der en lengre kontraktsvarighet gir mulighet for å tilrettelegge tjenesten slik at også oppdragsgiver nyter godt av effektivitetsgevinster. Ved en vurdering av hva som utgjør passende kontraktsvarighet, vil oppdragsgiver også kunne ta hensyn til transaksjonskostnadene forbundet med leverandørskifte. Med

transaksjonskostnader mener arbeidsgruppen her de praktiske, økonomiske og administrative konsekvenser et skifte av leverandør vil ha. Dersom slike kostnader er betydelige, tilsier det adgang til en forholdsmessig lengre kontraktsvarighet.

Når det gjelder tjenstepensjon, er dette et komplekst produkt, og et eventuelt skifte av pensjonsinnretning vil være forbundet med visse transaksjonskostnader både i form av bruk av tid og interne ressurser, i tillegg til utgifter til forsikringsrådgivere, meglere og lignende. Kompleksiteten vil naturligvis avhenge av omfanget av avtalen, herunder av om det er hele leverandørordningen som konkurranseutsettes eller om det bare er enkelte forvaltnings- og/eller administrasjonsoppgaver. Det vil også være et velbegrunnet behov for kontinuitet i ytelsene, og det vil være viktig å ta hensyn til den ansatte som det er inngått avtale om tjenstepensjon for. De har behov for trygghet om at de får den pensjonen de skal ha når de skal ha den. Samtidig vil hyppige leverandørskifter medføre risiko for at data, som er grunnlaget for pensjonsutbetalingen, kan gå tapt.

Se for øvrig nærmere i kapittel 4.3 i arbeidsgruppens rapport.

2.3. Organisering i offentlig regi

Endelig har også arbeidsgruppen vurdert om det vil være mulig å organisere tjenstepensjon i offentlig regi, dvs. om et eller flere helseforetak har mulighet til å etablere en egen (felles) pensjonskasse for sine ansatte – enten i egenregi eller ved annet offentlig samarbeid – uten at dette omfattes av anskaffelsesregelverket.

Regelverket om offentlige anskaffelser har i utgangspunktet ikke betydning for hvordan det offentlige kan organisere sin virksomhet, men gir allikevel noen begrensninger i adgangen til å organisere tjensteproduksjon i offentlig regi. En pensjonskasse skal være en selveiende institusjon og et eget rettssubjekt, noe som innebærer at levering av tjenstepensjon alltid da må foregå mellom to separate, selvstendige rettssubjekter. Når det inngås en avtale mellom to selvstendige rettssubjekter er utgangspunktet at anskaffelsesregelverket får anvendelse. Et unntak fra dette er imidlertid levering i utvidet egenregi.

Det er arbeidsgruppens konklusjon at en egen pensjonskasse kan organiseres slik at anskaffelsesregelverket ikke får anvendelse, når pensjonskassen utelukkende betjener de foretak som har opprettet det. I et slikt tilfelle vil pensjonskassen kunne anses som en forlengelse av den offentlige virksomheten.

Se for øvrig nærmere i kapittel 4.4 i arbeidsgruppens rapport.

3. Konsekvenser for kjøp av tjenstepensjon i andre sektorer

FAD er fortsatt av den oppfatning at konklusjonene i rapporten ikke bare gjelder ved kjøp av tjenstepensjon i helsesektoren, men også i andre offentlige sektorer som for eksempel ved kommunenes kjøp av tjenstepensjon. På denne bakgrunnen finner altså FAD at offentlige oppdragsgivere, herunder kommunene, må følge anskaffelsesregelverket ved inngåelse av nye avtaler om tjenstepensjon.

Videre finner FAD at offentlige oppdragsgivere i utgangspunktet har plikt til med jevne mellomrom å konkurranseutsette løpende tidsubegrensede avtaler om tjenstepensjon etter

regelverket om offentlige anskaffelser; det vil således ikke være tilstrekkelig å foreta undersøkelser i markedet. Dette gjelder imidlertid bare avtaler som er inngått etter 1994 eller avtaler som er inngått før 1994, men som har blitt vesentlig endret etter dette tidspunktet.

FAD ønsker imidlertid å understreke at selv om ikke en oppdragsgiver er rettslig forpliktet til å konkurransesutsette "gamle" løpende tidsbegrensede avtaler som ikke har blitt vesentlig endret, så kan dette likevel være hensiktsmessig sett i forhold til blant annet konkurransen i markedet og muligheter for eventuelle besparelser. Oppdragsgiverne bør således uansett vurdere med jevne mellom å konkurransesutsette slike avtaler.

Når det gjelder spørsmålet om hvor ofte det inntreffer en plikt til å konkurransesutsette en "ny avtale" viser FAD til vurderingen i rapporten som er gjengitt over. Her redegjøres det for flere forhold som kan tilsi at det er adgang til en forholdsmessig lengre kontraktsvarighet for avtaler om tjenstepensjon.

Med hilsen

Monica Auberg (e.f.)
avdelingsdirektør

Christina Paludan Melson
seniorrådgiver