



Pensjonsleverandør for helseforetakene

Mulige løsningsmodeller

En juridisk og økonomisk gjennomgang av mulige løsningsmodeller for levering av tjenstepensjon til de ansatte i helseforetakene

Rapport fra en interdepartemental arbeidsgruppe nedsatt av Helse- og omsorgsdepartementet

20.05.2011

Pensjonsleverandør for helseforetakene – mulige løsningsmodeller

Innhold

1.	Innledning – bakgrunn for arbeidet	5
1.1	Arbeidsgruppens mandat og sammensetning	6
1.2	Kommentarer til mandatet	7
1.3	Opplegg av arbeidet	9
1.4	Sammendrag	9
1.5	Anbefalt løsningsmodell	15
2.	Oversikt over eksisterende pensjonsordninger og -leverandører	16
2.1	Pensjonsleverandører og pensjonsordninger	17
2.1.1	Rettslig regulering mv	17
2.1.2	Oversikt over pensjonsleverandører til helseforetakene	18
2.1.3	Pensjonsytelsene	20
2.1.4	Overføringsavtalen	21
2.1.5	Finansieringsordningene	21
2.1.6	Utjevningsordningen	22
2.1.7	Sikringsordningen	23
2.1.8	Økonomiske forhold	24
2.2	Nærmere om de ulike pensjonsordningene	27
2.2.1	Innledning	27
2.2.2	Pensjonsordningen i Statens pensjonskasse	27
2.2.3	Pensjonsordningen for apotekvirksomhet	29
2.2.4	Pensjonsordningen for sykepleiere	30
2.2.5	Pensjonsordningen for sykehusleger	32
2.2.6	Fellesordningen for statlige helseforetak mv	34
2.2.7	Oppsummering	36
2.3	Nærmere om de ulike pensjonsleverandører	36
2.3.1	Fordeling av medlemmer	37
3.	Markedet for offentlig tjenstepensjon	38
3.1	Oppdrag til Konkurransetilsynet og Finanstilsynet	39

3.2	Konkurransetilsynets konkurranseøkonomiske rapport.....	39
3.3	Konkurransetilsynets tilleggsrapport om konkurranseutsetting.....	41
3.4	Finanstilsynets innspill om konkurransesituasjonen	42
3.5	Arbeidsgruppens kommentar	42
4.	Rammeverk for regulering av leverandørmarkedet for offentlig tjenstepensjon	44
4.1	Innledning.....	44
4.2	Kan nye avtaler om leveranse av tjenstepensjon inngås uten konkurranse?.....	45
4.2.1	Innledning	45
4.2.2	Sak C-271/08 Kommisjonen mot Tyskland	46
4.2.3	Dommens betydning for helseforetakenes valg av pensjonsleverandør	48
4.2.4	Forholdet til Norges menneskerettslige forpliktelser	52
4.3	Løpende avtaler om levering av tjenstepensjonstjenester som anskaffelsesrettslig problem.....	55
4.3.1	Innledning	55
4.3.2	Om muligheten til å inngå løpende (tidsubegrensede) avtaler	56
4.3.3	Er det en plikt til med jevne mellomrom å konkurranseutsette løpende avtaler? 58	
4.3.4	Må kontraktene konkurranseutsettes som følge av endringer?.....	68
4.3.5	Særlig om omstillingskostnader	73
4.3.6	Arbeidsgruppens samlede konklusjon.....	75
4.4	Det rettslige handlingsrommet for organisering i offentlig regi.....	76
4.4.1	Innledning	76
4.4.2	Gjeldende rett for offentlig-offentlig samarbeid	76
4.4.3	Egen pensjonskasse som leverandør	87
4.4.4	Statens pensjonskasse som leverandør.....	94
4.4.5	Enerett.....	96
4.5	Konsekvenser ved brudd på anskaffelsesregelverket.....	99
4.6	Statsstøtterettslige betraktninger	101
4.6.1	Kort om statsstøttereglene	101
4.6.2	Vurdering av de ulike modellene.....	103
4.6.3	ESA og notifikasjon?.....	106
5.	Beslutningsnivå for valg av pensjonsleverandørmodell	106
5.1	Eier/Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet	107
5.2	De regionale helseforetakene i fellesskap.....	108
5.3	Det enkelte regionale helseforetak	108

5.4	Det enkelte helseforetak	109
5.5	Samlet vurdering	110
6.	Aktuelle løsningsmodeller	112
6.1	Viktige rammebetingelser og føringer for modellvalg	112
6.1.1	Rettslige handlingsrom for modellvalg	112
6.1.2	Økonomiske føringer	114
6.1.3	Hvilke pensjonsordninger og leverandører bør omfattes	114
6.1.4	Hvilke medlemmer i de enkelte ordninger bør omfattes av løsningsmodellen	117
6.1.5	Beslutningsnivå for valg av pensjonsleverandørmodell	118
6.1.6	Oppsummering av føringene på modellvalg	119
6.2	Kriterier for valg av modell	119
6.3	Mulige løsningsmodeller	121
6.3.1	Alt. 1: Videreføring av gamle avtaler og forenkling i hovedstadsområdet	121
6.3.2	Alt. 2: Lukking av eksisterende avtaler og konkurranseutsetting for nyansatte 125	
6.3.3	Alt. 3: Konkurranseutsetting av avtaler for alle ansatte	126
6.3.4	Alt. 4: Egen pensjonskasse for alle ansatte, forenkling i hovedstadsområdet ..	128
6.3.5	Alt. 5: Statens pensjonskasse som leverandør ved egen regi	130
6.4	Økonomiske konsekvenser ved ulike løsningsmodeller	132
6.4.1	Egenkapital og kapitaldekning	132
6.4.2	Premieutvikling	135
6.4.3	Administrative kostnader	136
6.4.4	Økonomiske og administrative konsekvenser av SPK som leverandør ved egen regi 137	
7.	Organisatoriske og administrative konsekvenser	137
7.1	Administrative konsekvenser – oppsummert	137
7.2	Ansattes medvirkning til valg av pensjonsleverandør – tariffpartenes rolle	138
7.3	Konsekvenser for leverandørmarkedet	139
8.	Arbeidsgruppens anbefalte løsningsmodell	139
8.1	Innledning	139
8.2	Nærmere om løsningsmodellen for hovedstadsområdet	140
8.3	Begrunnelse for løsningsmodellen	142
8.4	Øvrige helseregioner – videre prosess	143
8.4.1	Helse Sør-Øst utover hovedstadsområdet	143
8.4.2	De øvrige helseregionene (HMN, HN og HV):	143

1. Innledning – bakgrunn for arbeidet

Ved gjennomføringen av helseforetaksreformen fra 2002 var de ansatte i den fylkeskommunale og statlige spesialisthelsetjenesten omfattet av offentlige tjenstepensjonsordninger gjennom ulike fylkeskommunale pensjonskasser, Kommunal landspensjonskasse (KLP) og Statens pensjonskasse (SPK). Den statlige overtakelsen av sykehusene ble definert som en virksomhetsoverdragelse. I forbindelse med den statlige overtakelsen av sykehusene ble det lagt til rette for at eksisterende tjenstepensjonsleverandører inntil videre skulle videreføre ordningene for sine medlemmer. I Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) Om lov om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) ble dette omtalt slik, jf. s. 42: *"Etter departementets oppfatning er det behov for en nærmere vurdering av spørsmålet om pensjonsleverandører. Det er nødvendig med mer tid både på utredningssiden og ikke minst når det gjelder å ta beslutninger. Konkurransen mellom pensjonsleverandørene og problemstillingen i den forbindelse er også spørsmål som må vurderes"*.

Spørsmålet om pensjonsleverandører er nå aktualisert både gjennom en sak for EU-domstolen og fordi Helse Sør-Øst RHF har gjennomført omorganiseringer som har resultert i ulike pensjonsleverandører innen samme helseforetak.

På bakgrunn av proposisjonen fra 2001 utviklet praksis seg slik at nyansatte ble meldt inn i den ordningen som var dominerende på det sykehuset man ble ansatt. Ved etableringen av Oslo Universitetssykehus HF (OUS) i 2009 ble eksisterende pensjonsleverandører videreført. Dette har medført at OUS i dag har ulike leverandører for sine ansatte, avhengig av om de tidligere var ansatt ved Rikshospitalet/Radiumhospitalet, Ullevål eller Aker sykehus. Ved klinikkorganisering i OUS på tvers av tidligere foretak vil denne praksisen ikke være hensiktsmessig. Både økonomiske og praktiske hensyn tilsier et behov for å etablere felles pensjonsleverandør for sykehus og andre enheter som inngår i samme helseforetak, framfor å la nyinnmelding skje hos ulike pensjonsleverandører. Tilsvarende problemstillinger står en også overfor ved organiseringen av Vestre Viken HF og ny funksjonsfordeling mellom OUS og Akershus universitetssykehus HF (Ahus).

Det rettslige utgangspunktet er at en gjensidig bebyrdende avtale om levering av tjenstepensjon skal inngås etter konkurranse i samsvar med lov om offentlige anskaffelser (LOA) og tilhørende forskrift (FOA). Helseforetakenes kjøp av tjenstepensjon vil derfor i utgangspunktet være omfattet av anskaffelsesregelverket, med mindre det foreligger unntak. En rettslig problemstilling som imidlertid til nå ikke har vært avklart er om reglene for offentlige anskaffelser er til hinder for at de overordnede tariffparter bestemmer hvem som skal være pensjonsleverandør. Juridiske utredninger som har vært gjennomført tidligere har konkludert noe ulikt på dette spørsmålet.¹

Spørsmålet er nå behandlet i EU-domstolen med avgjørelsen av 15. juni 2010 i sak C-271/08. Saken gjaldt Tysklands inngåelse av avtaler om forvaltning av tjenstepensjoner, der

¹ Fra: Lagdommer Kjell Martin Haug til Spekter, 11.9.2009; prof. dr. juris. Hans Petter Graver til Fagforbundet, 10.8.2009; Wikborg, Rein & Co til Helse Sør-Øst RHF, 22.12.2008; Haavind Vislie til Arbeidsgiverforeningen NAVO, 13.9.2005.

Kommisjonen mente at Tyskland brøt anskaffelsesregelverket ved å inngå avtalene direkte med forsikringsselskapene uten å følge de prosedyrene som er fastlagt i anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EØS). EU-domstolen slår i sin avgjørelse fast at anskaffelsesdirektivet i utgangspunktet gjelder ved inngåelse av kontrakter om arbeidsmarkedspensjon, og at Tyskland derfor tilsidesatte sine forpliktelser ved å inngå kontrakter direkte med forsikringsselskapene.

1.1 Arbeidsgruppens mandat og sammensetning

Regjeringen besluttet den 1. mars 2010 å nedsette en interdepartemental arbeidsgruppe med følgende mandat:

”Utredningen har som mål å gi en juridisk vurdering av hva som vil være mulige løsninger for valg av framtidig pensjonsleverandør for ansatte i helseforetak, samt en utredning av økonomiske og administrative konsekvenser. På denne bakgrunn skal arbeidsgruppen anbefale en løsningsmodell for valg av tjenstepensjonsleverandør.

Arbeidsgruppen skal legge til grunn for sitt arbeid at framtidige pensjonsordninger for ansatte i helseforetak videreføres innenfor systemet med offentlige tjenstepensjon/bruttopenasjoner, jf vurderinger som ligger til grunn for Ot.prp. nr 66 (2000-2001) og ordlyden i vedtektenes § 16 til de regionale helseforetakene: ”Helse xx RHF skal sørge for at de ansatte i Helse xx RHF og i de helseforetak som Helse xx RHF eier, skal omfattes av offentlig tjenstepensjon”.

Utgangspunktet for arbeidsgruppen er å vurdere det rettslige handlingsrommet ved valg av pensjonsleverandør for helseforetakene, spesielt med tanke på regelverket for offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen skal følgelig ta stilling til om kjøp av tjenstepensjonsordning er omfattet av anskaffelsesregelverket. I den sammenheng bør ekspertgruppen spesielt se hen til sak C-271/08 som er til behandling i EU-domstolen nå, der kommisjonen har anlagt sak mot Tyskland med påstand om at Tyskland bryter anskaffelsesregelverket ved å ha inngått avtaler om forvaltning av tjenstepensjoner uten at disse er lagt ut på anbud.

Arbeidsgruppen skal på bakgrunn av de konklusjoner man kommer til i vurderingen av det rettslige handlingsrommet, utrede og drøfte de økonomiske, juridiske og administrative konsekvensene av de aktuelle alternativene for en framtidig modell for valg av pensjonsleverandør for ansatte i helseforetakene. I den sammenheng skal arbeidsgruppen også foreta en statsstøtterettslig vurdering av de ulike alternativene.

Det forutsettes videre at arbeidsgruppen ved behov innhenter avgrensede fagutredninger og vurderinger fra utvalgte fagmiljøer og myndigheter.

Arbeidet skal munne ut i en rapport til Helse- og omsorgsdepartementet innen utgangen av 2010.

På bakgrunn av det ovenfor nevnte, skal arbeidsgruppen;

- 1. Beskrive eksisterende ordning med ulike pensjonsleverandører i helseforetakene*
- 2. Utrede om valg av ekstern pensjonsleverandør er omfattet av anskaffelsesregelverket*
- 3. Forutsatt at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, utrede handlingsrommet for valg av tjenstepensjonsleverandør, herunder mulighetene og konsekvensene av
 - a. å overlate valget av tjenstepensjonsleverandør til de overordnede tariffparter*
 - b. å opprette egen pensjonskasse*
 - c. å tildele en enerett til å levere pensjon til helseforetakene**
- 4. Beskrive i forhold til de ulike løsningsmodellene, hvordan det kan sikres at helsesektoren ikke gir ulovlig offentlig støtte til pensjonsleverandører*
- 5. Vurdere hvorvidt valg av eksterne pensjonsleverandører kan og bør avgjøres på nasjonalt nivå, regionalt helseforetaksnivå eller helseforetaksnivå*
- 6. Vurdere om en framtidig ordning kan og bør gjelde kun for nyansatte eller også for de allerede ansatte i helseforetakene*
- 7. Beskrive økonomiske, juridiske og administrative konsekvenser av de identifiserte løsningsalternativene, som kan ha betydning ved vurderingen av om forslagene skal iverksettes, herunder konkurransemessige virkninger.*
- 8. Anbefale en løsningsmodell for valg av tjenstepensjonsleverandør”*

På denne bakgrunn nedsatte Helse- og omsorgsdepartementet i april 2010 en interdepartemental arbeidsgruppe med følgende sammensetning:

Andreas Disen, Helse- og omsorgsdepartementet – leder

Jan Hjelle, Arbeidsdepartementet

Stig Økland, Finansdepartementet

Christina Paludan Melson, Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

Ragnhild Kolstad, Helse- og omsorgsdepartementet (fra august 2010)

Randi Lilletvedt, Helse- og omsorgsdepartementet

Ann Margaret Løseth, Helse- og omsorgsdepartementet (fram til august 2010)

Vegard Pettersen, Helse- og omsorgsdepartementet (fram til mars 2011)

Hilde Smedshammer, HOD – sekretær (fram til august 2010).

1.2 Kommentarer til mandatet

I mandatet står det sentralt ”...å vurdere det rettslige handlingsrommet ved valg av pensjonsleverandør ...spesielt med tanke på regelverket for offentlige anskaffelser ” og på dette grunnlag anbefale en løsningsmodell. Arbeidsgruppen forstår ”...det rettslige handlingsrommet...” som at det må foretas en bred vurdering av om og i hvilken grad lovverket, avtaler og eventuelt annet rettsgrunnlag legger føringer for løsningsforslaget.

Det skal legges særlig vekt på anskaffelsesregelverket. Med dette forstås også relevant praksis fra EU-domstolen, og da spesielt sak C-271/08.

Det gis i andre avsnitt i mandatet føringer om at framtidige pensjonsordninger skal *„videreføres innenfor systemet med offentlige tjenstepensjon/bruttopenasjoner”*.

Arbeidsgruppen legger derfor til grunn at den skal ta utgangspunkt i de *eksisterende* lov- og tariffbaserte pensjonsordninger, herunder de profesjonsbaserte særordninger for apotekansatte, sykepleiere og sykehusleger. Videre forstår arbeidsgruppen det slik at mandatet avgrenser mot at den skal vurdere løsningsforslag som innebærer en overgang til andre former for foretakspensjoner, og mot at det foretas endringer i ytelsesplanene som sådan for offentlig tjenstepensjoner.

Mandatets pkt. 3 tar blant annet opp spørsmålet om å utrede konsekvensene av å opprette en egen pensjonskasse og i pkt. 5 å vurdere på hvilket beslutningsnivå valg av ekstern pensjonsleverandør eventuelt bør foretas. Arbeidsgruppen forstår at det her både skal vurderes på hvilket nivå valg av pensjonsleverandørmodell bør foretas, og på hvilket beslutningsnivå valg av leverandør skal foretas der dette er aktuelt.

Med *„valg av pensjonsleverandør”* forstår arbeidsgruppen at vurderingen ikke skal begrenses til valg blant dagens leverandører/innretninger, men også se hen til de muligheter regelverket i sin helhet åpner for. Arbeidsgruppen har også vurdert om det er hensiktsmessig å håndtere eksisterende medlemmer og nyansatte forskjellig i de ulike løsningsmodellene, og om handlingsrommet er forskjellig for de ulike yrkesgruppene/pensjonsordningene.

På bakgrunn av ovennevnte tolker arbeidsgruppen mandatet slik at det juridiske handlingsrommet skal vurderes, og en løsningsmodell for valg av leverandør presenteres innenfor dette. Økonomiske og andre konsekvenser skal utredes med det utgangspunkt at en eventuell endring av leverandør ikke skal medføre økt finansieringsansvar verken for staten eller helseforetakene.

Når det gjelder de to særlige ordningene Pensjonsordningen for sykepleiere og Pensjonsordningen for apotekvirksomhet har arbeidsgruppen kommet til at disse ordningene holdes utenfor i vurderingen av en framtidig løsning. Ordningene er lovbestemte med egne styreverv oppnevnt av Arbeidsdepartementet. De regionale helseforetakene har dermed ingen beslutningsmyndighet over disse ordningene. Ordningene er videre profesjonsbaserte med medlemmer fra privat og offentlig sektor. Det ligger utenfor arbeidsgruppens mandat å gå inn i disse problemstillingene. Innmeldingsproblematikken knyttet til sykepleierne som i dag ikke er med i pensjonsordningen er imidlertid vurdert og arbeidsgruppen anbefaler konkrete løsninger for dette der det er nødvendig for løsningsmodellen, jf. kapittel 6.3 og 8.

1.3 Opplegg av arbeidet

Arbeidsgruppen har hatt møter og annen kontakt med alle de aktuelle arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner, de regionale helseforetakene og leverandører av pensjonstjenester. Leverandørene har bidratt både med tall o.a. materiale til framstillingen av oversikten over de eksisterende ordninger, jf. kapittel 2. Som ledd i kvalitetssikringen har de fått anledning til å lese igjennom og kommentere deler av denne framstillingen.

Berørte aktører er gitt anledning til å kommentere EU-dommens (sak C-271/08) betydning for utredning av spørsmål om mulige modeller for valg av pensjonsleverandør i helseforetakene i Norge. I alt har departementet mottatt svar fra ni aktører på henvendelsen. Disse omtales nærmere i kapittel 4.

Både Utenriksdepartementet, Konkurransetilsynet og Finanstilsynet har bidratt med innspill til gruppens arbeid. På oppdrag fra arbeidsgruppen v/Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet har Konkurransetilsynet levert rapporter om markedet for offentlig tjenstepensjon og hvordan en eventuell konkurranseutsetting av tjenstepensjon for ansatte i helseforetak vil påvirke konkurransen i markedet for offentlig tjenstepensjon. Det redegjøres mer for disse rapportene i kapittel 3.

Helse- og omsorgsdepartementet engasjerte konsulentselskapet Willis AS til å bistå gruppen med å gjennomgå økonomiske og finansielle konsekvenser av ulike mulige løsningsalternativer. Konsulentselskapets rapport ligger til grunn for deler av de økonomiske beregninger og analyser som er presentert i arbeidsgruppens rapport.

Professor Finn Arnesen, Senter for europarett, Universitetet i Oslo har bistått arbeidsgruppen med kvalitetssikring av de anskaffelsesrettslige vurderingene.

Arbeidsgruppen står selv ansvarlig for den framstillingen som gis i denne rapporten.

Gruppen har i alt hatt 21 møter. Arbeidsgruppen fikk i mandatet frist til å avgi sin rapport innen utgangen av 2010. Senere forlenget Helse- og omsorgsdepartementet fristen til utgangen av februar 2011. Rapporten er blitt ytterligere forsinket. Dette må ses i sammenheng med at arbeidet med å utrede og kvalitetssikre internt og eksternt økonomiske og juridiske sider ved arbeidet har vist seg mer krevende enn det en opprinnelig forutså.

1.4 Sammendrag

I kapittel 2 presenteres en summarisk oversikt over nåværende pensjonsordninger og pensjonsleverandører til ansatte i de regionale helseforetakene og underliggende helseforetak. Helseforetakene i hovedstadsområdet, som omfatter helseforetakene OUS, Ahus, Vestre Viken og Sunnaas, betjenes i dag av i alt fem forskjellige pensjonsleverandører: Oslo pensjonsforsikring AS (OPF), Kommunal landspensjonskasse (KLP), Statens pensjonskasse (SPK), Akershus fylkeskommunale pensjonskasse (AFPK) og Vestre Viken pensjonskasse (VVP). Dette er dels tidsubegrensede avtaler inngått før

EØS-avtalen trådte i kraft og dels avtaler inngått fra 2002 og senere (KLP og VVP) da sykehusreformen ble innført. De øvrige helseforetakene i Helse Sør-Øst og de ansatte i de tre andre regionale helseforetakene og deres underliggende helseforetak har KLP som pensjonsleverandør. Deres avtaler er basert på tidsubegrensede leverandørkontrakter inngått før EØS-avtalen trådte i kraft. De har således en ryddig og stabil leverandørsituasjon med KLP som den dominerende pensjonsleverandør. Ca. 83 pst. av de yrkesaktive ansatte (inklusive medlemmene i Pensjonsordningen for sykepleiere) i helseforetakene har sine pensjonsordninger i KLP.

I kapittel 3 drøftes konkurransesituasjonen i markedet for offentlig tjenestepensjon til de ansatte i de regionale helseforetakene på bakgrunn av to konkurranseøkonomiske rapporter fra Konkurransetilsynet og et innspill fra Finanstilsynet. Etter Konkurransetilsynets vurdering er dagens ordninger i helsesektoren regulert slik at de ikke er tilgjengelig for konkurranse. I sin tilleggsanalyse konkluderer Konkurransetilsynet med at en konkurranseutsetting av tjenestepensjon for ansatte i helseforetakene vil kunne legge til rette for økt konkurranse i markedet for offentlig tjenestepensjon. Konkurransetilsynet mener også at selv om etableringshindrene skulle bli redusert gjennom konkurranseutsetting vil det fremdeles være så store etableringshindringer i markedet at det er mindre sannsynlig at utenlandske aktører som ikke allerede har virksomhet i Norge vil etablere seg i det norske markedet. Konkurransetilsynet mener at det ligger til rette for konkurranse mellom de tre eksisterende leverandørene, KLP, Storebrand AS og Vital forsikring ASA, og for at kundene kan utøve kjøpermakt.

I kapittel 4 vurderer arbeidsgruppen det rettslige handlingsrommet for valg av pensjonsleverandørmodell for helseforetakene. Ettersom Pensjonsordningen for sykepleiere og Pensjonsordningen for apotekvirksomhet ikke omfattes av mandatet, presiserer arbeidsgruppen at den ikke har tatt stilling til de rettslige spørsmålene som knytter seg til disse ordningene.

Det rettslige utgangspunktet er at en gjensidig bebyrdende avtale om levering av tjenestepensjon skal inngås etter konkurranse i samsvar med lov om offentlige anskaffelser (LOA) og tilhørende forskrift (FOA). Helseforetakenes kjøp av tjenestepensjon vil derfor i utgangspunktet være omfattet av anskaffelsesregelverket, med mindre det foreligger unntak.

Arbeidsgruppen er bedt om å se særskilt hen til EU-domstolens avgjørelse i sak C-271/08. Et sentralt spørsmål i saken var om det kunne gjøres unntak fra traktatbestemmelsene om de fire friheter (og dermed anskaffelsesreglene), i tilfelle hvor overordnede tariffparter i tariffavtale bestemmer hvem som skal være pensjonsleverandør. Domstolen uttalte 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. I denne proporsjonalitetsvurderingen fant domstolen at Tyskland hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å ha inngått avtaler om administrasjon og forvaltning av tjenestepensjon uten at disse var konkurranseutsatt. Arbeidsgruppen mener at dommen er

en sentral rettskildefaktor ved tolkningsspørsmål som gjelder helseforetakenes anskaffelse av tjenstepensjon. En løsning hvor tariffpartene avtaler pensjonsleverandør vil i utgangspunktet ikke være i tråd med anskaffelsesreglene.

En rekke av avtaler om levering av tjenstepensjon til ansatte i spesialisthelsetjenesten er imidlertid inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994, dvs. før anskaffelsesregelverket trådte i kraft ("gamle avtaler"), og avtalene er hovedsakelig inngått for en tidsubegrenset periode. Arbeidsgruppen har derfor vurdert hvilken betydning anskaffelsesregelverket har for disse avtalene. Her er det arbeidsgruppens vurdering at helseforetakene ikke er forpliktet etter EØS-reglene eller LOA og FOA til å si opp slike "gamle avtaler" om levering av tjenstepensjon og konkurranseutsette på nytt.

For avtaler som er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 ("nye avtaler"), er det arbeidsgruppens vurdering at disse trolig må konkurranseutsettes med jevne mellomrom, og at det ikke vil være tilstrekkelig å foreta undersøkelser i markedet. Endelig mener arbeidsgruppen at helseforetakene har adgang til å inngå nye tidsubegrensede avtaler om tjenstepensjon.

Arbeidsgruppen gjør oppmerksom på at det vil bli ansett som en ny avtaleinngåelse i anskaffelsesregelverkets forstand, dersom det foretas vesentlige endringer i en eksisterende kontrakt om tjenstepensjon. For helseforetakene innebærer dette at dersom det etter 1994 har skjedd vesentlige endringer i "gamle avtaler" om levering av tjenstepensjon, vil disse avtalene således være å anse som "nye avtaler". Dette innebærer at det trolig også, etter en passende periode, vil inntre en forpliktelse til å konkurranseutsette disse avtalene

KLP har opplyst arbeidsgruppen om at det kun er foretatt mindre tekniske endringer i avtalene om levering av tjenstepensjon til ansatte i spesialisthelsetjenesten i perioden 1994 til 2002.² Arbeidsgruppen har ikke foretatt en nærmere vurdering av dette. Arbeidsgruppen har heller ikke foretatt nærmere undersøkelser av om det er inngått nye avtaler om levering av tjenstepensjon til ansatte i spesialisthelsetjenesten i perioden 1994-2002. Dersom det legges til grunn at det verken har skjedd vesentlige endringer i avtalen inngått før 1994 og at det ikke er inngått avtaler i perioden 1994-2002, vil i praksis skille mellom "gamle avtaler" og "nye avtaler" for levering av tjenstepensjon til helseforetakene være 2002. Dette innebærer derfor trolig at helseforetakene bare har en forpliktelse til å konkurranseutsette de nye avtalene³ helseforetakene har inngått fra 2002.

Det er arbeidsgruppens vurdering at det ved lukking oppstår tilsvarende spørsmål som ved løpende avtaler om tjenstepensjon. Dette skyldes at avtalen fortsetter å løpe for de som blir igjen i pensjonsordningen. Dette innebærer blant annet at avtaler inngått før 1994 trolig i utgangspunktet kan videreføres for eksisterende medlemmer.

² Helseforetaksmodellen ble etablert fra 2002. Helseforetakene overtok da de eksisterende avtalene om tjenstepensjon.

³ Dette vil også omfatte tilfeller der det skjer vesentlige endringer av "gamle" avtaler.

Arbeidsgruppen har også vurdert muligheten for å organisere tjenestepensjon i offentlig regi. Regelverket for 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 tjenesteproduksjon i offentlig regi. En pensjonskasse skal være en selveiende institusjon og et eget rettssubjekt noe som innebærer at levering av tjenestepensjon 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. Arbeidsgruppen har derfor vurdert hvorvidt 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. Arbeidsgruppen mener at en 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.

SPK leverer i dag tjenestepensjon til ansatte ved de tidligere statssykehusene. Arbeidsgruppen mener at det trolig er rettslig adgang til at helseforetakene kan anskaffe tjenestepensjon i egenregi fra staten ved SPK.

Arbeidsgruppen har også vurdert om det er mulig å tildele en enerett til å levere tjenestepensjon til de regionale helseforetak. Arbeidsgruppen mener her at denne vurderingen i utgangspunktet vil være sammenfallende med vurderingen om det kan gjøres unntak fra anskaffelsesregelverket, jf. C-271/08. På denne bakgrunnen finner arbeidsgruppen at en privat leverandør av tjenestepensjon trolig ikke kan tildeles en enerett til å levere tjenestepensjon til helseforetakene. Arbeidsgruppen mener imidlertid at denne vurdering trolig vil kunne falle annerledes ut, dersom eneretten ønskes tildelt en annen offentlig oppdragsgiver. Den eneste offentlige virksomheten det kan være aktuelt å tildele en enerett er Statens pensjonskasse (SPK). Ettersom arbeidsgruppen uansett har konkludert at helseforetakene trolig vil kunne anskaffe tjenestepensjon fra SPK i egenregi, går arbeidsgruppen ikke inn i en nærmere vurdering av om SPK ville kunne tildeles en enerett til levering av tjenestepensjon til helseforetakene.

Når det gjelder forholdet til regelverket for offentlig støtte, vil det ikke oppstå støtterettslige spørsmål dersom man velger å konkurransenutsette tjenestepensjonsavtalene. Ved etablering av egen pensjonskasse som pensjonsleverandør, er det imidlertid flere forhold helseforetakene må være oppmerksomme på. Blant annet må det vurderes om pensjonskassen må anses som et foretak. Dersom pensjonskassen er fullt integrert i staten og ikke operer i et marked i konkurranse vil ikke støtteregelverket komme til anvendelse. Dersom pensjonskassen tilbyr sine tjenester i konkurranse med private i et marked vil støtteregelverket derimot i utgangspunktet komme til anvendelse. Det må da sikres at det ikke skjer ulovlig kryss-subsidiering mellom den kommersielle og den ikke-kommersielle delen av virksomheten.

I kapittel 5 drøfter arbeidsgruppen hvilket beslutningsnivå valg av leverandørmodell og valg av pensjonsleverandør bør foretas på. Arbeidsgruppen mener eier/Helse- og omsorgsdepartementet etter samråd med de regionale helseforetakene bør beslutte hvilken hovedmodell for valg av pensjonsleverandørordning som bør legges til grunn framover. Ut fra behovet for en entydig nasjonal helsepolitikk bør det være en helhetlig modell også for valg av pensjonsleverandørordning til de ansatte i helseforetakene. Videre mener arbeidsgruppen at det enkelte regionale helseforetak er en hensiktsmessig enhet for etablering av en pensjonsleverandørordning for tjenestepensjon til foretakene i sin region. Dette nivå samstemmer best med det øvrige system for styring av spesialisthelsetjenesten. Det gir det enkelte regionale helseforetak en mulighet til å vurdere om de har spesielle behov å ivareta som kan tilsi en egen leverandørmodell for enkelte helseforetak, slik som i Helse Sør-Øst. Håndtering på regionnivå legger til rette for at utjevningsfelleskapene kan bli forholdsvis store, og enhetene er tilstrekkelig store til å dra fordeler av stordrift i administrasjonen. Det skapes større fleksibilitet i markedet over tid dersom det er flere mulige kunder som gir rom for konkurranse mellom flere leverandører.

I kapittel 6 presenterer arbeidsgruppen mulige forslag til løsningsmodeller og drøfter konsekvenser ved modellene. Innledningsvis oppsummeres sentrale føringer for modellvalg. Det legges blant annet til grunn at leverandøravtalene for Pensjonsordningen for sykepleiere og den lovbestemte plassering av Pensjonsordningen for apotekvirksomhet i SPK holdes utenfor de drøftede løsningsmodellene. Disse ordningene er lovregulert og styrene er oppnevnt av Arbeidsdepartementet. De regionale helseforetakene har ingen beslutningsmyndighet knyttet til disse ordningene.

Dernest drøftes kriterier for mulige modellvalg. Her legges til grunn rettslig gjennomføringsmulighet og prosessrisiko, økonomiske konsekvenser for staten og de regionale helseforetak, forutsigbarhet og administrativ forenkling for de regionale helseforetak, robusthet over tid knyttet til foretaksstrukturen, egnethet i foretaksmodellen og hensynet til konkurranse i det aktuelle marked. Det skisseres så fem ulike hovedalternativer som vurderes å være innenfor det rettslige handlingsrommet. Hovedtrekkene ved de fem alternativene er henholdsvis:

- videreføring av gamle avtaler – inngått før EØS-avtalen trådte i kraft fra 1994 - og konkurranseutsetting av nyere avtaler – inngått fra 1994 og senere, samt forenkling i hovedstadsområdet
- lukking av gamle avtaler og konkurranseutsetting av nyere avtaler og for nyansatte,
- konkurranseutsetting av alle avtaler – både gamle og nye
- etablering av egen fondert pensjonskasse og forenkling i hovedstadsområdet, og
- lukking av alle avtaler og innmelding av nyansatte i Statens pensjonskasse.

Innenfor rammen av disse alternativer legges det stor vekt på å finne en løsning for hovedstadsområdet som reduserer tallet på leverandører og skaper en enklere administrativ situasjon i Helse Sør-Øst/hovedstadsområdet.

Deretter drøftes fordeler og ulemper ved de ulike alternativene ut fra kriteriene nevnt ovenfor. Gjennomgangen viser at alle forslagene har ulike fordeler og ulemper som må avveies mot hverandre. Blant annet legger arbeidsgruppen til grunn at det ligger utenfor mandatet å vurdere en utvidelse av forretningsområdet til Statens pensjonskasse (SPK) til å omfatte kapitalforvaltning og at det derfor ikke er aktuelt å flytte ordninger med tilhørende fondsmidler inn i SPK.

I drøftingen av økonomiske og administrative konsekvenser viser arbeidsgruppen, på bakgrunn av en innhentet rapport fra konsultentselskapet Willis AS, at en egen pensjonskasse for helseforetakene i hovedstadsområdet vil ha en solid egenkapitaldekning. Det er videre anslått at de regionale helseforetakene samlet om lag vil ha tilstrekkelig innskutt egenkapital til å tilfredsstillere lovens minimumskrav til en kjernekapitaldekning på 8 pst. for en egen kasse for alle helseforetakene samlet. Oppfyllelse av kjernekapitalkravet betinger imidlertid at det foretas en nedvekting av aksjer i forvaltningsporteføljen. Samtidig viser tall fra Finanstilsynet at kapitaldekningsgraden de siste 15 årene i gjennomsnitt har ligget på 14,5 pst. for kommunale og private pensjonskasser samlet sett. For å kunne håndtere svingninger i kapitalmarkedet vil en pensjonskasse for helseforetakene samlet derfor kunne kreve ytterligere kapitalinnskudd ved oppstart og/eller når svingninger i markedet oppstår.

Arbeidsgruppen påpeker at de regionale helseforetakene og deres underliggende helseforetak per utgangen av 2009 har en andel i opptjent egenkapital i KLP på ca. 925 mill. kr, eksklusive Pensjonsordningen for sykepleiere, som er innlåst og risikeres tapt dersom foretakene flytter sine pensjonsavtaler fra KLP. Arbeidsgruppen mener denne innlåsingseffekten er uheldig dersom en skal utvikle konkurransen i markedet for offentlig tjenestepensjon. På kortere sikt må modellalternativene vurderes på grunnlag av eksisterende praksis i KLP. I det videre arbeid med en framtidig løsningsmodell for pensjonsleverandør bør imidlertid både KLPs rettslige og økonomiske grunnlag for denne praksis vurderes nærmere.

I kapittel 7 oppsummerer gruppen organisatoriske og administrative konsekvenser. Arbeidsgruppen mener tilpasning av pensjonsleverandørordningene for offentlig tjenestepensjon til anskaffelsesregelverket vil ha administrative konsekvenser enten en velger konkurranseutsetting eller egne pensjonskasser. Kravene til administrativ kapasitet og kompetanse vil imidlertid variere med modellvalg. Videre drøftes hvordan tariffpartenes rolle i prosessen bør innpasses. Det fremheves blant annet at det i den senere prosess om modell for valg av pensjonsleverandør må være nær kontakt mellom partene i arbeidslivet.

I kapittel 8 presenterer arbeidsgruppen anbefalt løsningsmodell. Arbeidsgruppen framhever at én løsningsmodell vanskelig kan løse alle identifiserte problemstillinger. Man bør velge den løsningsmodellen som best ivaretar de viktigste kriteriene. De enkelte modellene har ulike fordeler og ulemper som må avveies ut fra hvilke hensyn som anses som viktigst. Det er også ulik grad av prosessrisiko for de enkelte modellene selv om arbeidsgruppen vurderer at alle modellene i utgangspunktet er rettslig gjennomførbare.

Ut fra de anslag og vurderinger arbeidsgruppen har hatt tilgang til, fremstår det i noen grad som usikkert hvordan de ulike løsningsmodellene vil påvirke helseforetakenes langsiktige økonomiske situasjon. En sammenligning av de økonomiske konsekvensene for løsningene full konkurranseutsetting og etablering av egen pensjonskasse gir, ut fra de anslag og vurderinger arbeidsgruppen har hatt tilgang til, ikke en klar indikasjon på hvilket alternativ som framstår som mest hensiktsmessig.

Etter arbeidsgruppens vurdering står i denne sammenheng Helse Sør-Øst RHF – og herunder spesielt helseforetakene i hovedstadsområdet – i en særstilling. For de øvrige regionale helseforetak, og Helse Sør-Øst utenom hovedstadsområdet, er dagens pensjonsforhold mer oversiktlig og i hovedsak knyttet til KLP. Arbeidsgruppens anbefalte løsningsmodell retter derfor oppmerksomheten primært mot hovedstadsområdet. I samsvar med mandatet omtales imidlertid en løsning også for foretakene i de øvrige helseregionene i kapittel 8.4.

1.5 Anbefalt løsningsmodell

Arbeidsgruppen anbefaler en løsningsmodell basert på alternativ 1 i pkt. 6.3.1 - Videreføring av eldre avtaler og forenkling i hovedstadsområdet.

Løsningsmodellen innebærer følgende for HSØ RHF med underliggende helseforetak i hovedstadsområdet:

- SPK lukkes, nåværende medlemmer forblir der
- Medlemmer i OPF (som er lukket) forblir der
- Avtaler inngått med KLP fra 1994 og senere sies opp og medlemmene flyttes til ny leverandørordning
- Medlemmer i AFPK flyttes:
 - Sykepleiere flyttes til Pensjonsordningen for sykepleiere i KLP
 - Øvrige medlemmer flyttes til ny leverandørordning
- Medlemmer i VVP flyttes til ny leverandørordning
- Nyansatte sykepleiere ved Ahus og Bærum sykehus under Vestre Viken HF meldes inn i Pensjonsordningen for sykepleiere
- HSØ RHF etablerer en egen felles pensjonskasse for HSØ RHF med de underliggende helseforetakene i hovedstadsområdet. Pensjonskassen skal omfatte:
 - Alle nyansatte ved helseforetakene i hovedstadsområdet, med unntak av sykepleierne
 - Medlemmer i KLP omfattet av avtaler inngått fra 1994 og senere
 - Medlemmer i AFPK (eksklusive sykepleierne)
 - Medlemmer i VVP
- Den nye pensjonskassen som opprettes baseres på at hoveddelen av kassens administrasjons- og forvaltningsoppgaver konkurranseutsettes

Arbeidsgruppen mener HSØ på sikt bør vurdere om det vil være naturlig å utvide pensjonskassen til også å omfatte de øvrige avtalene helseforetakene innenfor regionen har. En nærmere begrunnelse for forslaget er presentert i kapittel 8.3.

For de øvrige regionale helseforetakene med underliggende helseforetak innebærer løsningsmodellen følgende:

- Leverandøravtaler med KLP inngått av fylkeskommunen før EØS-avtalen trådte i kraft fra 1994 videreføres ("gamle avtaler")
- Helseforetakene må selv foreta en særskilt vurdering av om avtaler inngått etter 1994 ("nye avtaler") kan samles under andre ordninger eller om de må konkurransenutsettes

De regionale helseforetakene, Helse Vest, Helse Midt-Norge og Helse Nord, med underliggende helseforetak har en ryddig leverandørsituasjon, og har dermed ikke de samme praktiske utfordringene som helseforetakene i hovedstadsområdet. Arbeidsgruppen har i kapittel 4 konkludert med at det er rettslig adgang til å videreføre avtaler fra før EØS-avtalens ikrafttredelse, dvs. før anskaffelsesregelverket trådte i kraft, med mindre det har skjedd vesentlige endringer i avtalene. Arbeidsgruppen anbefaler at de regionale helseforetakene selv foretar en særskilt gjennomgang av disse avtalene.

For avtaler som er inngått fra 1994 og senere er det lite trolig at disse kan videreføres uten konkurransenutsetting med visse mellomrom. Disse avtalene har svært begrenset omfang⁴ (omfatter totalt ca. 1000 medlemmer pr. utgangen av 2009). Det må vurderes om disse avtalene kan samles under andre ordninger, herunder gjennom eventuelt samarbeid mellom regionene, eller om de må konkurransenutsettes, jf. det rettslige handlingsrommet som beskrives i kapittel 4. En slik tilnærming gir tid til å vurdere aktuelle løsninger nærmere, blant annet i lys av erfaringene fra HSØ.

2. Oversikt over eksisterende pensjonsordninger og -leverandører

I dette kapitlet gis det en oversikt over de eksisterende ordningene ved helseforetakene, både hvilke pensjonsordninger de ansatte er medlemmer i, og hvem som er pensjonsleverandør. Tjenestepensjon kommer i tillegg til ytelser fra folketrygden. Folketrygden er en lovfestet, pliktig ordning for alle som er bosatt eller arbeider i Norge. På bakgrunn av pensjonsreformen vil både folketrygden og offentlig tjenestepensjon inneholde nye elementer fra 2011. Endringene har imidlertid ikke betydning for arbeidsgruppens mandat.

⁴ Etter de opplysninger arbeidsgruppen har fått ble det bare foretatt mindre tekniske endringer i avtalene mellom 1994 og 2002. Dersom det legges til grunn at det verken har skjedd vesentlige endringer i avtalen inngått før 1994 og at det ikke er inngått avtaler i perioden 1994-2002, vil i praksis skille mellom "gamle avtaler" og "nye avtaler" for levering av tjenestepensjon til helseforetakene være 2002.

2.1 Pensjonsleverandører og pensjonsordninger

En offentlig arbeidsgiver som har tjenstepensjonsordning for sine ansatte kan organisere sin pensjonsordning på to hovedmåter:

- Egeneid pensjonsinnretning, som kan organiseres på flere måter
- Avtale med et livsforsikringsselskap.

De ansatte i helseforetakene er omfattet av følgende pensjonsordninger:

- Pensjonsordningen for sykepleiere (omfatter i utgangspunktet alle offentlig godkjente sykepleiere, også de som ikke er ansatt i helseforetak), administreres av KLP
- Pensjonsordningen for sykehusleger, forvaltes av KLP
- Pensjonsordningen for apotekvirksomhet (omfatter både sykehusapotekene og andre apotek), forvaltes av SPK
- Pensjonsordninger for øvrige ansatte, forvaltet av fem leverandører, herunder KLPs fellesordning for statlige helseforetak mv.

De ulike ordningene er nærmere omtalt i avsnitt 2.2.

2.1.1 Rettslig regulering mv

Pensjonsordningene for de ansatte i helseforetakene er i dag dels lov- og dels tariffestet. Pensjonsordningene for sykepleiere, for apotekansatte og Statens pensjonskasse er lovfestet i egne lover, mens Pensjonsordningen for sykehusleger og Fellesordningen for øvrige ansatte er tariffestet. Enkelte pensjonsordninger er også dels regulert i egne vedtekter. I tillegg er forvaltningen av pensjonsordningene regulert i forsikringslovgivningen, blant annet lov om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv. (forsikringsvirksomhetsloven).

Tjenstepensjon i helseforetakene er i dag basert på følgende grunnleggende forutsetninger:

- Pensjonsordningene som eksisterte da helseforetaksmodellen ble innført fra 1.1.2002 ble videreført og stadfestet gjennom tariffavtalen mellom Spekter og de ansattes organisasjoner i 2004 ("frysavtalen"). Den er videreført i senere tariffavtaler, senest ved overenskomsten fram til 30.4.2012 mellom LO Stat og Spekter Helse der en har følgende felles protokolltilførsel: "...*arbeidet gjennomføres under forutsetning av arbeidsgivers frys av de ansattes pensjonsforhold, med mindre partene er enige om noe annet, fram til 30.04.2012*". Det har vært ulik forståelse mellom partene om avtalen også innebærer valg av pensjonsleverandør, noe som medførte en sak for Arbeidsretten i forbindelse med etableringen av VVP. I dommen av 29.9.2009 kom Arbeidsretten til at den midlertidige opprettelsen av VVP med utkontrahering og innkjøp av eksterne tjenester for å drifte pensjonskassen ikke var i strid med protokollene fra tariffrevisjonen mellom partene.

- Vedtektene for de regionale helseforetakene fastlegger at ansatte i helseforetak skal ha offentlig tjenestepensjon. Dette innebærer etter dagens regelverk at de skal ha en ytelsesbasert bruttoordning.
- I tillegg fastslår overenskomstene at pensjonsordningene skal omfattes av overføringsavtalen.

2.1.2 Oversikt over pensjonsleverandører til helseforetakene

Pr. utgangen av 2009 hadde de regionale helseforetakene og de underliggende helseforetakene følgende pensjonsleverandører:

- Statens Pensjonskasse (SPK) er leverandør for de ansatte i sykehusapotekene (Pensjonsordningen for apotekvirksomhet) og de ansatte ved de tidligere statssykehusene /Rikshospitalet (inkludert tidligere Radiumhospitalet). Pensjonsordningen i SPK er en felles ordning der det ikke skilles mellom sykepleiere, leger eller pensjonsordningen for de øvrige ansatte.
- Akershus fylkeskommunale pensjonskasse (AFPK) er leverandør for Akershus universitetssykehus HF, Vestre Viken HF v/ Bærum sykehus og deler av de ansatte ved Aker (tidligere Ski sykehus), Ullevål og Sunnaas HF. Ordningen er ikke formelt lukket, men få nyansatte ved Aker, Ullevål og Sunnaas er meldt inn etter 1.1.2006. AFPK er unntatt fra loven om pensjonsordning for sykepleiere. Pensjonsordningen i AFPK er en felles ordning der det ikke skilles mellom sykepleiere, leger eller pensjonsordningen for de øvrige ansatte.
- Vestre Viken pensjonskasse (VVP) er leverandør til de sykehusene som tidligere var eid av Buskerud fylkeskommune og nå er en del av Vestre Viken HF. Pensjonskassen har utkontraktert samtlige administrative oppgaver til Storebrand Pensjonstjenester AS.
- Oslo pensjonsforsikring AS (OPF) er leverandør for deler av de ansatte ved Sunnaas, Ullevål sykehusapotek, Aker og Ullevål, for de som var ansatt før 1.1.2002. Ordningen er lukket. OPF er i likhet med AFPK, unntatt fra loven om pensjonsordning for sykepleiere.
- Kommunal landspensjonskasse (KLP) forvalter 3 pensjonsordninger for de ansatte i helseforetakene:
 - Fellesordningen for helseforetak (omfatter alle ansatte som ikke er leger eller sykepleiere)
 - Pensjonsordningen for sykepleiere
 - Pensjonsordningen for sykehusleger.

Sykepleiere som er ansatt ved Rikshospitalet etter 1.1.2009 meldes inn i Pensjonsordningen for sykepleiere forvaltet av KLP. Alle andre nyansatte på Rikshospitalet meldes inn i SPK.

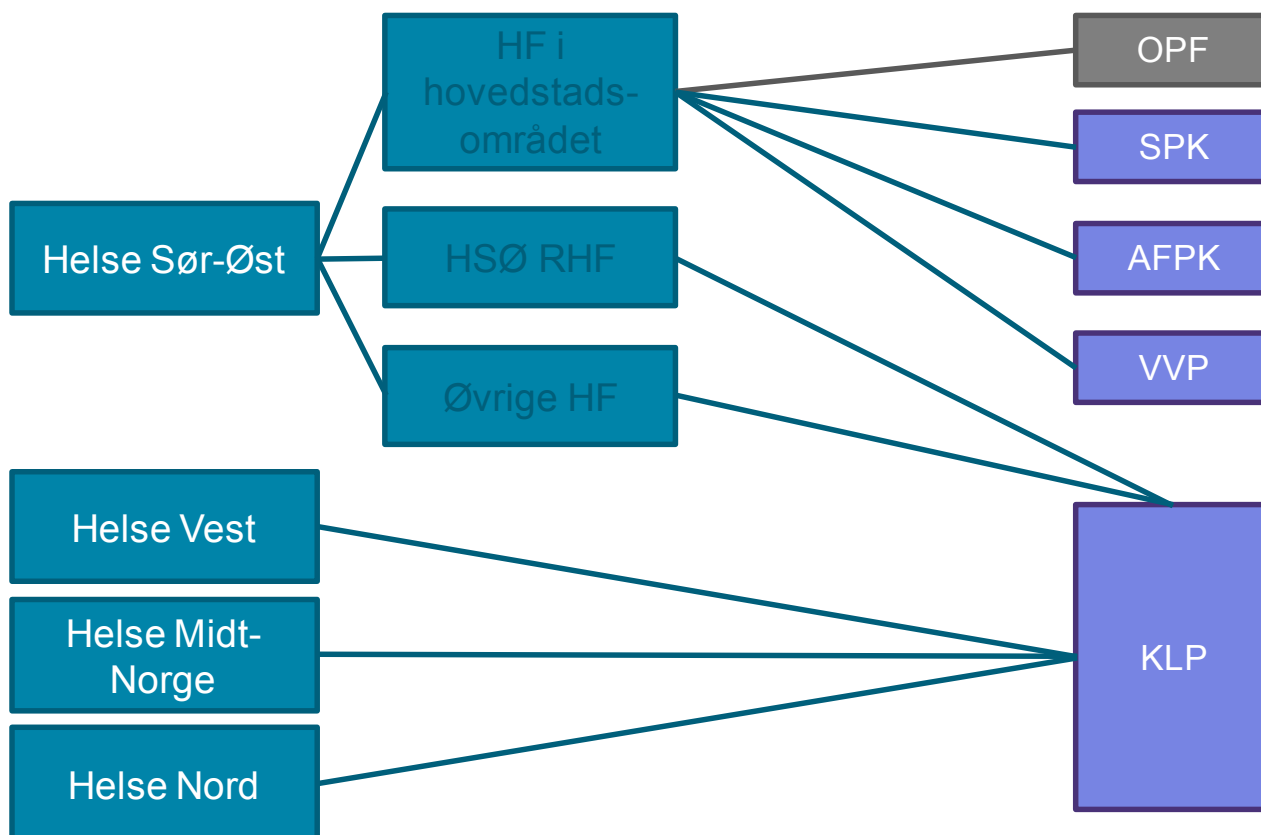
KLP er totalleverandør for Helse Nord, Helse Midt-Norge og Helse Vest. I tillegg er de leverandør til de fleste helseforetakene i Helse Sør-Øst⁵ (med de unntak som er nevnt for SPK, AFPK og OPF når det gjelder pensjonsordningen for sykepleiere), samt for øvrige ansatt ved Sunnaas, Aker og Ullevål etter 1.1.2002. Videre er KLP leverandør av pensjon til ansatte i de ideelle, private sykehusene som tidligere inngikk i de fylkeskommunale helseplanene og nå har driftsavtale med de regionale helseforetakene.

Senere er leverandørsituasjonen blitt ytterligere sammensatt som følge av omstruktureringene i hovedstadsområdet med flytting av funksjoner mellom helseforetakene Ahus, OUS og Vestre Viken.

De tre ordningene KLP forvalter har separat økonomi med egen premiesetting basert på risikoforløpet i de aktuelle ordningene. Tilsvarende gjelder for apotekordningen i SPK.

Samlet sett forvalter KLP ved inngangen til 2010 hele eller deler av pensjonsordningen for 25 av 27 helseforetak. Samtidig er ansatte ved OUS medlemmer hos fire ulike offentlige tjenestepensjonsleverandører: SPK, AFPK, KLP og OPF.

Figur 1 Dagens leverandørsituasjon



⁵ Dette gjelder Psykiatrien i Vestfold, Sykehuset Vestfold HF Sykehuset Innlandet HF, Sykehuset Telemark HF, Sykehuset Østfold HF, Sørlandet Sykehus HF

Tabell 1 Helseforetakene (inklusive sykehusapotekene) - medlemmer fordelt på leverandør og ordning - pr. 31.12.09

Antall	KLP	SPK	OPF	AFPK	VVP	Totalt
Yrkesaktive	85.068	8.082	4.412	7.473	2.737	107.772
Pensjonister	36.677	4.531	6.266	4.046	4.795	56.513
Oppsatte ⁶	31.872	15.723	15.818	16.077	6.880	86.370
Totalt ant	153.617	28.336	26.496	27.596	14.412	250.650
Pst.vis andel av totaltallet pr leverandør	61,3	11,3	10,6	11,0	5,8	100

Tabellen viser blant annet at KLP forvalter tjenstepensjonsordningen for ca. 62 pst. av det samlede antall medlemmer fra de regionale helseforetakene. Blant de yrkesaktive medlemmene har ca. 83 pst. sine tjenstepensjonsordninger forankret i KLP.

2.1.3 Pensjonsytelsene

De offentlige tjenstepensjonsordningene er bruttoordninger som samordnes med folketrygdens pensjon. Ytelsene i de ulike ordningene er relativt like. Samtlige ordninger og leverandører, unntatt OPF, har 66 pst. pensjonsdekning av sluttlønn i alderspensjonsordningen. I OPF er dekningen 70 pst., men pensjonsgrunnlaget er redusert med 2 pst. sammenliknet med det som er vanlig i de andre offentlige tjenstepensjonsordningene. Sammenliknbar pensjonsdekning blir derved 68,6 pst.

Full pensjon krever en opptjeningstid på minst 30 år. Ved deltid og kortere opptjenings- tid avkortes pensjonen forholdsmessig. Lønn som overstiger 12 ganger folketrygdens grunnbeløp medregnes ikke. Pensjonsgrunnlaget fastsettes i hovedsak på samme måte i de ulike ordninger og består av fastlønn og pensjongivende tillegg. Løpende alderspensjoner reguleres med lønnsveksten og fratrekkes deretter 0,75 pst. Uføre- og etterlattepensjoner reguleres med lønnsveksten fram til fylte 67 år og deretter reguleres også disse pensjonene som alderspensjoner. I Pensjonsordningen for apotekvirksomhet mv. fastsettes reguleringen av pensjonsordningens styre.⁷

Hovedtrekkene for samordning av tjenstepensjon med folketrygden er at folketrygdens pensjonsytelser utbetales i sin helhet, mens tjenstepensjonen reduseres med et samordningsfradrag. Dersom det er full opptjenings- tid, trekkes som hovedregel både tilleggspensjon og sært tillegg fra i sin helhet, mens grunnpensjon trekkes fra med 75 pst. av grunnbeløpet i Folketrygden. Regelverket for samordning omfatter flere avgrensninger som arbeidsgruppen ikke kommer nærmere inn på i denne summariske oversikten over hovedtrekkene i tjenstepensjonsordningene.

⁶ Ansatte som er sluttet, men ennå ikke har tatt ut pensjon.

⁷ Reguleringsbestemmelsene er en del av tilpasningene av offentlige tjenstepensjon til fleksibel alderspensjon i folketrygden fra 1. januar 2011. Tilpasningene omfatter også levealdersjustering og supplerende samordningsbestemmelser.

I alle de offentlige tjenestepensjonsordningene er det attførings- og uføreytelser, etterlattepensjon og barnepensjon med tilnærmet lik stønadsdekning, utmålings- og tildelingsregler. Alle de fem pensjonsleverandørene i offentlig sektor forvalter også AFP-ordning for de medlemmer hvor dette er avtalt. Sykepleiere, hjelpepleiere og fysioterapeuter m. fl. har aldersgrense 65 år. De med lavere aldersgrense kan ha mulighet til å få pensjon inntil tre år før aldersgrensen. Forutsetningen er at summen av alder og samlet medlemstid er minst 85 år.

2.1.4 Overføringsavtalen

Overføringsavtalen er en tariffavtalt del av pensjonsordningene. Avtalen kommer til anvendelse på pensjonsrettigheter som er opptjent i to eller flere pensjonsordninger. Avtalen sikrer at arbeidstakere som har vært medlem av flere offentlige tjenestepensjonsordninger får pensjon beregnet som om de hele tiden har vært medlem av en og samme pensjonsordning. Arbeidstakeren får utbetalt sin pensjon fra den siste ordningen, som om all tid var opptjent i denne, og med sluttlønnen i denne ordningen. Avtalen sikrer på denne måten at ansatte i offentlig sektor ikke taper pensjonsrettigheter ved skifte av arbeidsgiver. Her skiller imidlertid ordningen i Oslo Pensjonsforsikring (OPF) seg ut. Ved overgang fra OPF til en annen ordning vil man få beregnet pensjonen som om en alltid har vært i den siste ordningen. Medlemmene vil følgelig ikke få beregnet pensjonen med 70 pst. av nettolønn, men isteden 66 pst. av bruttolønn ved overgang fra OPF til en annen pensjonsinnretning.

2.1.5 Finansieringsordningene

Tjenestepensjonsordningene finansieres ulikt i staten og de kommunale ordningene.

Pensjonsordningen i SPK er primært utlikningsbasert, dvs. at de løpende pensjonsytelser dekkes gjennom premieinnbetaling fra medlemmer og arbeidsgiver. Helsesektoren, herunder Oslo Universitetssykehus, er imidlertid del av en kundegruppe hvor SPK opererer med fiktive fond som simuleres og beregnes på reelle verdier. Ut fra dette beregnes det en aktuariell premie som kan sammenliknes med det kundegruppen eventuelt måtte ha betalt i en fondsbasert ordning.

De øvrige offentlige tjenestepensjonsordningene er fondsbaserte. Finansieringsordningen og den årlige premien som innbetales er forsikringsteknisk oppbygd, i overensstemmelse med tariffavtalen i Spekterområdet og forsikringsvirksomhetsloven. Finansiering skjer gjennom forhåndsinnbetaling av pensjonspremier som avsettes i pensjonsfond.

Arbeidstaker betaler en medlemspremie på 2 pst. av pensjonsgivende inntekt (opp til 12G) i alle de offentlige pensjonsordningene i helseforetakene, unntatt i Oslo pensjonsforsikring AS og i Pensjonsordningen for apotekvirksomhet (POA). I OPF betaler medlemmene ikke pensjonsinnskudd, men pensjonsgrunnlaget er redusert med 2 prosentpoeng sammenliknet med det som er vanlig i de øvrige offentlige tjenestepensjonsordningene (jf. punktet ovenfor

om pensjonsdekningen i OPF). I POA trekkes medlemmene 2,5 pst. av pensjonsgrunnlaget i medlemsinnskudd. Resten av pensjonspremien dekkes av arbeidsgiver, og her varierer ordningene noe.

Premieberegningssystemet er tilnærmet lik for alle leverandører. Både forsikringsvirksomhetsloven og overenskomsten i Spekterområdet stiller krav til finansieringssystemet for tjenestepensjon. Blant annet skal ytelsene være forsikringsmessig dekket, det vil si at fondene til enhver tid skal være tilstrekkelig til å finansiere de påløpte pensjonsforpliktelsene. Innen offentlig tjenestepensjon skal alle ytelser som er forsikringsbare inngå i den forhåndsberegnede premien. Ikke-forsikringsbare ytelser skal dekkes gjennom engangspremier når forsikringstilfellene inntreffer. Dette er tilfeller knyttet til særtrekkene for offentlig tjenestepensjon; bruttogaranti og regulering av pensjoner under utbetaling og oppsatte rettigheter.

I statlig sektor dekkes avtalefestet pensjon (AFP) over statsbudsjettet.⁸ I de kommunale ordningene må arbeidsgiverne dekke alle kostnadene ved uttak av AFP. De fleste arbeidsgivere her er med i utligningsordninger, som fordeler de løpende utgiftene til AFP på de arbeidsgivere som er med i ordningen. Helseforetakene tar egenrisiko ved AFP og finansierer dermed alle kostnader i forbindelse med ansattes uttak av AFP.

2.1.6 Utjevningsordningen

Forsikringsvirksomhetsloven gir adgang til å opprette fellesordninger for premieberegning i helseforetakenes pensjonsordninger for å motvirke at pensjonspremiene skal variere med medlemmenes kjønn og alder. I overenskomsten for Spekterområdet stilles det således krav om at finansieringssystemet skal være kjønnsnøytralt og ikke virke utstøtende på eldre arbeidstagerne. I KLP inngår helseforetakene i et eget fellesskap (Fellesordningen for helseforetak). I tillegg er det et eget fellesskap for sykehuslegene (Pensjonsordningen for sykehusleger). Sykepleiere ansatt i helseforetakene er med i Pensjonsordningen for sykepleiere, sammen med andre offentlig godkjente sykepleiere. Engangspremier knyttet til særtrekkene skal også utjevnes.

Også i AFPK benyttes en premieberegningssystem som oppfyller tariffavtalens krav om utjevning slik at foretak som omfattes av ordningen ikke påvirkes av medlemmenes alder og kjønn. Det enkelte foretaks andel av samlet årspremie beregnes ut fra forholdet mellom foretakenes pensjonsgrunnlag. Dekning av AFP-pensjoner belastes særskilt. Engangskostnader ved annen tidligpensjonering og dekning av ikke-forsikringsbare ytelser ligger i et eget element i premien.

I OPF følger premiefastsettelsen hovedprinsippene i forsikringsvirksomhetsloven, slik at det ikke er noen utjevning av verken ordinær årspremie, kostnader eller engangspremier.

⁸ De virksomhetene i SPK som betaler arbeidsgiverpremie (skolesektoren og statlige fristilte virksomheter) betaler en egen AFP-premie.

Ifølge en rapport fra OUS i 2009, har den delen av OUS sine ansatte som er medlemmer i KLP karakteristikk, særlig alder, som sannsynligvis ville gitt lavere premie dersom den var blitt beregnet separat. Samtidig har de ansatte som er medlemmer i OPF egenskaper som nokså sikkert gir høyere premie enn om den var blitt beregnet i et utjevnet system. OUS får således høyere pensjonskostnader etter begge prinsipper. Arbeidsgruppen har ikke vurdert disse forhold nærmere, men dette mønsteret må ses i sammenheng med at OPF er lukket siden 2002 og følgelig får medlemmene en høyere gjennomsnittsalder. Samtidig blir yngre, nyrekruttede arbeidstakere meldt inn i KLP.

VVP skiller seg fra de andre ved at ordningen er i en pensjonskasse uten andre arbeidsgivere enn foretaket selv. Følgelig har ikke kassen mulighet for noen utjevningsordning.

2.1.7 Sikringsordningen

Før 2004 var opparbeidede pensjonsrettigheter forskjellig sikret i de ulike ordningene:

- I Statens pensjonskasse var rettighetene sikret gjennom *statsgarantien i lov om Statens pensjonskasse*.
- I Sykepleier- og apotekerordningene var rettighetene sikret ved *lovfestingen* av ordningene og ved at fellesordningene sikret rettighetene fullt ut.
- I kommunal sektor var rettighetene sikret av medlemsvirksomhetene i hver *enkelt pensjonsordning*.

Fra 2004 ble forsikringsvirksomhetsloven endret slik at livselskapene og de kommunale pensjonskassenes forpliktelser ble begrenset til det som det er betalt premie for. Tidligere fordeling av ubetalt premie på medlemsvirksomhetene i de kommunale tjenstepensjonsordningene ble ikke lenger mulig. Dette fikk særlig betydning for de elementene av pensjonsrettighetene som ikke kan forsikres fullt ut på opptjeningstidspunktet (regulering av pensjonsytelser, uttak av tidligpensjon gjennom 85-årsregelen⁹ og bruttogarantien¹⁰), men som inndrives ved engangspremier når rettighetene utløses. Ved endringen av forsikringsvirksomhetsloven i 2004 oppsto spørsmålet om hvem som skulle betale slike ikke-forsikringsbare rettigheter når arbeidsgiveren ikke kunne betale.

Overføringsavtalen ble, blant annet som følge av overnevnte problemstilling, revidert i 2004 og det ble innført en sikringsordning. Ordningen skal bidra til å sikre pensjonsrettigheter opparbeidet hos arbeidsgiver som opphører, eller som ikke betaler premie ved forfall. Tilslutning til ordningen er pliktig for de arbeidsgivere som har kommunal pensjonsordning etter forsikringsvirksomhetsloven kapittel 10, herunder statlige helseforetak. De lovfestede pensjonsordningene er ikke med i sikringsordningen.

⁹ Når summen av alder og pensjongivende tjenestetid er 85 år kan medlemmet fratruke inntil 3 år før aldersgrensen med alderspensjon.

¹⁰ Bruttoordningen innebærer at den offentlige tjenstepensjonsordningen kompenserer for eventuell reduksjon av folketrygdens ytelser.

2.1.8 Økonomiske forhold

Uansett hvordan pensjonsordningen organiseres, er det i forsikringsvirksomhetsloven §§ 6-3 til 6-5 og 7-9 krav om egenkapital som skal utgjøre en viss andel av premiereserven, avhengig av hvordan pensjonsmidlene forvaltes.

En viktig forskjell på de to hovedmåtene å organisere pensjonsordningen på, egneid pensjonsinnretning eller avtale med et livsforsikringsselskap, er at i en egneid pensjonsinnretning er kunden ansvarlig for at innretningen har tilstrekkelig egenkapital. Dette innebærer at kunden selv må stille med egenkapital for innretningens forpliktelser ved oppstart og at den senere må bidra med egenkapitaltilskudd til opprettholdelse/økning av egenkapitalen for å oppfylle lovpålagte kapitalkrav.

Et egenkapitalinnskudd i KLP eller i en pensjonskasse, slik som VVP og AFPK, er sparing som gir avkastning.

I et livselskap organisert som et aksjeselskap, slik som Vital forsikring ASA og Storebrand Livsforsikring AS, kan man være kunde uten å være eier. Kundene stiller følgelig ikke med egenkapital selv, men må til gjengjeld betale en godtgjørelse til aksjonærene for at de stiller med den egenkapitalen myndighetene krever skal stå bak forpliktelsene. Godtgjørelsen livsaksjeselskapet/eierne krever for å stille med egenkapital, betaler kundene i prinsippet i form av rentegarantipremie og fortjenestemarginer på andre premier.

Avkastningsmodell

Det er generalforsamlingen i egneide forsikringsselskap som beslutter disponering av selskapets overskudd, dvs. hvor mye som skal tilføres premiefond, hvor mye som skal brukes til å bygge buffere og hvor mye som eventuelt skal brukes til egenkapital.

KLP sitt styre har fattet en policymessig beslutning om at den årlige egenkapitalinnbetalingen aldri skal overstige det tilbakeførte beløpet til premiefond. Historisk har egenkapitalinnskudd i KLP i det alt vesentlige blitt finansiert av overskuddet i selskapet. Likviditetsmessig innebærer dette at kundene minimum får tilbakeført et beløp til premiefond som det de innbetaler i ny egenkapital. Egenkapitalinnskudd er å anse som en investering.

Også i OPF og i AFPK settes det av midler fra overskuddet på forvaltningen av kundefond til premiefond etter garantert rente og avsetninger til kursreguleringsfond og tilleggsavsetninger.

I VVP blir overskudd på avkastning tilordnet kundemidler (tilleggsavsetninger) eller det kan brukes av medlemsbedriften som alternativ til premieinnbetaling senere (premiefond). Dette er en disposisjon som bestemmes av pensjonskassens styre.

Siden pensjonsordningen i SPK ikke er fondsbasert, men opererer med fiktive fond, skiller avkastningsmodellen seg fra de øvrige ordningene. Avkastningen beregnes som om det var et reelt fond men med de begrensninger som ligger i avkastningsmodellen (i all hovedsak koblet til avkastningen på statsobligasjoner). Avkastningen på det fiktive fondet har de

samme konsekvenser som om fondet var reelt. God avkastning medfører lavere premie og motsatt.

Premieberegning

Helseforetakene betaler årlig en pensjonspremie til de enkelte pensjonsleverandørene. Pensjonspremien dekker de ansattes opptjente pensjonsrettigheter. Siden framtidig pensjon avhenger av den ansattes lønn, innebærer dette at ved en lønnsøkning økes også verdien av pensjonen som er opptjent i tidligere år. Det er således det enkelte års reelle lønnsvekst som påvirker premien. I tillegg påvirkes pensjonspremien av den årlige regulering av folketrygdens grunnbeløp for dem som allerede er pensjonister, faktisk avkastning på fondsmidler, antatt dødelighet, uførhet etc.

Den samlede premien skal ifølge lov om forsikringsvirksomhet kapittel 10 dekke både forsikringsbare og ikke-forsikringsbare ytelser. Forsikringsbare ytelser er pensjonsytelser det kan forhåndsberegnes premie for i motsetning til ikke-forsikringsbare ytelser som dekkes av engangspremier (reguleringspremie og engangspremie ved pensjonstilfeller er eksempel på ikke-forsikringsbare ytelser).

Premien kan splittes i følgende elementer:

- Ordinær forsikringspremie
- Rentegarantipremie
- Administrasjonstillegg
- Administrasjonsreservepremie
- Engangspremie ved pensjonstilfeller (tidligpensjon og bruttogarantien)
- Reguleringspremie til finansiering av lønns- og G-regulering.

Premien innbetales årlig og er uttrykk for den likviditet kundene belastes. Premien kan variere fra år til år. De største svingningene er knyttet til reguleringspremien, som gjenspeiler hvor store lønnstillegg som blir gitt, samt reguleringen av pensjoner og oppsatte rettigheter. Det vil også være svingninger knyttet til størrelsen på tilbakeførte overskudd fra foregående års resultat. For de regionale helseforetakene er det nå vedtatt at forskjell mellom pensjonspremie og -kostnad skal slå ut på foretakenes driftskreditt (hos Norges Bank) – ved lavere premie stilles det krav til nedbetaling og ved høyere premie økes driftskreditten tilsvarende.

Pensjonskostnader

Helseforetakene fører regnskap etter regnskapsloven. Det foreligger en egen regnskapsstandard (NRS6) med egen tilhørende veiledning som regulerer hvordan pensjonskostnaden skal beregnes og føres i regnskapet. Mens pensjonspremien belaster helseforetakenes likviditet, kommer pensjonskostnaden til uttrykk i helseforetakenes ordinære driftsregnskap.

NRS6 legger til grunn at det skal fastsettes realistiske langsiktige forutsetninger for målingen av årets pensjonskostnad. Det skal i målingen inkluderes forventede framtidig

årlige lønnsøkninger og pensjonsreguleringer. Det må også fastsettes en diskonteringsrente som tar utgangspunkt i lange risikofrie renter (10 års statsobligasjoner pluss et risikotillegg). I tillegg må det fastsettes demografiske forutsetninger om framtidig dødelighet, uttak av AFP osv. Det som i særlig grad er av betydning for størrelsen på pensjonskostnaden er forholdet mellom diskonteringsrenten og lønnsveksten. Desto lavere forholdstallet diskonteringsrente/lønnsvekst er, jo høyere blir pensjonskostnaden. Etter NRS6 skal disse forutsetningene revurderes hvert år. Det medfører at forholdet mellom diskonteringsrente/lønnsvekst normalt vil endre seg fra år til år. Siden disse forutsetninger og prinsipper for beregning av den regnskapsmessige pensjonskostnad er forskjelling fra dem som gjelder for fastsettelse av pensjonspremien, vil disse størrelsene være ulike.

Norsk regnskapsstiftelse (NRS) vedtok den 20. juni 2007 en ny veileder for fastsettelse av økonomiske forutsetninger for de fremtidige forpliktelsene for ytelsesbaserte pensjonsordninger. Denne veilederen er styrende for fastsettelsen av hvilke forutsetninger som skal anvendes ved måling av årets pensjonskostnad i alle foretak som følger regnskapsloven, inkludert de regionale helseforetakene. Veiledningen oppdateres årlig.

Tabell 2 Regnskapsførte pensjonskostnader regionale helseforetak 2002-2009. Beregningsforutsetninger. Prosent

	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002
Diskonteringsrente inkl. risikopåslag	5,30	5,30	5,50	5,00	6,00	6,00	6,00	6,50
Gjennomsnittlig lønnsvekst	4,00	4,50	4,50	3,00	3,50	3,50	3,50	4,00
Diskonteringsrente/ lønnsvekst	1,25	0,77	0,96	1,94	2,42	2,42	2,42	2,40

Endringen i pensjonskostnadene påvirker det regnskapsmessige resultatet for de regionale helseforetakene. De regnskapsførte pensjonskostnadene og basisrammen gitt til å dekke disse var i årene fra 2002 frem til 2005 tilnærmet like og påvirket derfor ikke det regnskapsmessige resultat verken positivt eller negativt i særlig grad. Parameterendringen for regnskapsåret 2006 innebar at pensjonskostnaden til de regionale helseforetakene økte med om lag 1 mrd. kr. Dette beløpet ble unntatt fra resultatkravet og ble så lagt til grunn for inntektsnivået for 2007. I 2007 ble imidlertid den nye veilederen vedtatt, og parametersettet ble ytterligere strammet inn. Dette innebar en kostnadsøkning på 3,26 mrd. kr som på samme måte som for 2006 ble unntatt fra resultatkravet. For 2008 ble inntektsnivået økt på bakgrunn av kostnadsnivået fra 2007, men nye parametere innebar en ytterligere kostnadsøkning på 600 mill. kr som ble unntatt fra resultatkravet. I perioden 2006-2008 har dermed de regionale helseforetakene hatt 4,8 mrd. kr høyere pensjonskostnader enn det som ble reflektert i basisbevilgningen – og regnskapsmessig resultat har blitt negativt påvirket tilsvarende. Fra 2009 er imidlertid inntektsnivået økt i tråd med pensjonskostnadene, og det er pensjonskostnaden som legges til grunn ved fastsettelsen av rammetilskuddet til de regionale helseforetakene.

2.2 Nærmere om de ulike pensjonsordningene

2.2.1 Innledning

Tjenestepensjonsordningene i offentlig sektor har i stor grad like ytelser og like regler for beregning av pensjon. Dette skyldes i første rekke overføringsavtalen og at pensjonene reguleres på samme måte. Likevel foreligger det enkelte forskjeller mellom ordningene i forhold til pensjonsytelsene, vilkår, beregning og finansiering. Noen eksempler her er:

- Reglene for inntekt ved siden av AFP fra 65 år
- Vartpengeordningen i SPK
- Sluttlønnsprinsippet: i KLP må man ha hatt lønnsforhøyelsen i 2 år før den medregnes i pensjonsgrunnlaget. I SPK legges lønn umiddelbart til grunn.
- Opptjening ved permisjon.
- Beregning av uførepensjon; forskjeller mellom faktisk stillingsprosent ved uførheten og gjennomsnittlig deltid (hvis en har jobbet høyere stilling tidligere).

Arbeidsgruppen har ikke gått nærmere inn i disse spørsmål, men legger til grunn at dette må ivaretas i den videre prosess ved eventuell flytting av pensjonsordninger mellom leverandører.

Avtalefestet pensjon (AFP) i offentlig sektor ble innført parallelt med innføringen av AFP i privat sektor i 1988. Det er egne AFP-ordninger for de ulike tariffområdene, men i innhold er de i hovedsak like. I kommunal sektor finansieres AFP-ordningen løpende; der vil kostnadene dekkes når pensjonen tas ut. De fleste arbeidsgivere i kommunal sektor er med på utlikningsordninger, hvor løpende utgifter fordeles på ordningene. Dette står i motsetning til helseforetakene som har valgt å ha egenrisiko for AFP-utgiftene på foretaksnivå for de ordningene der de har anledning til det.

2.2.2 Pensjonsordningen i Statens pensjonskasse

Bakgrunn

For de ansatte ved helseforetakene som har pensjonsrettigheter i SPK (ansatte ved tidligere Rikshospitalet og Radiumhospitalet), er pensjonsordningen lovfestet i lov om Statens pensjonskasse. Pensjonskassen er statsgarantert og omfatter primært ansatte i staten, deler av forsknings- og undervisningssektoren og enkelte virksomheter med offentlig tilknytning (frivillig medlemskap).

Medlemskap i ordningen

Etter lovens § 5 første ledd er arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste med minst 14 timers arbeidsuke medlemmer av ordningen. Medlemskapet er kollektivt, det vil si at den enkelte både har rett og plikt til medlemskap dersom kriteriene er oppfylt.

Pensjonsytelser

Ordningen i SPK omfatter alderspensjon, uførepensjon, barnepensjon, ektefellepensjon og avtalefestet pensjon (AFP). I tillegg inneholder ordningen vartpenger.

Alderspensjonen er utformet etter bruttoprinsippet. Det betyr at medlemmer med full opptjening (30 år i full stilling) er garantert et samlet pensjonsnivå på 66 pst. av pensjonsgrunnlaget. Pensjonsgrunnlaget er normalt sluttlønn inkludert pensjonsgivende tillegg, og er begrenset oppad til 12 ganger folketrygdens grunnbeløp (G). Ved kortere opptjening enn 30 år, reduseres bruttopensjonen. Pensjonen reduseres også dersom man ikke har jobbet i full stilling i 30 år, i så fall beregnes et gjennomsnitt. Det ytes et barnetillegg til barn under 18 år som medlemmet forsørger, og utgjør 10 pst. av bruttopensjonen pr. barn, med et øvre tak.

Alderspensjon gis ved stillingens aldersgrense. Denne er i utgangspunktet 70 år. Man kan likevel tilstå alderspensjon fra 67 år, dersom folketrygdens alderspensjon tas ut samtidig. Enkelte stillinger, som for eksempel sykepleiere, hjelpepleiere og fysioterapeuter har aldersgrense 65 år. De med lavere aldersgrense enn 70 år kan ta ut alderspensjon inntil 3 år før aldersgrensen, dersom summen av alder og tjenestetid er minst 85 år (85-årsregelen).

Avtalefestet pensjon (AFP) er dels hjemlet i lov 11. juni 1993 nr. 64 om avtalefestet pensjon for offentlige tjenestemenn m.fl., og dels hjemlet i lov om Statens Pensjonskasse. AFP-ordningen i statlig sektor er også regulert i hovedtariffavtalen i staten. Det gjelder to forskjellige regelverk avhengig av når AFP utbetales. Avtalefestet pensjon for personer fra 62 til 65 år bygger i vesentlig grad på regelverket i privat sektor. AFP består av grunnpensjon, tilleggspensjon og/eller et sært tillegg som beregnes etter reglene i folketrygdloven. Ved beregningen medregnes pensjonspoeng i folketrygden til og med det 66. året. I tillegg utbetales et AFP-tillegg på 20 400 kr pr. år. Fra 65 år beregnes AFP på samme måte som en brutto alderspensjon i SPK, det vil si at pensjonen utgjør 66 pst. av pensjonsgrunnlaget ved full opptjening. Er folketrygdberegnet AFP høyere, utbetales det høyere beløpet.

Det er noen særlige forhold som det må tas stilling ved SPK som løsningsmodell. SPK tilbyr en vartpengeordning, som for de fristilte ordningene er frivillig. Vartpenger er en økonomisk støtteordning for ansatte som blir overtallige og oppsagt fra ikke-statlige virksomheter. Reglene for inntekt ved siden av AFP fra 65 år er annerledes i SPK enn for eksempel i KLP-ordningene. Dette må det eventuelt tas stilling til ved SPK som leverandørordning.

Ansatte som slutter før pensjonsalderen vil kunne ha rett på utbetaling av henholdsvis alderspensjon, uførepensjon, ektefellepensjon og barnepensjon såfremt samlet tjenestetid i SPK og andre offentlige tjenstepensjonsordninger innenfor overføringsavtalen er minst 3 år (såkalt oppsatt rett).

Løpende alderspensjoner reguleres med lønnsveksten og fratrekkes deretter 0,75 pst. Uføre- og etterlattepensjoner reguleres med lønnsveksten fram til fylte 67 år og deretter reguleres også disse pensjonene som alderspensjoner.

Finansiering

Helsesektoren, herunder OUS, er en del av SPKs kundegruppe som er fullt ut ansvarlige for sine forpliktelser. De har en premieoppfølging som gjenspeiler premieoppfølgingen i markedet for øvrig. SPK har ikke reelle, men fiktive fond som simuleres og beregnes på reelle verdier.

Medlemmene i OUS betaler 2 pst. innskudd av deres pensjonsgivende inntekt. Resten av pensjonspremien dekkes av arbeidsgiver.

Administrasjon

SPK er organisert som forvaltningsbedrift, og rammevilkårene fastsettes av Stortinget og Regjeringen. Pensjonskassen har et styre bestående av 3 personer, og hører administrativt under Arbeidsdepartementet.

Ordningens omfang

Pr. utgangen av 2009 var det 7 124 yrkesaktive, 4 033 pensjonister, 14 855 med oppsatte rettigheter i ordningen tilknyttet OUS.

Tabell 3 Statens pensjonskasse¹¹ hovedtall for OUS pr. 31.12.2009 Mill.kr.

Antall medlemmer	Fiktive fondsmidler	Pensjonsutbetaling
26 012	4 318,3	213,5

2.2.3 Pensjonsordningen for apotekvirksomhet

Bakgrunn

Pensjonsordningen for apotekvirksomhet er en lovfestet tjenstepensjonsordning for ansatte ved apotek, jf. lov 26. juni 1953 nr. 11 om pensjonsordning for apotekvirksomhet mv. Loven fikk virkning for medlemmer som hadde vært ansatt før lovens ikrafttredelse, under visse forutsetninger.

Ordningen omfatter personalet ved alle offentlige og private apotek i landet. I tillegg er de ansatte i Apotekforeningen, Norges Farmasøytiske forening, Farmasiforbundet og enkelte andre bedrifter med tilknytning til farmasien, også medlemmer av pensjonsordningen.

Medlemskap i ordningen

Etter lov om pensjonsordning for apotekvirksomhet § 1 er medlemskap i ordningen obligatorisk for apotekere og arbeidstakere ved apotek som er fast ansatt med arbeidstid på minst 15 timer per uke. Lovens § 2 annet ledd gir hjemmel for fritak for medlemskap. Vilkåret er at vedkommende er medlem i en annen tjenstepensjonsordning, eller at det foreligger andre særlige grunner for det.

¹¹ Omfatter ikke Pensjonsordningen for apotekvirksomhet

Pensjonsytelser

De materielle pensjonsreglene tilsvare i hovedsak ordningen i SPK.

Pensjonene reguleres etter vedtak av ordningens styre, og følger ikke G-reguleringen i folketrygden som pensjonene etter Lov om Statens pensjonskasse for øvrig.

Pensjonsordningen ble tilsluttet overføringsavtalen 1996, men ble sagt opp i 2003.

Arbeidstakere som ble medlem av pensjonsordningen etter 1.2.2003 er dermed ikke omfattet av overføringsavtalen.

Avtalefestet pensjon (AFP) i apoteksektoren er dels hjemlet i lov 1. juli 1994 nr. 49 om avtalefestet pensjon for arbeidstakere med rett til medlemskap i Pensjonsordning for apotekvirksomhet mv., dels i lov om pensjonsordning for apotekvirksomhet mv. og dels regulert i tariffavtale.

Finansiering og administrasjon

Pensjonsordningen er fondert og finansieres gjennom medlemspremie (2,5 pst. av pensjonsgrunnlaget) og tilskudd fra arbeidsgiverne (11,1 pst. av pensjonsgrunnlaget). Fondsmidlene utgjør om lag 4,7 milliarder kroner og forvaltes av en egen avdeling i SPK. Det er lovbestemt at pensjonsordningen skal administreres gjennom SPK etter retningslinjer fastsatt av Arbeidsdepartementet. Et eget styre utgjør pensjonsordningens besluttede organ.

Ordningens omfang

Ifølge Ot. Prp. nr. 68 (1952) var antatt antall medlemmer ved opprettelsen av ordningen ca. 2 050. Per utgangen av 2009 er det 6 515 yrkesaktive medlemmer, 3 339 pensjonister som mottar pensjon og 5 783 medlemmer med opptjente rettigheter i ordningen.

*Tabell 4 Statens pensjonskasse Pensjonsordningen for apotekvirksomhet
Hovedtall pr. 31.12.2009*

	I alt	Herav sykehusapotek
Medlemmer	15.637	2.324
Fondsmidler	4,7mrd. kr	
Pensjonsutbetaling	183 mill. kr	27 mill. kr

Omkring 15 pst. av medlemmene i pensjonsordningen var tilknyttet sykehusapotekene.

2.2.4 Pensjonsordningen for sykepleiere

Bakgrunn

Pensjonsordningen for sykepleiere ble opprettet ved lov 22. juni 1962 nr. 12 om pensjonsordning for sykepleiere som en profesjonsbasert tjenestepensjonsordning der offentlige godkjente sykepleiere er pliktige medlemmer. Pensjonsordningen skiller seg fra andre pensjonsordninger ved at medlemskapet er knyttet til profesjon og dermed uavhengig av arbeidsgivertilknytning.

Medlemskap i ordningen

Etter bestemmelsen i lovens § 1 er medlemskap i ordningen obligatorisk for alle offentlige godkjente sykepleiere, ansatt i privat eller offentlig virksomhet, som er omfattet av lov om spesialisthelsetjenesten, lov om helseforetak, lov om helsetjenesten i kommunene m.m. Sykepleiepensjonsloven § 3 gir departementet adgang til å gi dispensasjon for medlemskap i ordningen. Vilkåret er at vedkommende er omfattet av en annen pensjonsordning som anses som likeverdig med Pensjonsordningen for sykepleiere, eller at det foreligger særlige grunner for det.

I 1962 gjorde det daværende Sosialdepartementet unntak fra det pliktige medlemskapet i sykepleiepensjonsordningen for sykepleiere som omfattes av Oslo kommunale pensjonskasse (nå Oslo Pensjonsforsikring AS) og AFPK. Disse pensjonsordningene eksisterte før pensjonsordningen for sykepleiere ble etablert og hadde sykepleiere som medlemmer. Sykepleiere ved de tidligere statssykehusene var tilsvarende medlemmer i SPK.

Foruten overnevnte dispensasjoner er det ikke gitt unntak fra medlemskapet i sykepleierpensjonsordningen og det har vært praktisert en restriktiv praksis når det gjelder dispensasjon. Heller ikke i tilfeller hvor arbeidsgiverne har hatt en kollektiv tjenstepensjonsordning for sine øvrige ansatte, og har ønsket å sikre alle ansatte i den samme ordningen, er det blitt innvilget dispensasjon. Dette har vært for å unngå en uthuling av ordningen.

Pensjonsytelser

De materielle pensjonsreglene tilsvarer i hovedsak ordningen i SPK. Aldersgrensen er 70 år for overordnede sykepleiere, sykepleiere i administrative stillinger og undervisningsstillinger eller 65 år for underordnede sykepleiere, men alderspensjon kan tas ut ved 67 år. Sykepleiepensjonsordningen er omfattet av overføringsavtalen. Avtalefestet pensjon (AFP) for sykepleiere er dels hjemlet i lov om pensjonsordning for sykepleiere og dels i tariffavtale.

Finansiering og administrasjon

Ifølge lovens § 33 treffer Kongen bestemmelse om på hvilken måte den daglige administrasjon av pensjonsordningen skal gjennomføres. Ordningen administreres av KLP etter en avtale med Sosialdepartementet fra 1962.

Pensjonsordningen er forsikringsteknisk oppbygd og finansieres ved innskudd fra sykepleierne og tilskudd fra deres arbeidsgivere, jf. sykepleierpensjonsloven § 26. Sykepleiernes innskudd er 2 pst. av innskuddsgrunlaget. Arbeidsgiverens tilskudd beregnes som en fast prosent av innskuddsgrunlaget. Procentsatsen fastsettes slik at arbeidsgivernes tilskudd sammen med medlemmenes innskudd, etter en forsikringsteknisk gjennomsnittsberegning, er tilstrekkelig til å dekke utgiftene ved pensjonsordningen. I tillegg betaler arbeidsgiveren et egenkapitalinnskudd som en årlig fastsatt prosent av innskuddsgrunlaget.

Den lovfestede finansieringsordningen innebærer at hver arbeidsgiver ikke betaler en forsikringsmessig beregnet premie for egne ansatte, men at premien utlignes mellom sykepleiernes arbeidsgiver i forhold til innskuddsgrunnlaget. Finansieringsordningen innebærer videre at arbeidsgiverne til enhver tid har et solidarisk ansvar for de lovbestemte pensjonene, og reguleringen av dem. Dette ansvaret omfatter også rettigheter for sykepleiere som har vært ansatt hos arbeidsgivere som ikke lenger eksisterer / ikke lenger har tilsatt sykepleiere og som dermed ikke betaler premie til ordningen.

Ordningen har et eget styre på 3 personer.

Ordningens omfang

Helseforetakenes andel av medlemmene utgjorde pr. utgangen av 2009 ca. 47 pst. og fordelte seg med 32 227 yrkesaktive medlemmer, 9 225 pensjonister (inkl. oppsatte) og 9 871 med oppsatte rettigheter.

Tabell 5 Pensjonsordningen for sykepleiere hovedtall pr. 31.12.2009 Milliarder kr.

	Medlemmer	Premiereserve	Belastet premie	Utbetaling
I alt	109.511	47,1	4,3	1,4
Herav HF abs.	51.323	23	2,1	0,6
Herav HF pst.andel	46,9	48,8	48,8	42,9

Premiereservene forvaltes av KLP Kapitalforvaltning. De statlige helseforetakenes andel av premiereserven utgjorde ca. 49 pst.

2.2.5 Pensjonsordningen for sykehusleger

Bakgrunn

Pensjonsordningen for sykehusleger er en egen ordning med egne vedtekter som fra 1.1.1994 avløste Pensjonsordningen for underordnede sykehusleger og Pensjonsordningen for overleger.

Underordnede leger var tidligere omfattet av en egen tariffavtale hvor det var fastslått at disse legene skulle meldes inn i Pensjonsordningen for underordnede sykehusleger. Denne ordningen ble etablert i KLP i 1952 i forbindelse med inngåelsen av denne tariffavtalen.

For overlegene ble det opprettet tariffavtale om pensjonsordningen og etablert en egen Pensjonsordning for overleger i 1970. Denne ordningen ble også etablert i KLP. Det ble i denne ordningen tatt inn en dispensasjonsadgang ved at sykehuseiere som ikke meldte overlegene inn i denne ordningen skulle sikre legene samme rettigheter gjennom medlemskap i annen etablert pensjonsordning.

De overordnede legene kunne derfor være med i de lokale kommunale pensjonskassene, etter godkjenning av tariffpartene. Pr. 1.1.1994 gjaldt det unntak for overlegene i Oslo, Akershus, Buskerud og Vestfold.

Legeordningene i KLP var således fram til 1.1.1994 helt adskilte ordninger med hver sin økonomi og enkelte nyanseforskjeller i reglene. Etter at saken var forelagt og drøftet med både Legeforeningen og KS ble ordningene slått sammen fra 1.1.1994. Ved sammenslåingen ble alle tidligere rettigheter fra de to forløperne overført til den nye ordningen. Muligheten for unntak ble gjort gjeldende for alle ved sammenslåingen av de to pensjonsordningene. Det er så langt arbeidsgruppen vet ikke pr. i dag gitt dispensasjon til VVP til å ha sykehusleger i pensjonskassen.

Den enkelte arbeidsgiver inngår avtale med KLP om tilslutning til ordningen. Vedtektene avgjør hvilke arbeidsgivere som kan slutte seg til den. I tvilstilfeller er det Legeforeningen og Spekter som avgjør om den enkelte arbeidsgiver kan slutte seg til ordningen (§ 2-1 i vedtektene for Pensjonsordningen for sykehusleger).

Fram til 1.1.2002 var sykehuslegene omfattet av KS tariffområde, og tariffestingen av pensjonsordningen fulgte da av bestemmelsene i SFS (Sentrale Forbundsvisse Særavtaler)2306.

Da lov om helseforetak trådte i kraft fra 1.1.2002, ble legene organisert i eget tariffområdet innen NAVO Helse (nå Spekter Helse).

I overgangsbestemmelsene ble det tariffavtalt at gjeldene pensjonsordninger skulle opprettholdes uendret fram til en bestemt dato, som siden er blitt skjøvet framover i tid.

Medlemskap i ordningen

Pensjonsordningen omfatter, med unntak som fremgår av bestemmelser i vedtektenes § 3, leger som er ansatt i stilling ved helseinstitusjoner.

Disse unntakene dreier seg om

- leger som ved aldersgrensen ikke vil få en samlet pensjonsgivende tjenestetid på minst 3 år
- leger som er medlem av annen likeverdig pensjonsordning
- leger som ikke er medlem av den norske folketrygden.

Spekter og Den norske legeforening avgjør i tvilstilfelle hvilke institusjoner som skal omfattes av disse bestemmelser. Ved annen arbeidsgivertilhørighet enn Spekters tariffområde høres den enkelte arbeidsgiverorganisasjon før saken avgjøres.

Pensjonsytelser

Pensjonsreglene tilsvare de øvrige pensjonsordningene i KLP. Pensjonsdekning med garanti på 66 pst. av pensjonsgrunnlaget fra KLP og folketrygden ved full opptjening på 30 år. Pensjonsgrunnlag er sluttlønn opp til 12G. Aldersgrensen i ordningen er 70 år, men alderspensjon kan tas ut fra 67 år. AFP kan tas ut fra 62 år. Etter 65 år er reglene for AFP slik at den forsikrede kan få ubetalt vanlig alderspensjon fra KLP (66 pst.), i motsetning til før 65 år, hvor pensjonen beregnes etter folketrygdens regler.

Finansieringsordning og administrasjon

Pensjonsordningen er fondert. Premien består av arbeidsgivers andel og medlemsinnskudd. Premien fastsettes i samsvar med avtaler og vedtekter.

Medlemsinnskuddet utgjør 2 pst. av pensjonsgrunnlaget. I tillegg betaler arbeidsgiveren et egenkapitalinnskudd som en årlig fastsatt prosent av premiereserven. Årlig premie skal tilsvare summen av ordinær årspremie, reguleringspremie og særskilte engangspremier for ytelser som ikke kan premiesettes på forhånd. Premien skal være tilstrekkelig til å dekke pensjonsordningens utgifter (etter forsikringsteknisk gjennomsnittsberegning), og omfatter i tillegg rentegarantipremie, administrasjonstillegg og administrasjonsreservepremie.

Grunnlaget for reguleringspremien er her, i motsetning til i sykepleierordningen, beregnet i forhold til arbeidsgivers faktiske premiereserver, og ikke utjevnet i forhold til pensjonsgrunnlag. Satsen er imidlertid lik for hele fellesskapet.

Ordningen er å anse som en yrkesordning for sykehuslegene, etablert for å sikre likeverdige pensjonsordninger for yrkesgruppen. Ordningen administreres av KLP. Denne ordningen har ikke eget styre og KLPs styre er pensjonsordningens besluttsende organ. Styret er valgt av et representantskap sammensatt av utsendinger fra eierne, som består av kommuner og fylkeskommuner, helseforetak og bedrifter. Arbeidstakerorganisasjonene i offentlig sektor er representert i de styrende organer i selskapet, inkludert styrerepresentasjon.

Ordningens omfang

Helseforetakenes andel av medlemmene utgjorde pr. utgangen av 2009 ca. 92 pst. og fordelte seg med 9 064 yrkesaktive medlemmer, 2 537 pensjonister (inkl. oppsatte) og 5 415 med oppsatte rettigheter.

Tabell 6 Pensjonsordningen for sykehusleger hovedtall pr. 31.12.2009 Milliarder kr.

	Medlemmer	Premiereserve	Belastet premie	Utbetaling
I alt	18.531	13,9	1,3	0,346
Herav HF abs.	17.016	12,6	1,2	0,287
Herav HF pst.andel	91,8	90,6	92,3	88,7

Premiereservene for ordningen forvaltes av KLP Kapitalforvaltning. De statlige helseforetakenes andel utgjør ca. 91 pst.

2.2.6 Fellesordningen for statlige helseforetak mv

Bakgrunn

I forbindelse med at eierskapet til sykehusene ble overført fra fylkeskommunene til staten fra 1.1.2002, ble fellesordningen i KLP delt i 3 risikofellesskap med adskilt økonomi.

De 3 risikofellesskapene er Fellesordningen for kommuner, Fellesordningen for fylkeskommuner og Fellesordningen for statlige helseforetak mv. De største private sykehusene utgjør sammen med helseforetakene Fellesordningen for statlige helseforetak mv.

Før 1.1.2002 hadde KLP en felles kommunal pensjonsordning, som ble opprettet 1.1.1974. Den gjaldt for ansatte i kommuner og fylkeskommuner som ikke var omfattet av legeordningen eller sykepleierordningen. I denne ordningen ble alle utgifter utliknet med en premie som ble fastsatt i prosent av pensjonsgrunnlaget.

KLPs pensjonsordning forut for 1.1.1974 ble kalt normalordningen. Dette var en pensjonsordning hvor den enkelte arbeidsgiver betalte forsikringsteknisk premie uten noen form for utligning av premien.

Medlemskap i ordningen

Fast ansatte arbeidstakere som ikke omfattes av legeordningen eller sykepleierordningen, er ansatt i minst 50 pst. stilling eller med en ukentlig arbeidstid på minst 14 timer, innmeldes i pensjonsordningen ved tiltredelse. Flere arbeidsforhold hos samme arbeidsgiver ses under ett.

Pensjonsytelser

Pensjonsreglene tilsvare de øvrige pensjonsordningene i KLP. Pensjonsdekning med garanti på 66 pst. av pensjonsgrunnlaget fra KLP og folketrygden ved full opptjening på 30 år. Pensjonsgrunnlag er sluttlønn opp til 12G. Aldersgrensen i ordningen er 70 år, men alderspensjon kan tas ut fra 67 år. Enkelte yrkesgrupper som fysioterapeuter, renholder, hjelpepleiere mv., har særaldersgrense på 65 år. Ambulansesjåfører har aldersgrense 60 år. AFP kan tas ut fra 62 år.

Finansieringsordning og administrasjon

Pensjonsordningen er fondert. Premien består av arbeidsgivers andel og medlemsinnskudd. Premien fastsettes i samsvar med avtaler og vedtekter. Årlig premie skal tilsvare summen av ordinær årspremie, reguleringspremie og særskilte engangspremier for ytelser som ikke kan premiesettes på forhånd. Premien skal være tilstrekkelig til å dekke pensjonsordningens utgifter (etter forsikringsteknisk gjennomsnittsberegning), og omfatter i tillegg rentegarantipremie, administrasjonstillegg og administrasjonsreservepremie.

Grunnlaget for reguleringspremien er her, i motsetning til i sykepleierordningen, beregnet i forhold til arbeidsgivers faktiske premiereserver, og ikke utjevnet i forhold til pensjonsgrunnlag. Satsen er imidlertid lik for hele fellesskapet.

Medlemsinnskuddet utgjør 2 pst. av pensjonsgrunnlaget.

I tillegg betaler arbeidsgiveren et egenkapitalinnskudd som en årlig fastsatt prosent av premiereserven.

KLPs styre er pensjonsordningens besluttede organ. Selskapets styre er valgt av et representantskap sammensatt av utsendinger fra eierne, som består av kommuner og fylkeskommuner, helseforetak og bedrifter. Arbeidstakerorganisasjonene i offentlig sektor er representert i de styrende organer i selskapet, inkludert styrerepresentasjon.

Ordningens omfang

Helseforetakenes andel av medlemmene fordelte utgjorde pr. utgangen av 2009 vel 93 pst. og fordelte seg med 43 777 yrkesaktive medlemmer, 24 915 pensjonister (inkl. oppsatte) og 16 586 med oppsatte rettigheter.

Tabell 7 Fellesordningen for statlige helseforetak mv hovedtall pr. 31.12.2009 Milliarder kr

	Medlemmer	Premiereserve	Belastet premie	Utbetaling
I alt	91.229	28,4	2,5	1,240
Herav HF abs.	85.278	25,6	2,4	1,085
Herav HF pst.andel	93,5	90,1	88,0	93,5

Premiereservene forvaltes av KLP Kapitalforvaltning. Helseforetakenes andel av brutto premiereserve utgjør ca. 90 pst.

2.2.7 Oppsummering

Tabell 8 Oppsummering av økonomiske hovedstørrelser RHF'enes pensjonsordninger i KLP pr. 31.12.2009

Pensjonsordning	Utbetalt pensjon Mill. kr	Belastet premie Mrd. kr	Premiereserve Mrd. kr	Medlemmer
Sykepleiere	580	2,1	22,6	51.323
Sykehusleger	287	1,2	12,6	17.016
Fellesordningen	1.085	2,4	25,6	85.278
Totalt	1.952	5,7	60,8	153.617

Av det ovenstående i tabell 8 omfatter avtaler som de regionale helseforetakene eller deres underliggende foretak har inngått fra sykehusreformen ble gjennomført i 2002 ca. 7 400 medlemmer, med en premiereserve på ca. 2,4 mrd. kr og en belastet premie i 2009 på ca. 381 mill. kr (disse tallene omfatter kun medlemmer i Pensjonsordningen for sykehusleger og i Fellesordningen for øvrige ansatte). Avtaler inngått av HSØ eller deres underliggende foretak omfatter her ca. 6 400 medlemmer, mens avtaler inngått av de øvrige regionale helseforetak eller deres underliggende foretak omfatter i alt ca. 1 000 medlemmer pr. utgangen av 2009.

2.3 Nærmere om de ulike pensjonsleverandører

Som det framgår av den ovenstående oversikt, er tjenstepensjonsordningene for de ansatte i helseforetakene begrenset til et fåtall leverandører. Samtidig er de regionale helseforetakene samlet sett store aktører i markedet for tjenstepensjoner. En eventuell flytting av forvaltning og administrasjon mellom leverandører kan derfor få stor betydning for den samlede struktur i markedet for tjenstepensjoner. For å belyse de ulike leverandørers betydning for de regionale helseforetakene, og omvendt - foretakenes omfang og betydning for leverandørene, er det nedenfor sammenstilt noen hovedstørrelser.

2.3.1 Fordeling av medlemmer

Tabell 9 Antall medlemmer¹² i RHF som andel av samlet antall medlemmer hos leverandør pr. 31.12.09

	KLP	SPK	OPF	AFPK	VVP	Totalt
Totalt	576.056	960.000	113.288	40.898	14.412	1.704.654
Herav RHF	153.617 ¹³	28.336	26.496	27.596	14.412	250.650
Pst. RHF	26,7	3,0	23,4	67,5	100	14,7

Samlet utgjør foretakenes medlemmer nærmere 15 pst. av de nåværende offentlige tjenstepensjonsleverandørenes medlemsmasse. For KLP, som er den største leverandøren til foretakene utgjør de mer enn ¼ av medlemmene. Tallet på medlemmer fra helseforetakene hos de øvrige pensjonsleverandørene er langt mindre og forholdsvis likt fordelt mellom dem. Bortsett fra for SPK, utgjør imidlertid medlemmene fra helseforetakene en helt vesentlig relativ andel av pensjonskassenes samlede aktivitet.

Tabell 10 Medlemmer¹⁴ fordelt på RHF og pensjonsleverandør pr. 31.12.09

	Helse Sør-Øst	Helse Vest	Helse Midt	Helse Nord	Totalt
KLP	65.820	36.870	28.107	22.991	153.788¹⁵
SPK	26.012	-	-	-	26.012¹⁶
OPF	26.490	-	-	-	26.490
AFPK	27.596	-	-	-	27.596
VVP	14.412	-	-	-	14.412
Samlet antall	160.330	36.870	28.107	22.991	248.298
Pst.	64,6	14,8	11,3	9,3	100

Nærmere 65 pst. av medlemmene i de regionale helseforetakenes tjenstepensjonsordninger er tilknyttet Helse Sør-Øst, og fordelt på fem ulike pensjonsleverandører. De øvrige foretakene har sine pensjonsordninger forankret i KLP. Helse Sør-Øst sine medlemmer i KLP utgjør ca. 45 pst. av foretakenes samlede medlemstall i KLP.

¹² Yrkesaktive, oppsatte og pensjonister

¹³ Ved summering av region gir dette totalt 153.788. Bruker man tall fra segment, blir det 153.617. Svaret på dette er "duplikater", dvs. personer som jobber eller har jobbet i flere regioner. De vil dermed gjøre utslag når man summerer på hele segmentet.

¹⁴ Som 12)ovenfor

¹⁵ Som 13)ovenfor

¹⁶ Tall for SPK omfatter her ikke Pensjonsordningen for apotekvirksomhet

Tabell 11 Økonomiske hovedstørrelser pensjonsleverandører til Regionale helseforetak 2009. Mill. kr Helseforetakenes andel.

	KLP	SPK	OPF	AFPK	VVP	Totalt
Pensjonsutbetaling ¹⁷	1.952	148	359	138	23	2.620
Pensjonskostnad ¹⁸	6.845	608	820	627	186	9.086
Innbetalt premie ¹⁹	5.158	410	629	502	48	6.747
Belastet premie ²⁰	5.668	410	809 ²¹	525	56	7.468
Brutto premiereserve ²²	60.897	5.189	9.939	5.183	2.295 ²³	83.503
Tilleggsavsetninger ²⁴	3.296		77	243	130	3.746
Kursreguleringsfond ²⁵	755		93	335	7	1.190
Premiefond ²⁶	1.029	144	95	165	59	1.492
Innbetalt egenkapital ²⁷	178		0	²⁸	89 ²⁹	

Tabellen viser blant annet at i 2009 ble pensjonskostnadene beregnet til vel 9 mrd. kr mens belastet premie var snaut 7,5 mrd. kr og innbetalt premie vel 6,7 mrd. kr. Videre viser tallene den dominerende posisjon KLP i dag har i markedet for offentlige tjenstepensjoner til ansatte i de regionale helseforetakene og deres underliggende helseforetak. KLP hadde i 2009 ca. 3/4 både av pensjonsutbetalinger og pensjonspremier, og ordningene de forvalter utgjorde ca. 3/4 av pensjonskostnadene i helseforetakene.

3. Markedet for offentlig tjenstepensjon

De regionale helseforetakene og de underliggende helseforetakene er svært store aktører i markedet for offentlige tjenstepensjoner, og det har gjennomgående vært stabilitet i leverandørmarkedet for foretakene over lengre tid, jf. kapittel 2. Dersom formålet i regelverket for offentlige anskaffelser: "... økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest

¹⁷ Samlede utbetalinger fra selskapet til pensjonister/trygdede innen ordningene for helseforetak.

¹⁸ Aktuarberegnet pensjonskostnad basert på helseforetakenes valgte parametersett, netto pensjonskostnad inklusive arbeidsgiveravgift

¹⁹ Helseforetakenes innbetalinger av pensjonspremie vedrørende 2009 (eksklusive arbeidsgiveravgift)

²⁰ Utfakturert pensjonspremie for 2009 til helseforetakene (dvs 4 kvartal og reguleringspremie eksklusive arbeidsgiveravgift)

²¹ På grunn av omlegging til nytt lønnsystem, er det ikke rapportert lønnsendringer fra Oslo universitetssykehus til Oslo Pensjonsforsikring for perioden mars 2009–desember 2009. Det er beregnet at reguleringspremien for de aktive vil være 180 millioner kroner for den aktuelle perioden. Dette beløpet er inkludert i *belastet premie*.

²² Premiereserve, inkl. administrasjonsreserve

²³ Uten erstatningsavsetning som var 20,6 mill. kr

²⁴ Tilleggsavsetninger. Bufferfond som bygges opp av renteoverskudd, og kan benyttes til å dekke evt. renteunderskudd dersom selskapets avkastning blir lavere enn den garanterte grunnlagsrenten.

²⁵ Kursreguleringsfond. Porteføljens urealiserte merverdi. Kursreservens størrelse endres gjennom året som følge av endring i markedsverdien på finansielle omløpsmidler.

²⁶ Premiefond består av tilbakeført premie og overskudd. Evt. midler på premiefond kan bare brukes til fremtidig premiebetaling.

²⁷ Omfatter både egenkapitaltilskudd til KLP og eventuelle kjernekapitaltilskudd til pensjonskasser (AFPK og VV)

²⁸ Totalt innskutt egenkapital i AFPK utgjør 211 mill. kr pr 31.12.09. Denne er imidlertid ikke fordelt på enkelte etater/virksomheter.

²⁹ Totalt innskutt EK fra balansen pr 31.12.09. IB 30.09.09 var 8,7 mill. kr.

mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling” – skal kunne ivaretas, er et grunnleggende krav at en anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Dette forutsetter igjen at det er et marked med flere konkurrerende tilbydere.

3.1 Oppdrag til Konkurransetilsynet og Finanstilsynet

For å få et bedre beslutningsgrunnlag for arbeidsgruppens anbefalinger om valg av mulig løsningsmodell ga arbeidsgruppen v/Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet i mai 2010 Konkurransetilsynet i oppdrag å gi en konkurranseøkonomisk vurdering av forholdene i markedet for offentlig tjenestepensjon slik de er i dag. Konkurransetilsynet oversendte sin rapport i september 2010. Etter at rapporten fra Konkurransetilsynet var vurdert i gruppen fikk Konkurransetilsynet i oktober et tilleggsoppdrag der konkurransen for offentlig tjenestepensjon skulle belyses under forutsetning av at tjenestepensjon for ansatte i helseforetak ble konkurranseutsatt. Rapporten forelå 30. november 2010.

Videre ba arbeidsgruppen v/Finansdepartementet i mai 2010 Finanstilsynet om innspill til utredningsarbeidet, herunder en vurdering av konkurransesituasjonen. Finanstilsynet besvarte oppdraget i et brev av 17. juni 2010.

3.2 Konkurransetilsynets konkurranseøkonomiske rapport

I utarbeidelsen av den første rapporten *”Konkurransen i markedet for offentlig tjenestepensjon”* gjennomførte Konkurransetilsynet blant annet høringsrunder med flere sentrale aktører i markedet, både på tilbuds- og etterspørselssiden. Aktørene svarte på spørsmål om blant annet markedsstruktur, markedsdynamikk, konkurranse i markedet og informasjon om produktet.

Konkurransetilsynet tar i rapporten utgangspunkt i dagens markedsstruktur, regelverk og praksis og vurderer i hvilken grad det ligger til rette for virksom konkurranse. Tilsynet viser til at det eksisterer et standardisert pensjonsprodukt for arbeidstakere i offentlig sektor der pensjonsavtalene er detaljregulert gjennom lov- og forskriftsbestemmelser, tariffavtaler og aktuarmessige prinsipper. *”Overføringsavtalen”* sikrer at pensjonsytelsen ikke påvirkes når arbeidstakere skifter arbeidsgiver innen offentlig sektor.

Basert på dagens markedsstruktur kan en dele inn offentlig tjenestepensjon i tre markedssegmenter: kommunal- og fylkeskommunal sektor, helsesektoren og statlig ansatte. Selv om pensjonsproduktene i de tre segmentene i det vesentlige er like, hindrer rettslige begrensninger i kundenes valgfrihet et helhetlig åpent marked for offentlig tjenestepensjon.

Markedssegmentet helsesektoren vurderes som sammensatt. Etter Konkurransetilsynets vurdering er dagens ordninger i helsesektoren regulert slik at de ikke er tilgjengelig for konkurranse. Blant annet trekker de fram den såkalte *”frysavtalen”* fra 2002 som senere er

fornyet. De legger til grunn at det ikke har vært gjennomført anbudskonkurranse innenfor helseordningene siden avtalen ble inngått. Det eneste markedssegmentet der det i dag finnes konkurranse på offentlig tjenstepensjon er etter tilsynets vurdering kommunal sektor. Tjenstepensjonsproduktene i dette markedssegmentet leveres av Storebrand Livsforsikring AS, Vital forsikring ASA og Kommunal Landspensjonskasse (KLP).

Når det gjelder muligheten for at utenlandske aktører skal etablere seg i Norge, fremheves det at markedet preges av et komplisert produktregelverk med bestemmelser som skiller seg fra andre lands regelverk. Dette gjelder blant annet samordning med folketrygden og tariffavtalenes innvirkning på markedsforholdene. Konkurransetilsynet konkluderer med at: *"I dagens situasjon er det ikke noe som tyder på at den geografiske utstrekningen av markedet for offentlig tjenstepensjon i det kommunale segmentet er større enn Norge. Tilsvarende momenter gjør seg også gjeldende for helsesegmentet og statlig sektor."*

Konkurransanalysen i tilsynets første rapport avgrenses til kun å gjelde kommunal sektor, siden det allerede er konkludert med at pensjonsmarkedet i helsesektoren i dag ikke er tilgjengelig for konkurranse. Analysen anses likevel som relevant for vurderingen av hvordan konkurransen i helsesektoren kan bli dersom det åpnes for konkurranse. Helsesektoren vil i så fall kunne bli en del av et felles marked med kommunesektoren.

Kapasitetsbegrensninger synes ikke å være til hinder for responsmuligheter i det kommunale markedet. Både Vital forsikring ASA og Storebrand Livsforsikring AS vil etter Konkurransetilsynets vurdering uten videre kunne håndtere større kundevolumer enn de har i dag. Det antas at de i noen grad kan utnytte den kapasiteten de har i markedet for private kollektive pensjonsordninger.

Når det gjelder skala- og samdriftsfordeler, hevder aktørene ifølge Konkurransetilsynets undersøkelse at det er vanskelig for nyetablerte selskaper å oppnå samme kostnadseffektivitet i forhold til forvaltet kapital og premieinnbetaling som etablerte aktører som eksempelvis kan fordele sine administrasjonskostnader på store kundefond. Konkurransetilsynet konkluderer med at skala- og samdriftsfordeler utgjør etableringsbarrierer i markedet for offentlig tjenstepensjon.

KLP er organisert som et gjensidig forsikringsselskap hvor kundene ved opprettelse av pensjonsordning skyter inn egenkapital i selskapet og derved er eiere. Ved flytting får imidlertid kundene i hht. KLP's praksis kun med seg innskutt egenkapital og ingen del av den egenkapital som selskapet har opptjent i løpet av eier-/kundeforholdet. Se nærmere omtale i kapittel 6.4.1. Ifølge kommuner og markedsaktører har denne praksisen en innlåsingseffekt som hindrer konkurranse i markedet.

Konkurransetilsynet drøfter også nærmere betydningen Pensjonsordningen for sykepleiere har for konkurransen. Tilsynet peker på at Sykepleierordningen og praksisen knyttet til denne gir KLP et monopol i dette segmentet. Ordningen kan imidlertid også ha konkurransebegrensende virkninger i markedet for kommunal og fylkeskommunal tjenstepensjon ved at alle kommuner med egen pensjonskasse eller tjenstepensjon levert

fra andre private tilbydere enn KLP likevel må melde inn ansatte sykepleiere i den KLP-administrerte sykepleierordningen. Dette innebærer at enhver kommune med ansatte sykepleiere må ha et kundeforhold til KLP, uavhengig av hvor kommunen ellers har plassert tjenstepensjonsordningen. Konkurransetilsynet påpeker videre at problemet ikke løses dersom Sykepleierordningen konkurransesettes: *"Så lenge det eksisterer et system som tillater særordninger for alle ansatte innen enkelte yrkesgrupper, uansett arbeidsgiver, vil det oppstå innelåsningseffekter som følge av det. Det vil være positivt om det åpnes for konkurranse fra andre aktører for denne gruppen, men det vil ikke fjerne det underliggende problemet"*. Arbeidsgruppen viser imidlertid til at en diskusjon om særordninger for yrkesgrupper (profesjonsordninger) ligger utenfor gruppens mandat.

3.3 Konkurransetilsynets tilleggsrapport om konkurranseutsetting

I tilleggsrapporten *"Konkurransen i markedet for offentlig tjenstepensjon – tilleggsvurderinger"* har Konkurransetilsynet vurdert hvordan konkurranseutsetting av tjenstepensjon for ansatte i helseforetak vil påvirke konkurransen i markedet for offentlig tjenstepensjon, gitt tre alternative organiseringsformer av innkjøpssiden:

- det enkelte helseforetak, herunder også administrasjon og ledelse i de regionale helseforetakene som enkeltstående innkjøpere
- de regionale helseforetakene som innkjøpere for alle helseforetakene i hver sin region
- samlet konkurranseutsettelse av leveransen av tjenstepensjon for samtlige regionale helseforetak slik at alle foretakene omfattes av en og samme anskaffelse.

Konkurransetilsynet legger til grunn at en konkurranseutsetting av tjenstepensjon for ansatte i helseforetak ikke innebærer en engangsutlysning, men at helseforetakene i fremtiden også vil foreta regelmessige konkurranseutsettinger. I utarbeidelsen av tilleggsrapporten har Konkurransetilsynet gjennomført en høringsrunde med flere sentrale aktører i markedet. Det er innhentet synspunkter fra de private livsforsikringsselskapene KLP, Vital forsikring ASA og Storebrand Livsforsikring AS og fra foretak som kan antas å være potensielle konkurrenter i markedet.

Konkurransetilsynet påpeker i rapporten at flere forhold tilsier at det er kjøpermakt i markedet for offentlig tjenstepensjon, og at kjøpermakten har en viss disiplinerende effekt på markedsaktørene. Samtidig er kjøpermakten i helsesektoren ikke realisert ved at det ikke gjennomføres anbudskonkurranser. Samtidig ligger det kjøpermakt hos helseforetakene ved at de kan etablere egne pensjonskasser.

Konkurransetilsynet konkluderer i sin analyse med at tjenstepensjon for ansatte i helseforetak, uavhengig av organisering av innkjøpssiden, vil kunne legge til rette for økt konkurranse i markedet for offentlig tjenstepensjon. De mener det er vanskelig å slå entydig fast hvilken organisering som i størst grad vil ha en positiv virkning på konkurransen, men: *"Det er imidlertid grunn til å fremheve at en samling av alle fire*

pensjonsordningene i en nasjonal kontrakt og anskaffelse trolig i mindre grad vil ha en positiv virkning på konkurransen sammenliknet med andre alternativer”, ifølge oversendelsesbrevet.

En gjennomgang av faktorer som påvirker muligheten for etablering i markedet viser at en utvidelse av markedet vil kunne bidra til å senke etableringshindringene. Når det gjelder muligheten for etablering av utenlandske aktører i det norske markedet, er det Konkurransetilsynets vurdering at uavhengig av organisering vil det fremdeles være betydelige etableringshindringer i markedet. Tilsynet uttaler: *”På generelt grunnlag vil det være mer sannsynlig at en aktør som allerede har virksomhet i et tilgrensende marked etablerer seg sammenliknet med en utenlandsk aktør som ikke har virksomhet i Norge”,* jf. avsnitt A3.5 i Konkurransetilsynets rapport. Det vises også til kapittel 5 for nærmere omtale av rapporten.

3.4 Finanstilsynets innspill om konkurransesituasjonen

Finanstilsynet vurderer i sitt brev konkurransesituasjonen ut fra at helseforetakene opptrer samlet som en enkeltkunde. Finanstilsynet viser til at de store aktørene i det norske marked for kommunale pensjonsordninger i dag er Vital forsikring ASA, Storebrand Livsforsikring AS og KLP. Etter Finanstilsynets vurdering er disse tre største selskapene i stand til å overta en pensjonsordning på størrelse med det helseforetakene totalt vil utgjøre. Tilsynet mener imidlertid at det vil være betydelige risiko knyttet til dette. Også for de store selskapene vil en slik ordning utgjøre en vesentlig andel av premieinntektene og av forvaltningskapitalen. Overtakelsen av en slik ordning vil medføre en betydelig økning av kapasiteten på mange funksjoner i livsforsikringsselskapet og gi behov for betydelige tilpasninger i kapitalforvaltningen. Videre kan muligheten for å flytte en slik ordning til et annet selskap medføre en betydelig likviditetsrisiko for det selskapet som har ordningen. Finanstilsynet avslutter derfor sin vurdering med at: *”I utgangspunktet er fristen for oppgjør ved flytting av større ordninger fire måneder, men ved flytting av en slik stor ordning som det her er tale om, vil avgivende og mottakende selskap normalt avtale en lengre flyttefrist.”*

3.5 Arbeidsgruppens kommentar

Som vist i kapittel 2, er det i dag fem leverandører i markedet for offentlig tjenestepensjon til helseforetakene. Markedet er imidlertid dominert av KLP. Deres rolle er også fremhevet i Konkurransetilsynets undersøkelser.

Konkurransetilsynet påpeker at ”frysavtalen” som binder helseforetakenes pensjonsordninger til de eksisterende leverandørene i tariffperioden fram til mai 2012 er et hinder for konkurranse. Arbeidsgruppen forstår imidlertid mandatet slik at vurderingene ikke skal begrenses til valg blant dagens leverandører/innretninger men også til å omfatte øvrige muligheter til å utvide markedet til andre leverandører slik regelverket i sin helhet åpner for, jf. kapittel 1.2. Det vil øke handlefriheten i markedet. Arbeidsgruppen viser også til Finanstilsynets vurdering av de muligheter som er åpnet for i forsikringsvirksomhetsloven med flytterett mv. og til Konkurransetilsynets tilleggsrapport. Konkurransetilsynet påpeker der at pensjonsordningene for de ansatte i helseforetakene i

dag ikke er utsatt for konkurranse og at: *”En anbudsutsetting av helseordningene vil føre til at markedet for offentlig tjenstepensjon utvides og tilføres nye kontrakter som kan bidra til at responsmulighetene og kjøpermakten i markedet i større grad utnyttes”.*

Med utgangspunkt i mandatet legger arbeidsgruppen til grunn de eksisterende pensjonsordninger og deres utforming: Videre tolker arbeidsgruppen mandatet slik at det ligger utenfor mandatet å vurdere leverandørordningene for pensjonsordningene for sykepleiere og apotekansatte som er forankret i særlover og har egne styreverv oppnevnt av Arbeidsdepartementet, jf. kapittel 1.2.

Pensjonsordningene for sykehusleger og fellesordningen for øvrige sykehusansatte er tariffestet i overenskomsten mellom partene i arbeidslivet. Her har derfor partene i prinsippet større handlefrihet til å vurdere leverandørordningene. Dette er store ordninger som gir kjøpermakt i markedet.

Av helseforetakenes nåværende leverandører er OPF fra 2002 lukket for nye ansatte ved helseforetakene. AFPK er fortsatt åpen for ansatte ved de tidligere Akershus-sykehusene, men kan ikke forventes å gå inn i et utvidet leverandørmarked ved eventuell konkurranseutsetting. SPK har ikke anledning til å delta som tilbyder ved en konkurranseutsetting av pensjonsleverandør for helseforetakene. Mulighetene for å utvide SPKs rolle som pensjonsleverandør til helseforetakene vil bli nærmere vurdert i kapittel 4 og 6. Ved eventuell konkurranseutsetting av leverandørordningene for offentlig tjenstepensjon er det således KLP, Storebrand Livsforsikring AS og Vital forsikring ASA av de nåværende leverandører som sammen antas å representere det mest aktuelle markedet på kortere sikt. Markedet vil dermed være konsentrert, men Konkurransetilsynets analyse av responsmuligheter tilsier at det ligger til rette for konkurranse blant de tre hovedaktørene som er i markedet i dag.

Det er et spørsmål hvilke variabler aktørene vil kunne konkurrere på og hvor virksom konkurransen vil bli. De demografiske forutsetninger pensjonsleverandørene står overfor vil være de samme. Avkastningen på fondsmidlene vil kunne variere mellom leverandørene fra år til år og derved gi seg utslag i den årlige premien. Den langsiktige avkastningen vil imidlertid være det mest sentrale ved plassering av pensjonsmidler. Med de krav som forsikringslovgivningen stiller til sikkerhet og forsvarlig forvaltning er det grunn til å anta at de ulike leverandørene vil følge hovedtrenden i markedet og stå i forhold til risikoprofil på lengre sikt, selv om det på kortere sikt er grunn til å anta at premien vil kunne påvirkes i en gunstig retning for helseforetakene. De andre konkurranseelementene vil være administrasjonskostnader, kundeservice og tilleggssytelser som vil kunne utgjøre relativt betydelige verdier som det er viktig å ivareta, også på kortere sikt. En viktig tilleggsservice som ytes i dag er bistand til kundene i deres HMS-arbeid for å holde sykefraværet nede. Hvor omfattende konkurransen vil vise seg å være og hvilke økonomiske gevinster helseforetakene vil ha på sikt, er usikkert. Dette er nærmere behandlet i kapittel 6.4.3 der resultatene fra en analyse arbeidsgruppen har fått gjennomført av blant annet administrasjonskostnadene blir presentert. Samlet sett synes de variablene aktørene kan

konkurrere på og påvirke gjennom konkurransen å være relativt avgrenset sammenliknet med hovedelementene i foretakenes årlige pensjonsutgifter sett i et lengre perspektiv.

4. Rammeverk for regulering av leverandørmarkedet for offentlig tjenestepensjon

4.1 Innledning

Arbeidsgruppen skal vurdere det rettslige handlingsrommet for valg av pensjonsleverandør for helseforetakene. Det rettslige handlingsrommet beror på EØS-rettens anskaffelsesregler, lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (LOA) og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (FOA). Også kravene i lov 10. juni 2005 nr. 44 om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv. (forsikringsvirksomhetsloven) til hvordan en pensjonskasse skal være organisert er av betydning i denne sammenhengen.

I NOU 2010:2 omtales de grunnleggende trekk ved reglene om offentlige anskaffelser slik de har utviklet seg, og det fremheves her at det er en kombinasjon av EU/EØS-rett og vanlig nasjonal rett. EU/EØS-retten er grunnlaget for de nasjonale bestemmelser i lov og forskrift. I tillegg er de nasjonale bestemmelsene blitt supplert med bestemmelser som norsk lovgiver selv har funnet hensiktsmessige. Denne særegne blandingen av EU/EØS-rett og nasjonal rett har ingen betydning for den daglige etterlevelsen av regelverket, og skaper i praksis få problemer. I NOU 2010: 2 uttaler utvalget imidlertid at det prinsipielt er viktig å være klar over denne sondringen fordi *”de EU/EØS-baserte reglene har en helt annen rettskildemessig bakgrunn enn de nasjonale reglene, og skal tolkes ut fra utviklingen i EU/EØS-retten, herunder rettspraksis fra EU-domstolen. De har også en annen status, med krav på forrang fremfor annen norsk rett så langt dette følger av EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109 § 2.”*³⁰

Det følger av dette at der begrensningene i handlingsrommet følger av regler uten EU/EØS-bakgrunn, er det lettere å gjøre noe med nasjonalt regelverk enn der begrensningene følger av EU/EØS-retten.

For å forstå EU/EØS-rettens anskaffelsesregler er det nødvendig å kjenne formålene med dette regelverket. I NOU 2012:2³¹ uttales det at formålene med anskaffelsesreglene i EU/EØS-retten for det første fremgår *”av at reglene inngår som en integrert del av den alminnelige reguleringen av det indre marked, sammen med reglene om fri flyt av varer og tjenester, samt fri og effektiv konkurranse”*. Videre uttales det at formålene er uttrykt i fortaler og forarbeider til direktivene. Det vises til at kommisjonen der har pekt på hensynet til fri konkurranse og til å unngå forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, hensynet til

³⁰ NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser punkt 3.2

³¹ NOU 2012:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser punkt 5.2.2

rasjonell offentlig økonomisk styring og integrasjonshensyn.³² Direktivene er ordrette kopier fra EU-retten over i EØS-avtalen, og må derfor anses for å gjelde også i EØS-retten, i henhold til prinsippet om ensartet tolkning. Dette innebærer at EU-lovgivers formål med direktivene legger føringer også på forståelsen av reglene i norsk rett, og på norske myndigheters lojale gjennomføring og etterlevelse.

I forarbeidene til LOA³³ er også krav til konkurranse og likebehandling fremhevet som sentrale formål med LOA. I forarbeidene til LOA fremheves særlig hensynet til rasjonell offentlig økonomistyring og effektiv ressursbruk. Det skal oppnås gjennom å stille krav til "forretningsmessighet" også i offentlige forhold. I Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) i punkt 5.3 står det følgende: *"Med forretningsmessighet menes her at offentlige oppdragsgivere, for å nå målet om en mest mulig effektiv anskaffelse, skal opptre som enhver annen profesjonell anskaffer på alle stadier i anskaffelsesprosessen, men likevel innenfor de rammer som gis i regelverket. I denne sammenheng vil kravet til konkurranse forut for tildeling av offentlige varetjeneste og bygge- og anleggskontrakter og bruk av objektive og ikke-diskriminerende kriterier som basis for ulike typer beslutninger i anskaffelsesprosedyren stå sentralt."* Norsk lovgiver har i tillegg gitt uttrykk for hvilke hensyn reglene skal ivareta, og vektleggingen er her noe annerledes enn på EU/EØS-nivå.³⁴ Traktatens bestemmelser er, som nevnt ovenfor, overordnet direktivene, og hensynet til fri konkurranse, likebehandling og forholdsmessighet er derfor overordnet prinsippet om forretningsmessighet.

En av hovedproblemstillingene arbeidsgruppen skal vurdere er om det kan reguleres i en tariffavtale hvem som skal være pensjonsleverandør, eller om oppdraget å administrere kapitalen og pensjonsforpliktelsene må konkurranseutsettes i henhold til lov om offentlig anskaffelser og EØS-avtalens anskaffelsesregler, se kapittel 4.2. En annen hovedproblemstilling er om helseforetakene har plikt til å konkurranseutsette tidsbegrensede avtaler om levering av tjenestepensjon, se kapittel 4.3.

I kapittel 4.4 redegjør arbeidsgruppen for mulighetene til å organisere tjenestepensjon i offentlig regi. Konsekvensene ved brudd på anskaffelsesregelverket er omtalt i kapittel 4.5. Forholdet til statsstøttereglene er omtalt i kapittel 4.6.

4.2 Kan nye avtaler om leveranse av tjenestepensjon inngås uten konkurranse?

4.2.1 Innledning

Ifølge mandatet skal arbeidsgruppen ta stilling til om kjøp av tjenestepensjon til helseforetakene er omfattet av anskaffelsesregelverket, og i den sammenheng spesielt se hen til EU-domstolens sak C-271/08.

³² Kommisjonen har også i grønbok om offentlige anskaffelser, KOM(2011) 15 endelig av 27. januar 2010, pekt på det i Europa 202-strategien understrekes at politikken for offentlige innkjøp skal sikre en mer effektiv bruk av offentlige midler, og at markedene for offentlige innkjøp skal være åpne.

³³ NOU 1997:21 side 157 (spesielle kommentarer til lovutkastets § 1) og Ot.prp.nr. 71(1997-98) pkt. 5.3 og 5.4

³⁴ NOU 2010:2 pkt.5.2.2

Arbeidsgruppen legger til grunn at helseforetakene er omfattet av lov om offentlige anskaffelser (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA), jf. LOA § 2 første ledd jf. FOA § 1-2 (1). Kontrakter defineres i FOA § 4-1 bokstav a som gjensidig bebyrdende avtaler som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører. Levering av tjenstepensjon er en tjeneste, jf. definisjonen i FOA § 4-1 bokstav d. Utgangspunktet er derfor at en gjensidig bebyrdende avtale om levering av tjenstepensjon skal inngås etter konkurranse.

Det er arbeidsgruppens vurdering at pensjonstjenester i utgangspunktet må være prioriterte tjenester omfattet av FOA vedlegg 5, kategori 6 (finansielle tjenester). Denne kategorien omfatter blant annet følgende tjenester med tilhørende CPV³⁵-koder som anses for å være relevante ved kjøp av tjenstepensjon: 66131100 Investering av pensjonsmidler, 66141000 Forvaltning av pensjonsfondsinvesteringer, 66500000 Tjenester i forbindelse med forsikring og pensjon, 66519600 Aktuarvirksomhet, 66520000 Tjenester i forbindelse med pensjon, 66521000 Individuelle pensjonsforsikringer, 66522000 Kollektive pensjonsforsikringer, 66530000 Pensjonskasserådgivning og 665231000 Administrasjon av pensjonsfond. Arbeidsgruppen har ikke vurdert nærmere om pensjon fra folketrygden eller tjenstepensjon til statsansatte i SPK eventuelt vil kunne anses som uprioriterte tjenester.³⁶

Et sentralt spørsmål er om partene i en tariffavtale har anledning til å utpeke pensjonsleverandør, slik at anskaffelsesreglene likevel ikke får anvendelse. Denne problemstillingen ble behandlet av EU-domstolen i sak C-271/08 som omtales i kapittel 4.2.2. Arbeidsgruppen vurderer dommens betydning i forhold til helseforetakene situasjon i kapittel 4.2.3, og avslutningsvis sees dommens konklusjon i sammenheng med EMK art. 11, ILO-konvensjonen nr. 87 og 98 samt den Europeiske Sosialpakten i kapittel 4.2.4.

4.2.2 Sak C-271/08 Kommisjonen mot Tyskland

Arbeidsgruppen er i mandatet bedt om spesielt å se hen til sak C-271/08 *Kommisjonen mot Tyskland*. Kommisjonen anla sak for EU-domstolen med påstand om at Tyskland hadde brutt anskaffelsesregelverket (92/50/EØF og 2004/18/EØF) ved å ha inngått avtaler om administrasjon og forvaltning av tjenstepensjoner uten at disse var konkurranseutsatt. Dom falt i saken den 15. juli 2010.

Spørsmålet i saken var om det kunne gjøres unntak fra traktatbestemmelsene om de fire frihetene (og dermed også anskaffelsesreglene), i tilfeller hvor overordnede tariffparter ved tariffavtale bestemmer hvem som skal være pensjonsleverandør.

Tyskland ønsket å fremme utbyggingen av finansierte arbeidsmarkedspensjoner for arbeidstakere, og den tyske lovgivning inneholdt derfor en ordning med *lønnskonvertering*.

³⁵ Common Procurement Vocabulary: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:074:0001:0375:EN:PDF>

³⁶ Av Nærings- og handelsdepartementets veiledning til forskrift om offentlige anskaffelser fra 2002 fremgår det at alders- og uførepensjonsforsikringer som fremstår som deler av lønningen for offentlige ansatte og som henger direkte sammen med folketrygdssystemet, for eksempel SPKs alders- og uførepensjoner, antakeligvis ikke faller inn under kategori 6.

Lønnskovertering innebærer at en del av arbeidstakernes fremtidige lønn, etter arbeidstakerens eget ønske, anvendes til arbeidsmarkedspensjon. Med andre ord vil kommende lønntilgodehavende konverteres til en motsvarende rett til pensjonsytelser.

Ifølge tysk lovgivning kan arbeidsgiver enten selv eller gjennom forsikringsselskaper ivareta arbeidsmarkedspensjonsordning for sine ansatte. Arbeidsgiveren er uansett ansvarlig for tildeling av de ytelsene som det er gitt tilsagn om, også når det ikke er arbeidsgiveren selv som direkte står for ivaretakelsen. Arbeidstakeren kan kreve at lønn opp til 4 % av den gjeldende øvre bidragsgrense i den alminnelige pensjonsforsikring, konverteres til arbeidsmarkedspensjon (lønnskovertering). Retten til lønskovertering reguleres gjennom tariffavtale.

Den tyske arbeidsgiverforening, VKA, (sammenslutning av kommunale arbeidsgiverforeninger) inngikk i 2003³⁷ en tariffavtale med fagforeningen for de kommunalt ansatte om pensjonsordninger for fagforeningens medlemmer. Ifølge tariffavtalen kunne delvis lønskovertering gjennomføres, enten ved offentlige supplerende pensjonsordninger, eller ved at arbeidsgiveren valgte bestemte tyske forsikringsselskaper som direkte var angitt i tariffavtalen.

Flere kommuner inngikk på denne bakgrunn rammeavtaler direkte med et eller flere av forsikringsselskapene om pensjonsordninger for sine ansatte, dvs. *uten forutgående konkurranse*. Domstolen ga kommisjonen medhold i at Tyskland hadde tilsidesatt sine forpliktelser etter 92/50/EØF og 2004/18/EØF.

Oppsummering av domstolens konklusjoner

Domstolen konkluderte med at Tyskland hadde tilsidesatt sine forpliktelser etter anskaffelsesdirektivene i det omfang det var blitt tildelt kontrakter vedrørende tjenestepensjon direkte med de institusjoner og selskaper som var nevnt i tariffavtalen, uten avholdelse av konkurranse i tråd med anskaffelsesreglene. Domstolen la da til grunn at pensjonstjenestene var prioriterte tjenester omfattet av kategori 6 (finansielle tjenester).

Domstolen uttalte seg om kollisjonen mellom ”grunnleggende rettigheter” til kollektive forhandlinger og kampskritt (artikkel 28 i Chartret) og de ”grunnleggende friheter”, særlig anskaffelsesreglene.³⁸ Domstolen uttalte her at de grunnleggende frihetene ikke viker automatisk for de grunnleggende frihetene, og at retten til kollektive forhandlinger skal utøves i samsvar med EU-retten. Retten til kollektive forhandlinger går ikke lenger enn det som er nødvendig for å få oppfylt den sosiale målsetningen med avtalen mellom tariffpartene, og utpeking av pensjonsleverandører i tariffavtalen berører ikke kjernen i retten til kollektive forhandlinger. Dette må avgjøres ut i fra den domstolsskapte ”proporsjonalitetstesten”.

³⁷ Dvs. etter anskaffelsesdirektivenes ikrafttredelse.

³⁸ Premiss 36-50

I denne konkrete saken mente domstolen at anvendelse av anskaffelsesreglene ikke ville innebære at formålet ikke kunne nås.³⁹ Domstolen var således ikke enig med Tyskland i at utpeking av leverandører i tariffavtalen gjør det mulig på en mer fordelaktig måte å involvere arbeidstakerne og ta hensyn til deres interesser, enn hvis valget skjer innenfor rammene av anskaffelsesdirektivet. Anvendelsen av en anskaffelsesprosedyre utelukker således ikke at leverandør pålegges betingelser som avspeiler de berørte arbeidstakers interesser. Domstolen mente heller ikke at det forhold at ordningen skal bygge på solidaritetsprinsippet er uforenlig med anvendelse av en anskaffelsesprosedyre. Videre uttalte domstolen at avtalene mellom kommuner og forsikringsselskaper var gjensidig bebyrdende avtaler.⁴⁰ Tyskland hadde ellers argumentert med at de kommunale arbeidsgiverne ikke handler som oppdragsgivere når de gjennomfører et valg som på forhånd er fastlagt i tariffavtalen. Domstolen mente uansett at kommunene hadde en økonomisk interesse i avtalene fordi arbeidsgiveren ble frigjort fra selv å ivareta pensjonsordningen. Kommune var også under alle omstendigheter ansvarlig for tildeling av ytelsene.

Domstolen fant at valg av tjenstepensjonsleverandør ikke naturlig inngår i tariffavtaler / arbeidsforholdene. Inngåelse av kontrakt om tjenstepensjonsleverandør ble ikke ansett for å være omfattet av unntaket for ansettelseskontrakter (arbeidsavtaler), jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 16 bokstav e, jf. FOA § 1-3 annet ledd bokstav f.

4.2.3 Dommens betydning for helseforetakenes valg av pensjonsleverandør

I etterkant av dommen har det vært noe diskusjon om – og i hvilken grad – avgjørelsen får betydning for andre land enn Tyskland. Uttalelser fra Danmark, som intervenerte i saken, stiller spørsmål ved dommens overføringsverdi, blant annet som følge av ulikheter i pensjonssystemene.⁴¹

Arbeidsgruppen anmodet i brev av 7. september 2010 de berørte aktører innen det norske pensjonsmarkedet om å kommentere dommens betydning for utredning av spørsmål om mulige modeller for valg av pensjonsleverandør for helseforetakene. Aktørene ble gjort oppmerksom på at det var av særlig interesse å få fram om det er faktiske forhold som medfører at den juridiske vurderingen i dommen vil kunne falle annerledes ut i Norge.

Arbeidsgruppen mottok vurderinger fra 9 av de 22 tilskrevde aktørene.⁴² Tilbakemeldingene kan grovt sett deles i følgende tre hovedsynspunkter:

³⁹ Premiss 51-66

⁴⁰ Premiss 68-80

⁴¹<http://www.ft.dk/dokumenter/tingdok.aspx?samling/20091/almdel/euu/spm/113/svar/735273/883152/index.htm>

<http://www.ft.dk/dokumenter/tingdok.aspx?samling/20091/almdel/EUU/spm/113/index.htm>

<http://www.udbudsportalen.dk/Ret-og-regler/Juridiske-artikler/Ny-dom-om-kollektive-overenskomster-mv/>

<http://www.forsikringogpension.dk/presse/nyheder/2010/Sider/ny-eu-dom-om-tyske-pensioner.aspx>

⁴² Spekter, VITAL Forsikring ASA, SPK, Storebrand Livsforsikring AS, KLP, NITO, Akademikerne, Unio, LO Stat v/ Fagforbundet

- Dommen er direkte overførbar på norske forhold, og fremtidige kontrakter om pensjonsleverandør må konkurransenutsettes.
- Dommen er direkte overførbar, og både eksisterende og fremtidige kontrakter må konkurransenutsettes.
- Dommen er ikke direkte overførbar, og resultatet ville blitt annerledes dersom den gjaldt kontrakter om pensjonsleverandør til ansatte ved helseforetakene i Norge.

Innspillene fra aktørene har ulike begrunnelse. Hovedargumentasjonen *mot* at dommen får betydning for norske forhold viser til at det norske pensjonssystemet avviker sterkt fra det tyske. Argumentene kan i korte trekk sammenfattes slik:

- Lønnskongerterting er en form for innskuddsordning som skiller seg markert fra den norske bruttoordningen i offentlig sektor.
- Den norske brutto tjenstepensjonsordningen har et klart større sosialt tilsnitt enn det som gjelder for den tyske pensjonsordningen.
- Den tyske ordningen har klart mer karakter av å være en frivillig innskuddspensjonsordning.
- I Norge er det et stort innslag av obligatoriske pensjonsordninger for bestemte yrkesgrupper (yrkesordninger/profesjonsbaserte pensjonsordninger).
- Frysavtalen forutsetter at framtidige endringer, herunder eventuelt konkurransenutsetting, diskuteres og avtales mellom berørte parter.

Hovedargumentasjonen *for* at dommen får betydning for norske forhold kan i korte trekk sammenfattes slik:

- Avtale om tjenstepensjon er en gjensidig bebyrdende avtale også i Norge. Helseforetakene har en økonomisk interesse i valg av pensjonsleverandør, fordi de er forpliktet til å ha en tjenstepensjonsordning hvor de selv betaler administrasjonskostnadene og en betydelig del av premien.
- Arbeidsgivers ansvar for tjenstepensjon i Norge er sammenlignbart med arbeidsgiveransvaret i Tyskland.
- Tvilsomt om arbeidstakernes representasjon og påvirkning i beslutningsprosesser ved en konkurransenutsetting av kontrakt om leverandør av tjenstepensjon er mindre i Norge enn i Tyskland.
- Dommen slår fast at det må tas en konkret vurdering om det foreligger særskilte formål som kan begrunne innskrenkninger i anskaffelsesreglene. Det vil neppe finnes argumenter for denne type innskrenkninger. De vilkår helseforetakene vil stille ved valg av pensjonsleverandør vil kunne oppfylles innenfor en anbudsprosess, og det vil da ikke være behov for tariffpartene til å velge pensjonsleverandør direkte.

Som fremstillingen ovenfor viser er det noe ulik oppfatning blant aktørene i pensjonsmarkedet i hvilken grad dommen har overføringsverdi til norske forhold.

Arbeidsgruppens vurdering – dommens betydning for helseforetakene

Ved en vurdering av dommens betydning for helseforetakenes inngåelse av avtale om tjenestepensjon, må man vurdere to grunnleggende forskjellige elementer:

- Det må tas stilling til hvilken betydning dommen har for tolkningen av de aktuelle direktivene når de forstås i en EØS-kontekst, ikke en EU-kontekst.⁴³
- Det må tas stilling til dommens overføringsverdi i forhold til den konkrete situasjonen helseforetakene står ovenfor, herunder om de faktiske omstendigheter er sammenlignbare.

Det første spørsmålet er således dommens generelle rettskildeværdi, mens det annet er dens prejudikatsverdi for det spørsmål arbeidsgruppen vurderer.

Det sentrale spørsmålet i dommen var som nevnt om det kunne gjøres unntak fra traktatbestemmelsene om de fire frihetene (og dermed også anskaffelsesreglene), i tilfeller hvor overordnede tariffparter ved tariffavtale bestemmer hvem som skal være pensjonsleverandør. Her kom domstolen i den nevnte sak til at det ikke var mulig å utpeke pensjonsleverandører direkte i tariffavtalene.

Dommens overføringsverdighet avhenger som nevnt blant annet av i hvilken grad de norske forholdene er tilsvarende som de tyske.

For helseforetakene er dagens situasjon dels basert på fellesløsninger og dels separate løsninger. Helseforetakene har flere typer yrkesgrupper ansatt (flere tariffparter), flere pensjonsordninger og flere pensjonsleverandører å forholde seg til. Enkelte pensjonsordninger er tariffestet, mens andre er lovfestede. Videre er enkelte forhold gjeldende for helseforetakene i fellesskap, som for eksempel videreføring av bruttoordningen, jf. Ot.prp. nr. 66 (2000-2001), og "frysbestemmelsen", som er inntatt i tariffavtale mellom Spekter og forbund i LO, YS, SAN, Unio og Akademikerne. Det kan således argumenteres for at det foreligger faktiske forhold på området tjenestepensjon innen helsesektoren, som ikke direkte er sammenlignbare med forholdene i Tyskland. Dette innebærer imidlertid ikke at man kan slutte at dommens prinsipielle vurderinger ikke vil få betydning utover den konkrete saken, men at det hefter en viss grad av usikkerhet omkring dette spørsmålet.

Etter arbeidsgruppens vurdering er det imidlertid flere forhold som taler for at helseforetakene ikke bør velge en løsning, der eksterne pensjonsleverandører utpekes direkte i tariffavtalene eller på annen måte utpekes direkte uten konkurranseutsetting.

⁴³ Her er det arbeidsgruppens konklusjon at siden anskaffelsesdirektivet er ordrett kopi fra EU-retten over i EØS-avtalen må bestemmelsene tolkes likt.

Arbeidsgruppen mener at helseforetakenes avtaler om tjenstepensjon må være gjensidig bebyrdende. Dette begrunnes i at helseforetakene 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. Dette innebærer at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet gjelder ved helseforetakenes inngåelse av avtaler om tjenstepensjon.

Dersom anskaffelsesreglene konkret fravikes må dette begrunnes særskilt i sosiale målsettinger. Det følger av domstolens ”proporsjonalitetstest” at dette kun kan skje der slike målsettinger ikke kan nås gjennom anvendelse av en anskaffelsesprosedyre. Arbeidsgruppen viser i den forbindelse til at domstolen i den tyske saken har uttalt at utpeking av pensjonsleverandører ikke berører kjernen i retten til kollektive forhandlinger. Arbeidsgruppen peker her på at de krav til pensjonsordningens innhold som følger av tariffavtalen, vil kunne ivaretas i en anskaffelsesprosess, for eksempel ved utformingen av de tekniske spesifikasjoner, i kontraktsvilkårene og ved å stille krav til leverandørens kvalifikasjoner. I denne prosessen må også arbeidstakerne involveres, jf. kapittel 7.2.

Når det gjelder argumentene knyttet til ”frysbestemmelsen” viser arbeidsgruppen til at tariffpartene har ulik forståelse av ”frysbestemmelsen”, særlig om denne også omfatter valg av pensjonsleverandør, jf. kapittel 2.1.1. Arbeidsgruppen kan uansett ikke se at ”frysbestemmelsen” i seg selv gir grunn til å fravike anskaffelsesregelverket. Dersom regelverket stiller krav om at avtale om tjenstepensjon skal finnes gjennom en anskaffelsesprosedyre, kan partene ikke med en slik bestemmelse avtale seg bort fra dette.

Når det gjelder de lovbestemte ordningene, Pensjonsordningen for sykepleiere og Pensjonsordningen for apotekvirksomhet, kan det ikke utelukkes at konkrete forhold, eksempelvis at ordningen gjelder både for offentlig og privat ansatte, kan føre til at denne proporsjonalitetstesten faller annerledes ut. Arbeidsgruppen har ikke foretatt en slik vurdering, siden det ligger utenfor arbeidsgruppens mandat å se på disse ordningene.⁴⁴

Arbeidsgruppens konklusjon

Arbeidsgruppen mener dommen er en sentral rettskildefaktor ved tolkningsspørsmål som gjelder anskaffelsesreglene også for norske forhold.

Det er arbeidsgruppens konklusjon at helseforetakene i utgangspunktet må følge anskaffelsesregelverket ved inngåelse av avtaler om tjenstepensjon.

Anskaffelsesregelverket kan bare fravikes der dette er begrunnet særskilt i sosiale målsettinger som ikke kan nås gjennom en anskaffelsesprosedyre. Dette vil bero på en konkret vurdering, og det kan ikke utelukkes at faktiske forhold som adskiller seg fra forholdene i den tyske saken vil kunne begrunne at anskaffelsesregelverket fravikes.

Selv om det foreligger visse faktiske forskjeller mellom den tyske ordningen og ordningen for helseforetakene, mener arbeidsgruppen at det er mye som taler for at utfallet av

⁴⁴ Jf. kapittel 1.2

proporsjonalitetstesten vil bli den samme; altså at anskaffelsesregelverket må følges. Arbeidsgruppen legger derfor til grunn at en løsning hvor leverandøren utpekes direkte i tariffavtalene eller på annen måte utpekes direkte uten konkurranseutsetting vil medføre en betydelig prosessrisiko. På bakgrunn av den rettslige usikkerheten og prosessrisikoen vil derfor arbeidsgruppen ikke tilrå en slik løsningsmodell.

4.2.4 Forholdet til Norges menneskerettslige forpliktelser

LO Stat v/ Fagforbundet anfører blant annet at EU-domstolens avgjørelse i C-271/08 representerer så betydelig begrensninger i organisasjonenes rett til kollektive forhandlinger og streik, at den står i motsetning til EMK art. 11, ILO-konvensjonene nr. 87 og 98 samt Den Europeiske Sosialpakten. Det anføres at det er gode grunner for at EMK har en høyere rettskildemessig status enn EØS-avtalen, og at dommen ikke får virkning for Norge. Fagforbundet mener det på det grunnlag kan argumenteres for at tariffpartene har fritt handlingsrom til å avtale forskjellige ordninger, herunder valg av fremtidig pensjonsleverandør for helseforetakene.

På bakgrunn av innspillene fra Fagforbundet har arbeidsgruppen bedt Utenriksdepartementet om å vurdere om avgjørelsen i C-271/08 er i strid med EMK artikkel 11, ILO-konvensjonene nr. 87 og 98 og Den europeiske sosialpakten artikkel 6. Utenriksdepartementet deler tilbakemeldingen inn i tre vurderinger av henholdsvis EMK artikkel 11, ILO-konvensjonene nr 87 og 98 og Den europeiske sosialpakten artikkel 6. Utenriksdepartementets vurdering gjengis her:

”EMK art. 11 om retten til ”å danne og slutte seg til fagforeninger for å verne sine interesser”

Det synes nokså klart at et EU-krav om at valg av pensjonsleverandør skal skje på grunnlag av en anbudskonkurranse (etter at selve innholdet i pensjonsordningen har blitt fastsatt gjennom tarifforhandlinger), ikke vil være i strid med EMKs bestemmelse om foreningsfrihet. En rett til gjennom tariffavtaler å velge leverandør av pensjonsordning uten å måtte gå veien om offentlige anbudsregler, kan ikke utledes av ordlyden i EMK art. 11. Det er heller ingen holdepunkter i Den europeiske menneskerettsdomstolens rettspraksis for å gjøre dette. Tvert imot har domstolen lagt til grunn at ikke engang en ubetinget rett til kollektive forhandlinger kan utledes av EMK art. 11, jf. saken *Wilson and the National Union of Journalist, Palmer, Wyeth and The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers, Doolan and Others v. UK* (dom av 2. juli av 2002):

“ However, the Court has consistently held that although collective bargaining may be one of the ways by which trade unions may be enabled to protect their members' interests, it is not indispensable for the effective enjoyment of trade union freedom. Compulsory collective bargaining would impose on employers an obligation to conduct negotiations with trade unions. The Court has not yet been prepared to hold that the freedom of a trade union to make its voice heard extends to imposing on an employer an obligation to recognise a trade union.

The union and its members must however be free, in one way or another, to seek to persuade the employer to listen to what it has to say on behalf of its members. In view of the sensitive character of the social and political issues involved in achieving a proper balance between the competing interests and the wide degree of divergence between the domestic systems in this field, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation as to how trade union freedom may be secured (see Swedish Engine Drivers' Union, cited above, pp. 14-15, § 39; Gustafsson, cited above, pp. 652-53, § 45; and Schettini and Others v. Italy (dec.), no. 29529/95, 9 November 2000)."

ILO-konvensjon nr. 87 (om forsamlingsfrihet og beskyttelse av organisasjonsfriheten) og 98 (om organisasjonsretten og retten til kollektive forhandlinger)

Den mest relevante ILO-bestemmelsen er art. 4 i konvensjon nr. 98, som lyder som følger:

"Measures appropriate to national conditions shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiation between employers or employers' organisations and workers' organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements."

Det vises også til ILO-konvensjon nr. 154 om fremme av kollektive forhandlinger art. 2:

"For the purpose of this Convention the term "collective bargaining" extends to all negotiations which take place between an employer, a group of employers or one or more employers' organisations, on the one hand, and one or more workers' organisations, on the other, for

(a) determining working conditions and terms of employment; and/or

(b) regulating relations between employers and workers; and/or

(c) regulating relations between employers or their organisations and a workers' organisation or workers' organisations."

Det følger av de ovennevnte bestemmelsenes ordlyd at den kollektive forhandlingsfriheten er begrenset til spørsmål som i det vesentlige gjelder arbeids- og ansettelsesforhold ("working conditions and terms of employment") eller forholdet mellom arbeidsgiver/arbeidsgiverorganisasjoner og arbeidstakere/arbeidstakerorganisasjoner.

Det regjeringsoppnevnte utvalget for tarifforhandlingssystemet uttalte i sin innstilling fra 2001 (NOU 2001:14 kap. 4.6.7):

"ILOs komité for organisasjonsfrihet har gjennom sin praksis utformet en rekke prinsipper for forhandlings- og avtalefriheten. (...) Kravene er i første rekke rettet til staten som i utgangspunktet skal avstå fra enhver innblanding som kan begrense fagforeningers rett til å forbedre medlemmenes livs- og arbeidsvilkår gjennom kollektive forhandlinger eller ved andre

lovlige midler. Dette innebærer for eksempel at lovgivningen om lønns- og arbeidsvilkår ikke må frata arbeidstakere og arbeidsgivere adgangen til å inngå avtaler med bedre vilkår enn det loven gir anvisning på. Kravet om å avstå fra enhver innblanding kan likevel ikke tolkes som et krav om fullstendig handlefrihet. Også her gjelder det at organisasjonene må opptre innenfor de alminnelige rammer for handlefriheten som trekkes opp i intern rett.”

Utenriksdepartementet kan vanskelig se at EU-krav om at valg av pensjonsleverandør skal skje på grunnlag av en anbudskonkurranse (etter at selve innholdet i pensjonsordningen er blitt fastsatt gjennom tarifforhandlinger), vil gripe inn i den avtalefrihet partene har til å regulere ”arbeidsforhold og ansettelsesvilkår” eller til å regulere forholdet mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden. Utenriksdepartementet kan således ikke se at EU-kravet om anbudskonkurranse vil være uforenlig med ILO konvensjonene.

Den europeiske (reviderte) sosialpakten art. 6 om retten til å føre kollektive forhandlinger

Sosialpaktens artikkel 6 lyder som følger:

”For å sikre den effektive utøvelsen av retten til å føre kollektive forhandlinger forplikter partene seg til

å fremme fellesrådslagning mellom arbeidstakere og arbeidsgivere,

å fremme ordninger for frivillige forhandlinger mellom arbeidsgivere eller arbeidsgiverorganisasjoner og arbeidstakerorganisasjoner om fastsetting av lønns- og arbeidsvilkår ved tariffavtaler, når det er nødvendig og hensiktsmessig,

å arbeide for å gjøre bruk av egnede instanser for mekling og frivillig voldgift for å løse arbeidstvister, og anerkjenner:

arbeidstakernes og arbeidsgivernes rett til kollektive tiltak i interessekonflikter, herunder retten til å streike, med de innskrenkninger som følger av tidligere inngåtte tariffavtaler.”

På samme måte som for ILO-konvensjonene, kan ikke sosialpaktens bestemmelse om rett til kollektive forhandlinger forstås slik at den gir partene i arbeidslivet en ubegrenset avtalefrihet. Utenriksdepartementet kan vanskelig se at et påbud om at pensjonsleverandør skal utpekes etter anbudskonkurranse, vil være uforenlig med sosialpaktens art. 6.

Arbeidsgruppen har også bedt Utenriksdepartementet om å vurdere om det er grunn til å sette EU-domstolens avgjørelse (tolkningen av de fire friheters forhold til retten til å inngå kollektivavtaler etc.) til side, med henvisning til Norges forpliktelser etter menneskerettighetskonvensjonene. Hertil svarer Utenriksdepartementet:

”For Norges del vil det ikke være tale om å sette en avgjørelse fra EU-domstolen ”til side”, ettersom Norge ikke er direkte bundet av avgjørelser fra EU-domstolen. Rettslige spørsmål knyttet til gjennomføringen av EØS-avtalen i Norge avgjøres av norske domstoler og eventuelt EFTA-domstolen.”

Endelig har arbeidsgruppen bedt Utenriksdepartementet om å vurdere om det er korrekt at det foreligger en konflikt mellom menneskerettsloven og EØS-loven i dette spørsmålet, og i så fall hvordan denne skal løses. Hertil svarer Utenriksdepartementet:

”Ut fra de mottatte opplysninger kan Utenriksdepartementet ikke se at det her foreligger en konflikt mellom de folkerettslige regler som er gjennomført i norsk rett gjennom menneskerettsloven og EØS-loven.”

Arbeidsgruppen slutter seg til Utenriksdepartementets vurderinger om at de menneskerettslige forpliktelsene ikke er til hinder for at valg av pensjonsleverandør skal skje på grunnlag av en anbudskonkurranse (etter at selve innholdet i pensjonsordningen har blitt fastsatt gjennom tarifforhandlinger).

4.3 Løpende avtaler om levering av tjenestepensjonstjenester som anskaffelsesrettslig problem

4.3.1 Innledning

Helseforetakenes kontrakter om tjenestepensjon er som regel løpende (tidsubegrensede) avtaler med oppsigelsesadgang. Ettersom det ikke er avtalt begrensninger i avtalenes løpetid, løper avtalene således prinsipielt på ubestemt tid eller til de blir sagt opp. Dette innebærer i utgangspunktet at det først skjer en konkurranse om oppdraget når oppdragsgiver selv velger å si opp kontrakten og inngå ny avtale.

Drøftelsene i kapittel 4.2 viser at avtaler om levering av tjenestepensjons i utgangspunktet må inngås i samsvar med reglene om offentlige anskaffelser. Blant de spørsmål som oppstår i forlengelsen av dette er hvilke føringer anskaffelsesregelverket legger på utformingen av kontraktens bestemmelser om varighet, og om anskaffelsesregelverket innebærer en plikt til med jevne mellomrom å konkurransesutsette løpende avtaler. En rekke av helseforetakenes avtaler om tjenestepensjon er inngått før anskaffelsesregelverket, og EØS-avtalen, trådte i kraft. Et særskilt spørsmål er derfor hvilken betydning anskaffelsesregelverket har for slike avtaler.

Arbeidsgruppen vurderer i kapittel 6 ulike mulige løsningsmodeller for valg av pensjonsleverandørordning for ansatte ved helseforetakene. Et av forholdene som vurderes er lukking av nåværende pensjonsavtaler/ordninger, dvs. at de nåværende medlemmene blir værende i ordningen, mens det finnes andre løsninger (konkurransesutsetting alternativ egen kasse) for de nyansatte. Ved lukking av en nåværende pensjonsavtale/ordning oppstår det tilsvarende spørsmål som ved løpende avtaler om levering av tjenestepensjon. Dette skyldes at avtalen fortsetter å løpe for de som blir igjen i pensjonsordningen som lukkes.

Adgangen til å inngå nye løpende (tidsubegrensede) avtaler er behandlet i kapittel 4.3.2. Her er det arbeidsgruppens vurdering at helseforetakene har mulighet til, i henhold til anskaffelsesregelverket, å inngå slike nye løpende avtaler.

Om det foreligger en plikt til med jevne mellomrom å konkurransesutsette slike løpende avtaler er behandlet i kapittel 4.3.3. Her konkluderer arbeidsgruppen med at det sannsynligvis foreligger en slik plikt for avtaler som er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse ("nye avtaler", se kapittel 4.3.3.2). Det følger derimot trolig ikke en slik plikt for avtaler som er inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse ("gamle avtaler", se kapittel 4.3.3.2).

Det må også vurderes om det er gjort så vesentlige endringer i eksisterende avtaler at avtalene må anses som en ny kontraktsinngåelse i anskaffelsesregelverkets forstand, se nærmere i kapittel 4.3.4. Dette har betydningen for sonderingen som gjøres i kapittel 4.3.3 mellom avtaler som er inngått før og etter EØS-avtalens ikrafttredelse. Dersom en "gammel avtale" er vesentlig endret etter EØS-avtalens ikrafttredelse, vil det i prinsippet bety at avtalen er å anse som en "ny avtale". Her legger arbeidsgruppen til grunn at det må avgjøres etter en konkret vurdering om helseforetakenes kontrakter er vesentlig endret. Arbeidsgruppen har ikke gått nærmere inn i denne vurderingen.

Endelig oppstår spørsmålet om i hvilket omfang helseforetakene i en ny konkurranse kan legge vekt på omstillingskostnader. Her tenkes særlig på den innlåsningseffekten som eksisterer i forhold til KLP, idet det er KLP sin holdning at helseforetakene ikke vil få med seg den opptjente egenkapitalen. Dette behandles nærmere i kapittel 4.3.5.

Arbeidsgruppens samlede konklusjoner oppsummeres i kapittel 4.3.6.

Arbeidsgruppen påpeker for ordens skyld at EU-domstolene i sak C-271/08 ikke har tatt stilling til noen av disse spørsmålene som her er nevnt. Denne saken er nærmere omtalt under kapittel 4.2.

4.3.2 Om muligheten til å inngå løpende (tidsubegrensede) avtaler

Forsikringsavtaleloven er ikke til hinder for at det inngås løpende (tidsubegrensede) avtaler om tjenestepensjon. Spørsmålet blir da om anskaffelsesregelverket er det.

Verken anskaffelsesdirektivet eller lov eller forskrift om offentlige anskaffelser gir generelle regler om kontraktsvarighet for kontrakter om enkeltstående anskaffelser⁴⁵, og det oppstilles heller ikke noe eksplisitt forbud mot å inngå løpende (tidsubegrensede) avtaler. Direktivet synes tvert imot å forutsette at det er mulig å inngå slike avtaler. Det gis således i artikkel 9 bestemmelser om beregning av kontraktsverdi for tidsubegrensede kontrakter, eksempelvis i artikkel 9, nr. 8, bokstav b ii) (dansk versjon med arbeidsgruppens understrekning):

⁴⁵ For rammeavtaler gjelder det derimot en begrensning på 4 år, jf. nærmere i kapittel 4.3.3.2.

”Ved beregning af den anslåede værdi af offentlige tjenesteydelseskontrakter skal der tages hensyn til følgende i forbindelse med tjenesteydelseskontrakter, hvori der ikke er fastsatt en samlet pris:

- *for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter, hvis løpetid er over 48 måneder eller derunder: den månedlige værdi multipliseret med 48.”*

I norsk rett er den aktuelle bestemmelsen gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 tiende ledd:

”For kontrakter med usikker eller ubegrenset løpetid eller tidsbegrensede kontrakter med en løpetid på mer enn 48 måneder skal beregningsgrunnlaget være den månedlige rate multiplisert med 48.”

EU-domstolen har i sak C-454/06 (*Presstext Nachrichtenagentur*) uttalt seg om inngåelsen av tidsubegrensede kontrakter. Saken gjaldt en avtale om informasjonstjenester til den østerrikske stat som var inngått uten spesifisert utløpstid. Domstolen skulle ta stilling til om en rekke endringer i kontrakten foretatt i 2005 var så vesentlige at de utgjorde en ny avtale, som ville kreve konkurranseutsetting. En av disse endringene var fastsettelsen av en klausul som innebar at oppdragsgiver ga avkall på retten til å si opp avtalen i tre år.

EU-domstolen slo i saken fast at selv om slike tidsubegrensede kontrakter kan hindre konkurranse mellom mulige tjenesteytere og dermed hindre anvendelse av anskaffelsesdirektivene, var det *”på fellekskapsrettens nåværende utviklingstrinn”* ikke noe til hinder for å inngå tidsubegrensede offentlige tjenesteytelsesavtaler.⁴⁶

En klausul som innebærer at partene forplikter seg til ikke å si opp avtalen i en bestemt periode, kan heller ikke på forhånd anses for å være i strid med fellekskapslovgivningen om offentlige anskaffelser.⁴⁷ I den konkrete saken synes ikke et 3-årig avkall på retten til å si opp kontrakten å være i strid med anskaffelsesreglene, og EU-domstolen konkluderte med at fastsettelse av klausulen ikke var en slik vesentlig endring i kontrakten som utgjorde en ny avtale.⁴⁸

Det vil derimot, ifølge Generaladvokaten, kunne være anskaffelsesrettslig problematisk der det i en tidsubestemt kontrakt avtales at oppdragsgiver i en lengre periode ikke kan si opp kontrakten, eller at en slik oppsigelsesadgang fullstendig utelukkes.⁴⁹

EU-domstolen uttalte seg også om avtalevarigheten i en sak fra 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*). Saken gjaldt et kommunalt salg av en kaserne i 2007 gjennomført med tanke på en senere tildeling av bygge- og anleggskontrakt fra det offentlige. Et av spørsmålene i saken var om det kunne foreligge en konsesjonskontrakt for byggearbeider hvis konsesjonshaver allerede eide grunnen eller hvis kontrakten ble inngått for en tidsubegrenset periode. Domstolen kom til at anskaffelsesdirektivet ikke gjaldt ved salg av grunnen, og det heller

⁴⁶ Premiss 74

⁴⁷ Premiss 75

⁴⁸ Premiss 80

⁴⁹ Premiss 74.

ikke kan foreligge en konsesjonskontrakt under slike omstendigheter. Eier av grunnen kan således ikke tildeles konsesjonskontrakt for oppføring av bygg på denne. Domstolen pekte videre på at det ved en konsesjonskontrakt er konsesjonshaver som må bære den vesentligste økonomiske risikoen forbundet med driften. En slik risiko er utelukket der det foreligger en tidsbegrenset rettighet, fordi det alltid over tid er mulig å rette opp på eventuelle perioder med "vanskeligheter".⁵⁰ Domstolen kunne stanset der, men uttalte videre at det "*under alle omstendigheter [er] tungtvejende grunde, herunder særligt opretholdelsen af konkurrencen, som taler for at betragte tildeling af en koncessionskontrakt uden tidsbegrænsning som værende i strid med Unionens retsorden, således som generaladvokaten har anført i punkt 96 og 97 i forslaget til afgørelse (jf. i samme retning dom af 19.6.2008, sag C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmiss 73)*"⁵¹.

Selv om domstolen her viser til *Presstext*, er det grunn til å påpeke at avgjørelsen i *Helmut Müller* er konkret begrunnet og særlig knytter seg til inngåelse av konsesjonskontrakter, der risikoelementet er avgjørende. Avgjørelsen kan derfor neppe tolkes slik at det allikevel – i strid med uttalelsen i *Presstext* – foreligger et forbud mot å inngå løpende (tidsbegrensede) avtaler. Dersom det forelå et slikt absolutt forbud, ville heller ikke direktivets bestemmelser om kontraktsberegning for tidsbegrensede avtaler gi mening.

På denne bakgrunnen mener arbeidsgruppen således at helseforetakene har adgang til å inngå nye løpende (tidsbegrensede) avtaler om tjenstepensjon. Også de faktiske forhold kan tilsi at det kan være hensiktsmessig for helseforetakene å inngå løpende avtaler. Helseforetakene blir da ikke forpliktet til å gjennomføre en ny konkurranse på ett bestemt tidspunkt, men vil kunne gjøre det når dette anses hensiktsmessig innen for en viss passende periode, jf. nærmere nedenfor.

4.3.3 Er det en plikt til med jevne mellomrom å konkurranseutsette løpende avtaler?

4.3.3.1 Innledning

Som beskrevet i de foregående avsnitt er de eksisterende avtalene om tjenstepensjon løpende (tidsbegrensede) avtaler som inneholder en oppsigelsesklausul, og helseforetakene har også mulighet til å inngå nye løpende avtaler. Spørsmålene som da oppstår er om helseforetakene er forpliktet etter EU/EØS-retten til å konkurranseutsette sine løpende avtaler, og når denne plikten eventuelt inntreffer.

Konkurransetilsynet har i sitt brev av 18. mars 2009 til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) tatt opp et tilsvarende spørsmål. I brevet ber tilsynet blant annet om departementets vurdering av om kommunens praksis med ikke å sette løpende avtaler ut på konkurranse er i tråd med anskaffelsesregelverket.

Tariffpartene i kommunal sektor har gjennom Pensjonskontoret i brev av 15. oktober 2009 til FAD redegjort for tariffpartenes felles synspunkter på dette tolkningsspørsmålet. Her

⁵⁰ Se Generaladvokatens premiss 94-95.

⁵¹ Premiss 79

fremgår det at det etter partenes oppfatning ”*neppe [kan] utledes noe absolutt krav i de relevante rettskildene å anbudsutsette løpende avtaler om tjenestepensjon*”. Partene viser imidlertid til at kommunene plikter å opptre forretningsmessig og at dette ”*i praksis innebærer at en med jevne intervaller – enten selv eller ved hjelp av rådgivere - foretar markedsundersøkelser*”.

Også KS-advokatene er av denne oppfatning. I notat av 10. august 2010 anfører de at forretningsmessighetsprinsippet gjelder ved langvarige avtaler om kommunal tjenestepensjon og uttaler følgende: ”*Det må antas at lovens krav om å opptre forretningsmessig for disse kontraktene kan oppfylles ved å gjennomføre undersøkelser i markedet ved jevne mellomrom.*”

Arbeidsgruppen mener imidlertid ikke at det er det norske kravet om å opptre forretningsmessig som er avgjørende for svaret på om det foreligger en plikt til med jevne mellomrom å konkurransesutsette løpende avtaler. Det avgjørende er derimot de EU/EØS-rettslige prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet. Arbeidsgruppen mener således at det kan argumenteres for at disse prinsippene tilsier at oppdragsgiver etter en passende periode må konkurransesutsette sine løpende avtaler på nytt.

Det følger av EU-domstolens rettspraksis at EØS-reglene, herunder anskaffelsesreglene, ikke griper inn i bestående rettsforhold, dvs. i avtaler som er inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994. Ved besvarelse av om det foreligger en slik plikt til å konkurransesutsette løpende avtaler, har arbeidsgruppen derfor sondret mellom avtaler som er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse (”nye avtaler”, behandles i 4.3.3.2) og avtaler som er inngått før denne datoen (”gamle avtaler”, behandles i kapittel 4.3.3.3).

Arbeidsgruppen peker i den forbindelse på at avtaler som er inngått før 1. januar 1994 likevel vil bli anset som ”nye avtaler” i anskaffelsesreglenes forstand, dersom det har skjedd/skjer vesentlige endringer i avtalene etter denne datoen. Arbeidsgruppen redegjør nærmere i kapittel 4.3.4 for problemstillinger knyttet til eventuelle endringer i avtalene.

4.3.3.2 Avtaler inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse

Først må det vurderes om det foreligger en plikt til å sette løpende avtaler ut på konkurranse, når avtalen er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse. Dvs. etter at anskaffelsesregelverket trådte i kraft. I forlengelsen av dette ligger også spørsmålet om når denne plikten eventuelt inntreffer.

Som beskrevet ovenfor i kapittel 4.3.2. inneholder anskaffelsesregelverket ikke generelle regler om kontraktsvarighet for kontrakter om enkeltstående anskaffelser. Når det gjelder rammeavtaler inneholder anskaffelsesdirektivet en særlig bestemmelse om at rammeavtaler ikke kan inngås for mer enn 4 år, jf. artikkel 32 nr. 2. En rammeavtale er en form for

løpende avtale som oppdragsgivere kan gjøre avrop på etter behov.⁵² Begrensningen i kontraktsvarigheten for rammeavtaler er begrunnet i hensynet til å sikre effektiv konkurranse⁵³, nettopp fordi rammeavtaler – og særlig rammeavtaler med flere leverandører – på grunn av sin karakter og fleksibilitet ofte vil bli inngått for en lengre periode enn kontrakter om enkeltstående anskaffelser. Denne hovedregelen kan imidlertid fravikes når det er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand. Bestemmelsen om rammeavtalers varighet er gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser del III i § 15-1, fjerde ledd. Det er også inntatt en tilsvarende bestemmelse for rammeavtaler under EØS-terskelverdiene i del II i § 6-1, fjerde ledd.

Selv om det ikke gjelder tilsvarende regler for kontrakter om enkeltstående anskaffelser, gir regelverket likevel visse føringer. Først og fremst gjelder de grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet. Videre gjelder det norske kravet om å opptre forretningsmessig. Disse prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet, og til dels også kravet om å opptre forretningsmessig, tilsier at man ikke kan omgå reglene om offentlige anskaffelser ved å inngå kontrakter med uforholdsmessig lang varighet. Dette ville på sikt hindre konkurransen mellom mulige leverandører.⁵⁴ Det er opp til den enkelte innkjøper å fastsette en passende varighet på bakgrunn av blant annet kontraktens gjenstand og kompleksitet.

Som også konkludert ovenfor kan oppdragsgiver velge å inngå løpende (tidsubegrensede) avtaler, i stedet for å fastsette en fast kontraktsvarighet.

Anskaffelsesregelverket regulerer i hovedsak prosessen frem til signering av kontrakt, og bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet får i utgangspunktet⁵⁵ ikke betydning for selve gjennomføring av kontrakten. Anskaffelsesdirektivet inneholder ingen bestemmelser som uttrykkelig pålegger oppdragsgiver å si opp en løpende avtale og konkurranseutsette på nytt etter en passende periode, og det kan således argumenteres med at det ikke foreligger en slik plikt. Når først en tidsubegrenset kontrakt er inngått etter konkurranseutsetting, og potensielle leverandører således har hatt mulighet til å ta tidsaspektet med i sine overveielser i forbindelse med eventuell tilbudsavgivelse, bør oppdragsgiver også kunne velge å la kontrakten løpe så lenge det er hensiktsmessig. Til støtte for en slik argumentasjon kan anføres at eventuelle negative virkninger ved at en kontrakt faktisk løper over meget lang tid vil bli avbøtt gjennom forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i en kontrakt, jf. nærmere i kapittel 4.3.4.

⁵² Rammeavtaler inngås mellom en eller flere oppdragsgivere på den ene siden, og en eller flere leverandører på den andre siden. Rammeavtalen har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode (avrop), særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder.

⁵³ Jf. EU-kommisjonens forslag til anskaffelsesdirektivet 2004/18/EØS (KOM(2000) 275 endelig/2).

⁵⁴ Det er nettopp denne argumentasjonen som er brukt for å fastsette en begrensning i kontraktsvarigheten for rammeavtaler.

⁵⁵ Direktivet inneholder en bestemmelse om at kontraktsvilkår må være forenelige med fellesskapsretten og at disse skal fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. artikkel 26. Videre er det begrensninger i forhold til å foreta endringer i en allerede inngått kontrakt, jf. kapittel 4.3.4.

Arbeidsgruppen finner imidlertid at det er flere argumenter som kan tale i retning av at oppdragsgiver etter en passende periode må konkurransenutsette sine løpende avtaler på nytt.

Først og fremst mener arbeidsgruppen at det kan argumenteres for at de EU/EØS-rettslige prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet tilsier at løpende avtaler må konkurransenutsettes med jevne mellomrom.

Et avgjørende moment ved inngåelse av offentlige kontrakter er å sikre effektiv konkurranse. Som nevnt over vil inngåelse av uforholdsmessig lange kontrakter på sikt kunne hindre konkurransen mellom mulige leverandører. Tidsubegrensede kontrakter som *faktisk* får lov å løpe over uforholdsmessig lang tid vil tilsvarende kunne hindre konkurransen.

Arbeidsgruppen mener at det er en viss, om enn indirekte, støtte for en slik tolkning i *Pressetext*. I avgjørelsen, og særlig hos generaladvokaten, legges det avgjørende vekt på oppsigelsesadgangen. Det er altså ikke uten videre det faktum at kontrakten er tidsubegrenset som er problematisk. Derimot ville det være problematisk hvis kontrakten *faktisk* løper i uforholdsmessig lang tid eller endog til evig tid. Dette vil for eksempel være tilfellet der oppdragsgiver forplikter seg til ikke å si opp kontrakten i en uforholdsmessig lang periode, jf. generaladvokatens premiss 74. Det vil etter arbeidsgruppens vurdering også kunne være tilfellet der oppdragsgiver faktisk unnlater å benytte seg av en oppsigelsesadgang i en lang periode uten at det er en saklig grunn til det. Dette vil med tiden hindre konkurranse mellom mulige leverandører og med det hindre anvendelse av direktivene om offentlige anskaffelser, jf. dommens premiss 73. Det som må være avgjørende er altså hvordan kontrakten "gjennomføres" og om den på sikt hindrer konkurranse i markedet.

Arbeidsgruppen er videre av den oppfatning at det vil kunne ha karakter av omgåelse, dersom en oppdragsgiver, uten å foreta konkurransenutsetting, lar en tidsubegrenset avtale løpe vesentlig lengre enn hva som ellers ville vært til passende kontraktslengde ut fra kontraktens gjenstand, kompleksitet og markedsforholdene forøvrig. Dette kan best illustreres med et eksempel: Etter en konkret vurdering har en oppdragsgiver kommet til at en passende kontraktslengde for kjøp av en bestemt tjeneste er ca. 10 år. Oppdragsgiveren velger i stedet å inngå en løpende avtale med oppsigelsesvarsel. I et slikt tilfelle kan det hevdes at det foreligger en omgåelse av anskaffelsesregelverket, dersom oppdragsgiver faktisk lar kontrakten løpe i 25 år, uten å foreta en fornyet konkurranse.

Det norske prinsippet om "forretningsmessighet" trekker for øvrig i samme retning: Det vil ikke være forretningsmessig å la en kontrakt løpe i en lengre periode enn det som er nødvendig, dersom konkurranse faktisk ville ført til en bedre avtale.

Det er imidlertid ikke gitt at hensynet til forretningsmessighet i alle tilfeller tilsier at den eksisterende kontrakten faktisk bør sies opp. Dette vil for eksempel ikke være tilfellet der den eksisterende avtalen er økonomisk gunstig for oppdragsgiver og det ikke er utsikter til

å oppnå bedre betingelser. Dette kan tale for at oppdragsgivere i forbindelse med en ny konkurranse tar forbehold⁵⁶ om at kontrakt kun tildeles, dersom dette fører til en ”bedre” avtale, vurdert i forhold til tildelingskriteriene, eller stiller visse minimumskrav som fører til en slik ”bedre” avtale.⁵⁷ Plikten til å si opp kontrakten inntretr altså bare der det kommer inn tilbud som fører til en slik forbedret avtale.⁵⁸

Når det gjelder tjenstepensjon, er dette et komplekst produkt, og et eventuelt skifte av pensjonsinnretning vil være forbundet med bruk av tid og interne ressurser, i tillegg til utgifter til forsikringsrådgivere, meglere og lignende.

Konkurransetsetting av avtaler om levering av tjenstepensjon til helseforetakene er således en omfattende og kostnadskrevede prosess. Dette er momenter som trekker i retning av at heller ikke konkurransetsetting i alle tilfeller, ut i fra et forretningsmessig synspunkt, vil være det mest hensiktsmessige. Slike momenter kan det imidlertid tas hensyn til ved vurdering av hvor ofte der skal skje konkurransetsetting, jf. nærmere nedenfor. Arbeidsgruppen ser derfor ikke at dette kan begrunne et unntak fra kravet om konkurranse.

Arbeidsgruppen har for øvrig notert seg at flere parter har vist til at kravet til å opptre forretningsmessig vil kunne oppfylles ved at oppdragsgiver jevnlig gjør undersøkelser i markedet.

Arbeidsgruppen finner imidlertid at det EU/EØS-rettslige prinsipp om konkurranse må innebære at aktuelle og potensielle leverandører får 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. Arbeidsgruppen mener derfor at kravene til konkurranse ikke kan oppfylles ved å foreta slike markedsundersøkelser med jevne mellomrom.

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. For å kunne vurdere dette, må oppdragsgiver vite hva leverandører av tjenstepensjon faktisk kan konkurrere på, og hvor villige de er til å strekke seg. Rene undersøkelser i markedet vil neppe gi tilstrekkelig informasjon om dette så lenge markedsaktørene vet at de uansett vil måtte gjennomgå en konkurranse avholdt i samsvar med de krav som følger av anskaffelsesregelverket for å få oppdraget.

Helseforetakene kan få informasjon om hvilken avkastning de ulike pensjonsleverandørene har hatt, og vil blant annet ut fra dette kunne vurdere hvilke forventninger de har til de ulike leverandørenes avkastning fremover. Det enkelte helseforetak vil imidlertid ikke ha

⁵⁶ Et slikt forbehold må fremgå klart av konkurransegrunnlaget.

⁵⁷ Dette kan ligne på situasjoner der oppdragsgiver inngir et såkalt internbud. Dersom oppdragsgiver inngir det beste ”bud” i forhold til tildelingskriteriene, dvs. best selv kan løse oppgaven, avlyses konkurransen.

⁵⁸ I en slik konkurranse vil også den eksisterende leverandør ha tilskyndelse til å tilby en forbedret avtale.

mulighet til selv å beregne den faktiske premien det vil måtte betale, fordi premieberegningen bl.a. foretas ned på medlemsnivå og ut fra de enkelte selskapers detaljerte pristariffer. Den konkrete premien foretaket vil måtte betale vil således bare komme frem ved en konkurranseutsetting etter anskaffelsesregelverket. Det samme gjelder hvilken service de ulike leverandørene vil tilby. Undersøkelser i markedet vil kanskje bidra til å si noe om oppdragsgiver har inngått en ulønnsom kontrakt basert på opplysninger om tidligere års avkastning, men det nok 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.

Sue Arrowsmith har uttalt seg om spørsmålet om det foreligger en plikt til med jevne mellomrom å konkurranseutsette løpende avtaler:

*"Another form of agreement is a contract that may be terminated at the option of either party, at any time, or after a certain period. For example, parties may agree that the authority will purchase and the supplier provide all the authority's stationary needs for an indefinite period, but that either may terminate the agreement on a month's notice. This produces the same effect as a contract subject to renewal by consent: it permits extension beyond the period or quantity to which the parties are committed, but only by mutual agreement. Thus although in form this appears as a continuation of an existing agreement, it should arguably be treated in the same way as an agreed extension, as set out at above. On this view, once the period or quantity to which the parties are committed had expired, a continuation constitutes a new contract, subject (as with agreed extension) to exceptions based on commercial practice."*⁵⁹

Også KOFA har ved flere anledninger behandlet dette spørsmålet, senest i sak 2009/246 av 22. februar 2011. I denne saken fant KOFA at en manglende oppsigelse var å anse som en ulovlig direkte anskaffelse.⁶⁰

Også den danske klagenemnda, Klagenævnet for Udbud (som gir bindende avgjørelser), har kommet til at det må foreligge en plikt til med jevne mellomrom å konkurranseutsette løpende avtaler:

*"Det må antages, at der af Tjenesteydelsesdirektivet kan udledes en regel om, at en vedvarende tjenesteydelse, som er omfattet af direktivet, skal udbydes en gang imellem, fx hvert 4. år, jf. princippet i direktivets artikkel 7, stk. 5."*⁶¹

På bakgrunn av ovennevnte er det arbeidsgruppens vurdering at det i utgangspunktet må være plikt til med jevne mellomrom å konkurranseutsette løpende avtaler, og at det ikke vil være tilstrekkelig å foreta markedsundersøkelser.

⁵⁹ S. 294 i Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2. utgave, 2005, Sweet & Maxwell,

⁶⁰ Denne saken og tidligere KOFA-saker 2009/144 og 2010/4 om samme spørsmål, bygger imidlertid på EU-domstolens praksis i sak C-76/97 (Tögel). Arbeidsgruppen er her ikke enig med KOFA i forståelsen av KOFAs forståelse av begrepet "bestående rettsforhold", jf. nærmere i kapittel 4.3.3.3. I den konkrete saken 2009/246 var kontrakt imidlertid uansett inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse.

⁶¹ Avgjørelse av 28. mai 1999, L.R. Service mot Ringsted Kommune. Saken gjaldt det tidligere tjenstedirektivet 92/50/EØF.

Hvor ofte dette skal skje må vurderes ut ifra kontraktens gjenstand og kompleksitet. En slik vurdering vil i utgangspunktet være sammenfallende med vurderingen av hva som ville utgjort en passende kontraktsvarighet, dersom oppdragsgiver i stedet hadde inngått en tidsbegrenset avtale. Hva som må anses som en passende kontraktsvarighet for avtaler om levering av tjenestepensjon må avgjøres etter en konkret vurdering.

Den begrensningen på fire år som gjelder for rammeavtaler kan ikke overføres til kontrakter om enkeltstående anskaffelser. At det kan inngås kontrakter med lenger varighet synes således også å være forutsatt i anskaffelsesdirektivets beregningsregler, jf. artikkel 9 nr. 8 b ii, gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3, 10. ledd. Herav følger det at beregningsgrunnlaget for tidsbegrensede kontrakter med en løpetid på mer enn fire år, der det ikke er fastsatt en samlet pris, skal være den månedlige raten multiplisert med 48.

Det kan således være akseptabelt og rasjonelt med en lengre kontraktsvarighet. Det vil særlig være tilfellet 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 en passende kontraktsvarighet, vil oppdragsgiver også kunne ta hensyn til transaksjonskostnadene forbundet med et leverandørskifte. Med transaksjonskostnader menes her de praktiske, økonomiske og administrative konsekvenser skifte av leverandør vil ha. Dersom slike kostnader er betydelige, tilsier det adgang til en forholdsmessig lengre kontraktsvarighet.⁶²

Ved kjøp av tjenestepensjon kan det være velbegrunnet å la kontraktene løpe i en lengre periode. Dette kan blant annet begrunnes i at tjenestepensjon, som beskrevet ovenfor, i utgangspunkt er et komplekst produkt og at et eventuelt leverandørskifte vil være forbundet med transaksjonskostnader. Kompleksiteten vil naturligvis avhenge av omfanget av avtalen, herunder av om det er hele leverandørordningen som konkurransen utsettes 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 tjenestepensjon 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.

4.3.3.3 Særlig om avtaler inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse

I de foregående punkter konkluderer arbeidsgruppen med at det i utgangspunktet er plikt til med jevne mellomrom å konkurransen utsette løpende (tidsbegrensede) avtaler, som er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994.

Flere av helseforetakenes tjenestepensjonsavtaler er imidlertid som beskrevet ovenfor, inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse. Spørsmålet er da om anskaffelsesreglene også får

⁶² Spørsmålet om i hvilken grad det er mulig å ta hensyn til slike ”omstillingskostnader” i forbindelse med en ny konkurranse er kort omtalt i kapittel 4.3.5.

konsekvenser for slike "gamle avtaler" inngått før 1994 (som ikke har blitt vesentlig endret etter denne datoen, jf. nærmere i kapittel 4.3.4), herunder om det kan utledes en plikt til på et tidspunkt på nytt å konkurransesutsette avtaler.

Der en kontrakt har blitt inngått på et tidspunkt før EØS-avtalens ikrafttredelse, står det klart at forpliktelsene etter direktivene om offentlige anskaffelser og EØS-avtalens bestemmelser om fri flyt av tjenester ikke var gjeldende på tidspunktet for inngåelsen av kontrakten. Anskaffelsesreglene regulerer prosedyrer for *inngåelse* av kontrakter og påvirker derfor i utgangspunktet ikke *innholdet* av eksisterende avtaler. *Etter* kontraktsinngåelse vil anskaffelsesregelverket, herunder kravet om forretningsmessighet, konkurranse og likebehandling, i utgangspunktet ikke komme til anvendelse.⁶³ Fra dette tidspunktet er det kontraktsretten som regulerer gjennomføringen av kontrakten.

EU-domstolen har behandlet spørsmålet om EØS-reglens betydning for "gamle avtaler" i sak C-76/97 (*Tögel*). Saken gjaldt en tidsbestemt rammeavtale om utførelse av ambulansetjenester inngått mellom østerrikske myndigheter og en privat leverandør i 1984. Et av spørsmålene i saken var om det følger av EF-traktaten eller av direktiv 92/50 (det tidligere direktivet om tjenesteanskaffelser som først var gjeldende i Østerrike fra 1. januar 1995) at en medlemsstat er forpliktet til å *"gripe ind i bestående retsforhold, som er indgået på ubestemt tid eller for flere år, på en måde, som ikke er i overensstemmelse med det nævnte direktiv."*⁶⁴ Ettersom direktivet ikke var gjeldende på tidspunktet for kontraktsinngåelsen, tolket domstolen spørsmålet slik: *"om fællesskabsretten pålægger en medlemsstats ordregivende myndighed, på opfordring fra en borger, at gripe ind i bestående retsforhold."* EU-domstolen konkluderte med at *"fællesskabsretten"* ikke stiller krav om at medlemsstatene skal gripe inn i et *"bestående retsforhold, som er indgået på ubestemt tid eller for flere år, når disse retsforhold er påbegyndt inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 92/50"*.⁶⁵

Også Generaladvokatens uttalelse i *Tögel* er av interesse. Generaladvokaten tar her opp følgende tre spørsmål: Om direktivet gjelder med tilbakevirkende kraft, om direktivet griper inn i eksisterende rettsforhold ("the continued existence of a contract") og om oppdragsgivere er forpliktet til å benytte seg av en adgang til å si opp kontrakten.⁶⁶

Generaladvokaten avviser først at direktivet har tilbakevirkende kraft.⁶⁷ Dernest slår generaladvokaten fast at direktivet ikke påvirker innholdet av en eksisterende kontrakt: *"Direktivet fastsetter ingen bestemmelser om gyldigheden af kontrakter, som indgås efter tildeling af ordren, der er heller ikke noget i dets ordlyd, der, med henblik på at afgøre om en udbudsprocedure er nødvendig, giver anledning til at antage, at nationale regler om gyldighed eller fortsat virkning af kontrakter indgået før gennemførelsesdatoen, skal tilsidesættes. Endvidere følger det af retssikkerhedsprincippet, at de rettigheder, som udbyderen ifølge en bindende kontrakt har, skal tages i betragtning ved fortolkningen af tjenesteydelsesdirektivet."*⁶⁸

⁶³ Jf NOU 1997:21 side 138. Jf også KOFA 2008/37 premiss 24.

⁶⁴ Premiss 48

⁶⁵ Premiss 54

⁶⁶ Premiss 60.

⁶⁷ Premiss 61.

⁶⁸ Premiss 65.

Endelig tar generaladvokaten eksplisitt opp spørsmålet om EU-retten pålegger en plikt til å benytte seg av en adgang til å si opp en avtale:

*”Endelig ser det ud til, at i det mindste en af de omtvistede rammekontrakter i den foreliggende sag kan bringes til ophør ved udgangen af hvert kalenderår med tre måneders opsigelsesfrist fra en af parterne. Hvis dette i henhold til national ret blot udgør en adgang til at opsi aftalen, og aftalen uden en sådan opsigelse fortsat er gyldig, så —henset til mit forslag til afgørelse, hvorefter tjenesteydelsesdirektivet ikke har tilbagevirkende gyldighed på sådanne kontraktforhold — kræver fællesskabsretten ikke, at en allerede eksisterende valgmulighed ændres til en forpligtelse. Derfor medfører denne ret til at opsi kontrakten efter fællesskabsretten ikke i sig selv, at de i direktivet indeholdte udbudsprocedurer skal finde anvendelse.”*⁶⁹

Arbeidsgruppen mener at det på grunnlag av praksis fra EU-domstolen ikke kan sluttes av fellesskapsretten (dvs. verken av traktaten eller direktivene) at det offentlige har en plikt til å konkurransesutsette løpende (tidsbegrensede) avtaler inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse.

Arbeidsgruppen gjør imidlertid oppmerksom på at også Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser (KOFA) har uttalt seg om plikten til å si opp kontrakter inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse, og her synes å ha en annen oppfatning.

I avgjørelse av 9. mars 2010 i sak 2009/144 (*ByTaxi AS mot Oslo kommune*) ble Oslokommune ilagt et overtredelsesgebyr på 42 millioner kr for en ulovlig direkte anskaffelse av drosjetjenester. Kontrakten ble inngått i juni 1991 (før EØS-avtalens ikrafttredelse). På dette tidspunktet var Oslo Taxi AS den eneste aktøren på markedet, og kontrakt ble den gang inngått uten kunngjøring eller konkurranse. I 1998 kom det ytterligere to aktører i drosjemarkedet i Oslo, og flere har siden kommet til. Det har således vært potensiell konkurranse om drosjekjøring allerede fra 1998. Klager anførte i den forbindelsen at Oslo kommune, senest etter ikrafttredelse av regelverket for offentlige anskaffelser 1. juli 2001, hadde plikt til å bringe kontrakten om drosjekjøring med Oslo Taxi AS til opphør, og konkurransesutsette en ny kontrakt.

KOFA viser i sin avgjørelse til *Tögel* og til at EU-domstolen har konkludert med at EU-regelverket ikke får anvendelse på bestående rettsforhold.⁷⁰ KOFA uttaler videre: *”I motsetning til den kontrakten som ”Tögel”-saken omhandler, har kontrakten i denne sak (opprinnelig inngått 26. juni 1991) en 12 måneders oppsigelsesfrist, jf. kontraktens punkt 18. Kontrakten kan derfor ikke anses som et bestående rettsforhold fra før EØS-avtalen, og forholdet er derfor ikke sammenlignbart med situasjonen i ”Tögel”-saken. Lovens krav om konkurranse for alle offentlige innkjøp tilsier at oppdraget med Oslo Taxi AS skulle vært sagt opp, og kontrakten om TT-drosjetransport skulle følgelig vært konkurransesuttatt etter hvert som det kom flere leverandører av tjenesten i markedet, da flere selskaper kunne ha konkurrert om disse oppdragene. Oslo Taxi AS kunne ikke motsatt seg dette.”*⁷¹

⁶⁹ Premiss 66.

⁷⁰ Premiss 34

⁷¹ Premiss 35

KOFA la etter dette til grunn at Oslo kommune hadde ”brutt regelverket ved fortløpende å forsømme oppsigelse av transportoppdragene, med den virkning at tjenestene ble unndratt konkurranse, jf. loven § 5”, jf. premiss 37. Slik KOFA forstår EØS-anskaffelsesregelverket, foreligger det således en plikt til å konkurranseutsette løpende kontrakter selv om de er inngått før EØS-avtalen, og anskaffelsesregelverket for øvrig, trådte i kraft.

KOFA har tatt utgangspunkt i *Tögel*, og legger avgjørende vekt på betydning av begrepet ”bestående rettsforhold” som fremkommer i dommens premiss 54. KOFA synes å tolke dette slik at det ikke eksisterer et ”bestående rettsforhold” dersom en kontrakt kan sies opp av oppdragsgiveren uten at dette fører til erstatningsansvar.

Denne tolkningen av fellesskapsreglene er det vanskelig å se holdepunkter for så vel i EU-domstolens rettspraksis generelt som i *Tögel*. Verken faktum, de generelle uttalelsene eller domsslutningene i *Tögel* gir slike holdepunkter, og det fremgår klart av Generaladvokatens uttalelse at en av kontraktene inneholdt en slik oppsigelsesadgang.⁷² Det kan derfor tyde på at KOFA legger feil faktum til grunn, når det kom til at det i 2009/144 ikke forelå et bestående rettsforhold i fellesskapsrettens forstand, jf. formuleringen ”*I motsetning til den kontrakten som ”Tögel”-saken omhandler, har kontrakten i denne sak (opprinnelig inngått 26. juni 1991) en 12 måneders oppsigelsesfrist*”. Videre følger det av generaladvokatens uttalelse at en rett til å oppsi kontrakten ikke blir til en plikt. Faktum sett i sammenheng med de generelle domsgrunnene taler derfor, om noe, i retning av at eksisterende oppsigelige tidsubegrensede avtaler ikke påvirkes av EØS-reglenes ikrafttredelse.

Etter det arbeidsgruppen kan forstå, bygger dermed KOFA-avgjørelsen på en feillesning av *Tögel*. I denne saken var det nettopp tale om løpende kontrakter med oppsigelsesklausul, og til dels kortere oppsigelsesfrister enn i KOFA sak 2009/144. I den grad resultatet i KOFA-saken oppfattes som en nødvendig følge av EU/EØS-anskaffelsesreglene, er det således åpenbart at avgjørelsen har liten rettskildemessig verdi.⁷³

På denne bakgrunn legger arbeidsgruppen til grunn at norske myndigheter etter EØS-reglene ikke er forpliktet til å konkurranseutsette tidsubestemte offentlige tjenesteytelsesavtaler inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse.

Det kan kanskje stilles spørsmål ved om krav og prinsipper som følger av det norske regelverket kan føre til et annet resultat. Eksempelvis om det norske kravet om konkurranse må forstås annerledes enn det EU/EØS-rettslige kravet. Dette stiller arbeidsgruppen seg skeptisk til, og mener således heller ikke at det norske kravet om konkurranse fører til at slike ”gamle avtaler” skal konkurranseutsettes. Når det gjelder det norske kravet om forretningsmessighet, mener arbeidsgruppen trolig heller ikke at dette

⁷² Premiss 66.

⁷³ KOFA bygger i sak 2010/04 Demokratene Askøy mot Askøy kommune videre på sin avgjørelse i 2009/144. Her kom KOFA imidlertid til at kontrakten måtte anses som et ”bestående rettsforhold”, fordi en oppsigelse av avtalen fra oppdragsgivers side ville innebære økonomiske konsekvenser for oppdragsgiver. Oppdragsgiver hadde derfor ikke i denne saken plikt til å si opp kontrakten.

kravet innvirker på eksisterende kontraktsforhold inngått før anskaffelsesregelverket trådte i kraft på en slik måte at det foreligger en plikt til å konkurransenutsette ”gamle avtaler”.

En ting er imidlertid hva som oppdragsgivere er rettslig forpliktet til, noe annet er hva som er mest hensiktsmessig sett i forhold til blant annet konkurransen i markedet, helseforetakenes egeninteresse (økonomi mv.) og arbeidspolitiske hensyn. Denne vurdering må i så fall foretas av helseforetakene selv/eier.

4.3.4 Må kontraktene konkurransenutsettes som følge av endringer?

4.3.4.1 Innledning

Anskaffelsesreglene har den refleksvirkning⁷⁴ at endringer i en eksisterende kontrakt kan medføre at den anses som en ny anskaffelse, og som dermed må skje i samsvar med reglene om offentlige anskaffelser.

Dersom det i den opprinnelige kontrakten er tatt høyde for at kontrakten kan endres i avtaleperioden, kan det gjøres uten at det krever en ny prosedyre etter forskrift om offentlige anskaffelser.⁷⁵ Det vil for eksempel være tilfellet der oppdragsgiver har inntatt en opsjon eller en endringsklausul i kontrakten som innebærer at det på objektivt grunnlag kan foretas nærmere beskrevne endringer.

Det vil også være mulig å gjøre visse mindre endringer uten at det fører til plikt til ny konkurransenutsetting. Foretas det vesentlige endringer i et eksisterende avtaleforhold vil dette imidlertid likestilles med inngåelse av en ny kontrakt, og dermed forplikte oppdragsgiver til å konkurransenutsette kontrakten. Foretas det slike endringer, uten at kontrakten konkurransenutsettes, vil dette anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Dette vil også være tilfellet selv om det ellers er saklige grunner for å foreta slike endringer.

Dette betyr at Helseforetakene ikke har anledning til å avtale vesentlige endringer i en eksisterende kontrakt om tjenestepensjon. Ny avtale må i stedet inngås i tråd med anskaffelsesreglene.

Spørsmålet er da hva som skal til for at en endring anses som en vesentlig endring, slik at avtalen må konkurransenutsettes på nytt. Dette spørsmålet behandles i kapittel 4.3.4.2.

Videre er spørsmålet om det faktisk er gjort så vesentlige endringer i helseforetakenes tjenestepensjonsavtaler at de burde vært konkurransenutsatt. For å kunne vurdere dette forutsettes det kunnskaper om hver enkelt avtale. Arbeidsgruppen har ikke prioritert å vurdere hver enkelt avtale konkret. I kapittel 4.3.4.3 knytter arbeidsgruppen allikevel noen kommentarer særlig til betydningen av endrede rammevilkår.

⁷⁴ Dette følger av gjennomsiktighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet, jf. C-454/06 (Pressetext), premiss 34.

⁷⁵ Jf. Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, kapittel 12.6.

4.3.4.2 Hva skal til for å anse en endring som vesentlig

EU-domstolen tar opp spørsmålet om vesentlige endringer i *Presstext*, jf. omtalen i kapittel 4.3.2. Her uttaler domstolen i premiss 34 at endringer i bestemmelsene i en offentlig avtale innenfor den perioden den er gyldig, utgjør en ny avtale, når de er avgjørende forskjellige fra bestemmelsene i den opprinnelige avtalen, og derfor viser at det var partenes vilje å gjenforhandle avtalens grunnleggende elementer.

Om dette er tilfellet, vil bero på en konkret vurdering, men EU-domstolen fastslår i de følgende premisser det rettslige utgangspunktet for hvilke endringer som krever ny konkurranseutsetting. Her oppstiller EU-domstolen tre typetilfeller som kan medføre at man har å gjøre med en ny kontrakt.

For det første vil en endring være vesentlig, dersom den innebærer nye betingelser som, hvis de hadde vært kjent på tidspunktet for den opprinnelige kontraktinngåelsen, ville ha gjort det mulig for andre å delta i konkurransen om kontrakten eller det ville ha vært mulig at et annet tilbud hadde blitt valgt.⁷⁶

For det andre vil en endring være vesentlig, hvis den utgjør en betydelig utvidelse av omfanget av tjenestene, i forhold til det som opprinnelig var avtalt.⁷⁷

For det tredje vil en endring være vesentlig, dersom den innebærer at kontraktens økonomiske balanse endres til fordel for *den eksisterende leverandøren*.⁷⁸

I den konkrete saken tok domstolen blant annet stilling til spørsmålet om betydningen av at en rabattsats ble endret fra 15 pst. til 25 pst., hvilket altså innebar en lavere pris for *oppdragsgiveren*. Domstolen konkluderte med at dette ikke innebar en vesentlig endring av avtalen:

”85. For det første endrer forhøjelsen af rabatten, der nedsætter det af tilslagsmodtageren oppebårne vederlag i forhold til det oprindeligt fastsatte, i øvrig ikke aftalens økonomiske balanse til fordel for tilslagsmodtageren.

86. For det andet vil den blotte omstændighed, at den ordregivende myndighed opnår en højere rabat på en del ydelser, der er genstand for aftalen, ikke kunne fordreje konkurransen til skade for mulige tilbudsgivere.

87. Det følger heraf, at den omstændighed, at der i en situation som den i hovedsagen foreliggende i et tillæg fastsættes større rabatter end de oprindeligt fastsatte for visse priser, bestemt på baggrund af mængderne på et givent område, ikke skal betragtes som en væsentlig ændring af aftalen, og derfor ikke kan medføre en ny indgåelse af en aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 92/50.”

I saken behandler EU-domstolen også noen andre nærmere bestemte prisendringer.⁷⁹ Spørsmålet var for det første om omregning av prisen på tjenesten til euro, uten endring av

⁷⁶ Premiss 35.

⁷⁷ Premiss 36.

⁷⁸ Premiss 37.

⁷⁹ Jf. premisser 55-70.

prisens reelle verdi innebar en vesentlig endring i kontrakten. Her slo domstolen fast at det ikke forelå vesentlig endringer i kontrakten, men bare en tilpasning av kontrakten av hensyn til ytre omstendigheter.⁸⁰

For det andre var det spørsmål om omregning av prisen til euro, sammen med en nedsettelse av dens reelle verdi innebar en vesentlig endring i kontrakten. Her uttalte domstolen at så lenge endringen i pris er ubetydelig og kan forklares på en objektiv måte, kan dette gjøres uten at det blir ansett som inngåelse av en ny avtale. Dette mente domstolen var tilfellet, fordi endringen hadde til formål å lette gjennomføringen av avtalen, for eksempel ved at faktureringen ble forenklet.

Det tredje spørsmålet var om omformuleringen av en prisindeksklausul innebar en vesentlig endring av kontrakten. Her uttalte domstolen at henvisning til en ny prisindeks ikke utgjorde en vesentlig endring i den opprinnelige avtalen.

Også KOFA har behandlet spørsmål om hvorvidt prisjusteringen utgjør vesentlige endringer. KOFA uttalte således i sak 2006/159, *Vital Forsikring ASA mot Eidskog kommune*, at det er "ganske klart" at en årlig justering av premien under en eksisterende pensjonsforsikringsavtale ikke innebærer tildeling av en ny kontrakt.⁸¹ KOFA begrunner dette med at en slik revisjon ikke innebærer at den allerede inngåtte kontrakten forandrer karakter, og at det fremdeles er samme produkt som skal tilbys på de samme avtalevilkår. Deretter uttaler KOFA at "[f]or øvrig er det også helt vanlig at kontrakter som skal løpe over noe tid inneholder prisjusteringsklausuler". Det er ikke klart om den siste setningen henspeiler på at den aktuelle kontrakten inneholdt en prisjusteringsklausul. Dersom endringen er skjedd i henhold til en slik klausul, vil det åpenbart ikke være noen vesentlig endring eller ny kontrakt. Dersom den aktuelle kontrakten derimot *ikke* inneholdt noen prisjusteringsklausul, fremstår det som uklart hvorfor KOFA fant grunn til å fremheve at det er vanlig med slike klausuler i langvarige kontrakter. Etter vårt skjønn er KOFAs uttalelse i *Vital Forsikring ASA mot Eidskog kommune* noe mer kategorisk enn det er grunnlag for, men dette kan ha sammenheng med de faktiske forhold i den aktuelle saken. Dersom det avtales en prisendring som går i leverandørens favør og som ikke er en følge av en prisjusteringsmekanisme i den opprinnelige avtalen, må det etter arbeidsgruppens vurdering legges til grunn at det lett vil være en "vesentlig endring", jf. *Presstext*.

Arbeidsgruppen legger etter dette til grunn at det må avgjøres etter en konkret vurdering om en står overfor en "vesentlig endring" av den opprinnelige kontrakten, og at de tre typetilfellene i *Presstext* angir noen relevante vurderingsmomenter.

4.3.4.3 Er det foretatt "vesentlig endring" i helseforetakenes avtaler om tjenestepensjon?

Det kan tenkes flere typetilfeller av foretatte eller oppståtte endringer som er relevante i forhold til avtalene om tjenestepensjon, og som det må vurderes om er vesentlige. I den

⁸⁰ Premiss 57

⁸¹ Sak 2006/159 *Vital Forsikring ASA mot Eidskog kommune*, premiss 46.

forbindelse peker Thommessen på vegne av Storebrand Livsforsikring AS på flere forhold som må vurderes nærmere, både i selve avtalene og generelt som følge av endrede rammevilkår, som for eksempel endringene i forsikringsvirksomhetsloven av 1.1.2004.

Med virkning fra 1. januar 2004 åpner forsikringsvirksomhetsloven for at alle pensjonsleverandører kan opprette såkalte fellesordninger for premieberegning som tilfredsstillende Hovedtariffavtalen i kommunal sektor og kravet til kjønns- og aldersnøytralt finansieringssystem uten behov for dispensasjon fra de alminnelige regler om forsikringsvirksomhet. Endringene i 2004 ble foretatt etter at arbeidsretten avsa dom av 8.10. 2002 (KLP-saken). Endringene som trådte i kraft i 2004 innebar at det ble innført regler for kommunale pensjonsordninger som bidro til like vilkår for pensjonstilbyderne. Det vises til Ot.prp. nr. 11 (2003-2004) avsnitt 0.1: *”Behovet for en endret rettstilstand på området har sin bakgrunn i at det i dag bare er ett livsforsikringsselskap, Kommunal Landspensjonskasse (KLP), som tilbyr et produkt som anses å oppfylle kravene som Hovedtariffavtalen for kommunal sektor stiller til finansieringssystemet for kommunale pensjonsprodukter. KLP tilbyr produkter hvor premiekostnader utjevnes over deltagerne i en fellesordning. Et slikt premieberegningssystem er i utgangspunktet i strid med forsikringsvirksomhetsloven, men KLP har anledning til å tilby slike produkter i medhold av dispensasjon fra enkelte av forsikringsvirksomhetslovens regler. KLPs system anses å tilfredsstillende kravet i Hovedtariffavtalen for kommunal sektor kapittel 2 pkt. 2.1.8 om at «Tjenstepensjonsordningen skal være basert på et premiesystem som er kjønnsnøytralt og ikke virker utstøtende på eldre arbeidstagere».* Ved Arbeidsrettens dom 8. oktober 2002 ble det slått fast at kommuner som hadde valgt forsikringsgivere som ikke kunne utjevne premier på samme måte som KLP, måtte flytte sine forsikringer, da disse var tariffstridige.”

Rent faktisk betyr dette at KLP før 2004 var, foruten de kommunale pensjonskassene, eneste leverandør av offentlig tjenstepensjon som oppfylte hovedtariffavtalen. Livsselskapene hadde ikke adgang til å tilby slik pensjon på de vilkårene som fulgte av hovedtariffavtalen.

Ettersom KLP rent faktisk hadde monopol var det ingen konkurransesituasjon, og anskaffelsesregelverkets krav om konkurranse kan da ikke forstås slik at det da uansett måtte avholdes en konkurranse ved inngåelse av ny avtale om tjenstepensjon før 2004. Oppdragsgiver hadde da således frem til 2004 mulighet til å tildele kontrakt direkte etter forhandling uten forutgående kunngjøring.⁸²

Er det foretatt vesentlige endringer i selve avtalene?

For å avgjøre om det har skjedd ”vesentlige endringer” i selve avtalene om levering av tjenstepensjon til de ansatte ved helseforetakene, må hver enkelt avtale vurderes konkret. Dette forutsetter nærmere informasjon om de faktiske forhold i hvert enkelt avtaleforhold for å kunne vurdere om det har skjedd endringer som innebærer at avtalen(e) skal se på som ny(e). Arbeidsgruppen har ikke hatt anledning til å prioritere å foreta en konkret

⁸² Jf. dagens artikkel 31 nr. 1 bokstav b) i anskaffelsesdirektivet jf. § 14-4 bokstav c i FOA.

vurdering av hver enkelt avtale hvert helseforetak har med de ulike pensjonsleverandørene. Denne vurderingen må derfor overlates til avtalepartene.

Har det skjedd endringer i rammevilkår som taler for at avtalene bør konkurransesettes?
Arbeidsgruppen mener at endrede rammevilkår trolig ikke nødvendigvis innebærer at det har skjedd "vesentlige endringer" i avtalen. Det avgjørende må være om det skjer en endring av rettsforholdet mellom partene i form av en utvidelse i omfanget av tjenestene eller at den økonomiske balansen forrykkes til fordel for den eksisterende leverandøren. Dersom endrede rammevilkår fører til at tjenestenivå, omfang, priser etc. skal reforhandles, slik at det også skjer endringer i selve kontrakten, kan dette innebære så vesentlige endringer at det i anskaffelsesrettslig forstand må anses som en ny kontrakt.

Også her blir det tale om en konkret vurdering. Som beskrevet ovenfor formuleres vurderingstemaet i *Presstext* som et spørsmål om hvorvidt de nye vilkårene er vesentlig annerledes enn den opprinnelige kontrakt, og dermed bekrefter *at partene hadde til hensikt å reforhandle sentrale deler av kontrakten*. *Presstext* viser tydelig at ikke enhver endring i så måte er problematisk.

Storebrand peker særlig på at det må vurderes om endringer i forsikringsvirksomhetsloven av 2004 medførte vesentlige endringer i helseforetakenes avtaler om tjenestepensjon.

KOFA synes i sak 2009/144 (*ByTaxi AS mot Oslo kommune*), som er omtalt under kapittel 4.3.3.3 å legge til grunn at liberalisering av markedet medfører en plikt til å si opp kontrakten. Arbeidsgruppen finner imidlertid ikke at tilkomst av nye potensielle leverandører nødvendigvis kan medføre en plikt til å si opp løpende avtaler. Det må imidlertid vurderes konkret i tråd med kriteriene i *Presstext* om avtalen har blitt vesentlig endret. Arbeidsgruppen har ikke foretatt en slik vurdering.

Skillet mellom "nye" og "gamle" avtaler

Som påpekt innledningsvis i kapittel 4.3.3.1, vil avtaler som er inngått før 1. januar 1994 likevel vil bli anset som "nye avtaler" i anskaffelsesreglenes forstand, dersom det har skjedd/skjer vesentlige endringer i avtalene etter denne datoen. For helseforetakene innebærer dette at dersom det etter 1994 har skjedd vesentlige endringer i "gamle avtaler" om levering av tjenestepensjon, vil disse avtalene således være å anse som "nye avtaler". Dette innebærer at det trolig også, etter en passende periode, vil inntre en forpliktelse til å konkurransesette slike avtaler.

KLP har opplyst til arbeidsgruppen at det kun er foretatt mindre tekniske endringer i avtalene om levering av tjenestepensjon til ansatte i spesialisthelsetjenesten i perioden 1994 til 2002. Arbeidsgruppen har ikke foretatt en nærmere vurdering av dette. Arbeidsgruppen har heller ikke foretatt nærmere undersøkelser av om det er inngått nye avtaler om levering av tjenestepensjon til ansatte i spesialisthelsetjenesten i perioden 1994-2002.

Dersom det legges til grunn at det verken har skjedd vesentlige endringer i avtalen inngått før 1994 og at det ikke er inngått avtaler i perioden 1994-2002, vil i praksis skille mellom

”gamle avtaler” og ”nye avtaler” for levering av tjenstepensjon til helseforetakene være 2002. Dette innebærer derfor trolig at helseforetakene bare har en forpliktelse til å konkurransenutsette de nye avtalene⁸³ helseforetakene har inngått fra 2002.

4.3.5 Særlig om omstillingskostnader

Det vil kunne være omstillingskostnader (eller skiftekostnader) i forbindelse med avholdelse av ny konkurranse som direkte eller indirekte vil kunne påvirke de totale omkostninger forbundet med et eventuelt bytte av leverandør. Kostnader forbundet med intern opplæring, utskifting av eksisterende materiell mv. er eksempler på slike omstillingskostnader.

De økonomiske konsekvensene ved skifte av pensjonsleverandør kan blant annet avhenge av hvilken leverandør helseforetakene allerede har avtale med. KLP skiller mellom opptjent og innskutt egenkapital. Ved skifte av leverandør fra KLP til en annen leverandør, er det KLP sin holdning at helseforetakene ikke vil få med seg den opptjente egenkapitalen (dette omtales som innlåsningseffekten). Opptjent egenkapital for helseforetakene utgjør ca 925 mill. kr (eksklusive sykepleierordningen), jf. kapittel 6.4.1. Dersom helseforetakene velger en annen leverandør enn KLP, og KLP sin holdning legges til grunn, vil det således få økonomisk konsekvenser for helseforetakene å melde seg ut. Helseforetakene vil således ha et økonomisk incentiv til å bli værende i KLP, eventuelt velge KLP ved en konkurranseutsetting. Av Konkurransetilsynets rapport fremgår det at både markedsaktører og kommuner peker på dette forholdet som et hinder for konkurranse i markedet.⁸⁴

Det er da et spørsmål i hvilket omfang oppdragsgiver kan ta hensyn til slike økonomiske konsekvenser i forbindelse med avholdelse av en konkurranse.

Det er generelt akseptert at omstillingskostnader i utgangspunktet kan vektlegges, herunder anvendes som et tildelingskriterium, se for eksempel KOFA sak 2006/65.⁸⁵ EU-domstolen ved førsteinstansdomstolen har i sak T-345/03 (*Evropaiki Dynamiki*) behandlet spørsmålet om betydningen av den eksisterende leverandørens konkurransefordel. I saken hadde oppdragsgiver (Kommisjonen) i konkurransebetingelser tatt inn en bestemmelse om at en ny leverandør ikke ville motta betaling for en innkjøringsfase på tre måneder. Innkjøringsfasen forløp samtidig med den bestående kontrakten. En tilbudsgiver benyttet den eksisterende leverandøren som underleverandør og trengte derfor ikke i sitt tilbud å innregne kostnader knyttet til innkjøringsperioden. Førsteinstansdomstolen slo for det første fast at den fordel som innkjøringsfasen medfører for den eksisterende leverandøren, ikke skyldtes oppdragsgivers adferd. Videre slo domstolen fast at det i realiteten vil være umulig å unngå at eksisterende leverandører

⁸³ Dette vil også omfatte tilfeller der det skjer vesentlige endringer av ”gamle” avtaler.

⁸⁴ Konkurransetilsynets rapport ”Konkurranse i markedet for offentlig tjenstepensjon”.

⁸⁵ Se også nærmere i den danske artikkelen ”Omstillingsomkostninger i EU-udbud” av Niels Tiedemann, Ugeskrift for Retsvæsen, UfR 2011B.73. Her argumenteres det for at omstillingskostnader kan anvendes som tildelingskriterium på like fot med ”pris” og ”driftskostnader” som nevnt i anskaffelsesdirektivets artikkel 53 nr. 1 bokstav a.

får en fordel som følge av den eksisterende kontrakten – disse har en ”*de facto iboende fordel*”.

Spørsmålet ble da om denne konkrete fordelten skulle utlignes. Førsteinstansdomstolen slo her fast at likebehandlingsprinsippet ikke fører til at oppdragsgiver har en ubetinget plikt til fullstendig å utligne slike fordeler, men det er nødvendig å foreta en avveining av de berørte interesser:

”Derfor skal der for i så vid udstrækning som muligt at overholde princippet om ligebehandling af de bydende og for at undgå konsekvenser, der ville stride imod den tjenestes interesse, der varetages af den ordregivende myndighed, alligevel ske en udligning af de eventuelle fordele, den eksisterende kontrahent eller en bydende, som er knyttet til denne gennem en aftale om underleverance, nyder godt af, men kun i det omfang det i teknisk henseende er enkelt at foretage en sådan udligning, hvis udligningen er økonomisk rimelig, og hvis den ikke indebærer en tilsidesættelse af den eksisterende kontrahents eller den nævnte underleverandørs rettigheder.”⁸⁶

Ifølge *Evropaïki Dynamiki* synes oppdragsgivere altså å være forpliktet til i visse situasjoner å utligne konkurransefordeler som en eksisterende leverandør har. Dette forutsetter imidlertid av at denne utligningen er teknisk enkel å foreta, den er økonomisk rimelig og ikke vil innebære en tilsidesettelse av den eksisterende leverandørens rettigheter.

KOFA har i sak 2006/65 i premiss 45 uttalt følgende om muligheten for å vektlegge omstillingskostnader: *”Å legge omstillingskostnader til nye leverandørers tilbudspriser vil objektivt sett medføre et konkurransefortrinn for eksisterende leverandør. Spørsmålet er derfor om forskjellsbehandlingen er saklig begrunnet. Det kan tenkes tilfeller hvor omstillingskostnader er så avledet eller så store i forhold til anskaffelsens verdi, at det vil være i strid med kravet til likebehandling å ta hensyn til omstillingskostnadene i tilbudsevalueringen. Hvor denne grensen går, har klagenemnda imidlertid ikke funnet grunnlag for å ta stilling til i denne saken.”*

Når det gjelder adgangen til å vektlegge risikoen for å miste opptjent egenkapital ved valg av ny leverandør, er dette ikke, slik arbeidsgruppen ser det, en ordinær omstillingskostnad som for eksempel kostnader knyttet til opplæring og utskiftning av materiell mv. At helseforetakene risikerer å miste opptjent egenkapital er en økonomisk konsekvens som følger av KLPs selskapsstruktur og praksis. Videre utgjør den opptjente egenkapital et så stort beløp at det reelt sett vil kunne utelukke konkurranse, dersom helseforetakene kan innregne dette beløpet.

Dersom oppdragsgiver kan legge vekt på slike kostnader, vil det altså på den ene siden kunne innebære at den eksisterende leverandøren får en fordel som begrenser konkurransen. På den andre siden har oppdragsgiver en reell og saklig interesse i å kunne

⁸⁶ En annet parallell problemstilling er der en tilbudsgiver har særlig kunnskap som kan være en fordel ved utarbeidelse av tilbud i en etterfølgende konkurranse. Slik kunnskap kan for eksempel være ervervet ved forutgående teknisk dialog eller ved deltakelse i forberedende undersøkelser, arbeider eller lignende. Her slår EU-domstolen i sak C-21/03 (Fabricom) fast at slikt særlig kunnskap kan vri konkurransen. Dette vil etter en konkret vurdering kunne føre til at denne tilbudsgiveren skal utelukkes fra konkurransen.

ta hensyn til samtlige økonomiske faktorer knyttet til bytte av leverandør, for å sikre mest mulig effektiv bruk av offentlige ressurser.

Arbeidsgruppen er på denne bakgrunnen usikker på i hvilket omfang det vil være mulig å vektlegge slike skiftekostnader i forbindelse med en ny konkurranse.

Ved inngåelse av ny avtale kan – og bør – oppdragsgivere imidlertid ta hensyn til samtlige økonomiske konsekvenser forbundet med oppgaven over hele kontraktperioden, herunder eventuelle ”bindingsklausuler” og kostnader knyttet til kontraktsopphør. Arbeidsgruppen peker videre på at oppdragsgiver også ved vurderingen av hvor ofte konkurranseutsetting skal skje vil kunne ta hensyn til slike omstillingskostnader. Dersom omstillingskostnadene er betydelige taler det for lenger kontraktsvarighet, slik at kostnadene kan utlignes over tid.

4.3.6 Arbeidsgruppens samlede konklusjon

Arbeidsgruppen mener at helseforetakene har adgang til å inngå nye løpende (tidsbegrensede) avtaler om tjenstepensjon.

Det er videre arbeidsgruppens vurdering at avtaler som er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 (”nye avtaler”), trolig må konkurranseutsettes med jevne mellomrom, og at det ikke vil være tilstrekkelig å foreta undersøkelser i markedet. Hvor ofte dette må skje må vurderes ut ifra kontraktens gjenstand og kompleksitet, herunder behovet for kontinuitet i ytelsene, mulighetene for effektivitetsgevinster, transaksjonskostnader forbundet med bytte av leverandør mv. Det er arbeidsgruppens vurdering at helseforetakene har adgang til å inngå kontrakter om tjenstepensjon av en viss lengre varighet.

For avtaler som er inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 (”gamle avtaler”) mener arbeidsgruppen at helseforetakene ikke er forpliktet etter EØS-reglene til å konkurranseutsette tidsubestemte avtaler om levering av tjenstepensjon. Arbeidsgruppen kan heller ikke se at det følger slike forpliktelser etter det norske regelverket.

Arbeidsgruppen gjør imidlertid oppmerksom på at det vil bli ansett som en ny avtaleinngåelse i anskaffelsesregelverkets forstand, dersom det foretas vesentlige endringer i en eksisterende kontrakt. Dersom det etter 1994 har skjedd vesentlige endringer i ”gamle avtaler”, vil disse avtalene således likevel være å anse som ”nye avtaler”. Dette innebærer at det trolig også, etter en passende periode, vil inntre en forpliktelse til å konkurranseutsette disse avtalene. Dersom det legges til grunn at det verken har skjedd vesentlige endringer i avtalen inngått før 1994 og at det ikke er inngått avtaler i perioden 1994-2002, vil i praksis skillet mellom ”gamle avtaler” og ”nye avtaler” for levering av tjenstepensjon til helseforetakene være 2002. Dette vil trolig innebærer at helseforetakene bare har en forpliktelse til å konkurranseutsette de nye avtalene⁸⁷ helseforetakene har inngått fra 2002.

⁸⁷ Dette vil også omfatte tilfeller der det skjer vesentlige endringer av ”gamle” avtaler.

4.4 Det rettslige handlingsrommet for organisering i offentlig regi

4.4.1 Innledning

Selv om regelverket om offentlige anskaffelser i utgangspunktet ikke skal få innflytelse på hvordan det offentlige skal organisere sin virksomhet, gir det likevel visse begrensninger i adgangen til å organisere tjenesteproduksjon i offentlig regi. I kapittel 4.4.2 redegjøres det derfor for gjeldende rett, herunder for mulighetene for tjenesteproduksjon i egenregi og andre former for offentlig samarbeid.

I kapittel 4.4.3 vurderes det konkret om helseforetakene har mulighet til (eventuelt i fellesskap) å opprette en egen pensjonskasse for sine ansatte, uten at dette omfattes av anskaffelsesregelverket. Arbeidsgruppen konkluderer her med at dette under visse betingelser vil være mulig.

Endelig drøftes det i kapittel 4.4.4 om det er adgang til å la SPK være pensjonsleverandør for helseforetakene uten at anskaffelsesregelverket får anvendelse. Arbeidsgruppen konkluderer her med at dette trolig vil være mulig.

4.4.2 Gjeldende rett for offentlig-offentlig samarbeid

4.4.2.1 Egentlig egenregi

Det er det offentlige organet selv som avgjør om en ytelse bør utføres av eget personale (egentlig «egenregi») eller om det bør benyttes en ekstern leverandør. Det vil ikke foreligge et gjensidig bebyrdende rettsforhold, og dermed heller ikke en *kontrakt* i anskaffelsesrettslig forstand, dersom en offentlig virksomhet benytter egne ressurser og egne avdelinger/eget personale til å yte tjenester. Tjenester leveres da i egentlig egenregi (innen samme rettssubjekt), og omfattes følgelig ikke av anskaffelsesregelverket. Et eksempel på slik egentlig egenregi er der en kommunes samferdselsetat med eget personale sørger for renhold av gater og fortau.

4.4.2.2 Utvidet egenregi

Det klare utgangspunkt er at det foreligger en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand, der det inngås en avtale mellom to separate, selvstendige rettssubjekter. EU-domstolen har imidlertid i sin praksis akseptert at det kan være en slik tilknytning mellom to rettssubjekter at anskaffelsesregelverket likevel ikke skal få anvendelse (såkalt utvidet egenregi eller vertikalt offentlig samarbeid). Dette gir oppdragsgiveren rom for å velge en hensiktsmessig organisering av virksomheten.

EU-domstolen har således i Teckal-avgjørelsen fra 1999 (C-107/98)⁸⁸ utviklet en lære om utvidet egenregi, der det oppstilles to vilkår som må være oppfylt for at egenregi skal være mulig (Teckal-kriteriene). Disse vilkårene er:

⁸⁸ Avsagt i avdeling med 5 dommere.

1. Oppdragsgiver må utøve kontroll over oppdragstaker som svarer til den kontroll som oppdragsgiver utøver over sin egen interne virksomhet (kontrollkriteriet).
2. Den vesentlige delen av aktiviteten til oppdragstaker må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiveren, og kun en marginal del kan være rettet mot andre (aktivitetskriteriet).

Domstolen har slått fast at vilkårene skal tolkes strengt, og bevisbyrden for at egenregivilkårene er oppfylt ligger på den som gjør gjeldende at det foreligger egenregi.⁸⁹ Teckal-kriteriene har i flere etterfølgende avgjørelser blitt presisert og videreutviklet. Det er imidlertid flere uavklarte spørsmål, som det redegjøres nærmere for i de følgende avsnitt.

Nærmere om kontrollkriteriet

Oppdragsgiveren må utøve en kontroll over organet som svarer til den kontroll oppdragsgiveren utøver over egen virksomhet.

Ved bedømmelsen av om oppdragsgiver utøver en slik kontroll, skal en se på alle relevante lovbestemmelser, vedtekter mv. og andre faktiske omstendigheter. Det faktum at en eier har 100 % av aksjene, er bare en indikator på at kontrollvilkåret er oppfylt. Oppdragsgiver må kunne påvirke organets beslutninger. Innflytelsen fra oppdragsgiver må være bestemmende både for organets strategi og for viktige beslutninger.⁹⁰ I den forbindelse er det relevant å se på blant annet oppdragsgivers mulighet til å øve innflytelse gjennom:

- Deltakelse i styret, representantskap eller andre lignende organer
- Fastsettelse av formål
- Kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv og annen daglig ledelse
- Strategiske valg av betydning for organets planer og muligheter.

Kontrollkriteriet etter anskaffelsesreglene er ikke det samme som i selskapsretten, hvor det i alminnelighet foreligger kontroll dersom en eier har majoriteten av aksjene. En kontroll som i det vesentlige er begrenset til den råderett selskapsretten gir flertallet av eierne i selskapet vil således ikke være tilstrekkelig til å ha kontroll etter anskaffelsesregelverket, da dette gir en begrenset mulighet til å få innflytelse over selskapenes beslutninger.⁹¹

Kontrollen skal være effektiv, men det er ikke absolutt nødvendig at den er individuell. Domstolen har i flere tilfeller slått fast at kontroll kan utøves av flere oppdragsgivere i fellesskap. Sak C-295/05 (*Tragsa/Asemfo*)⁹² gjaldt det spanske selskapet Tragsa, som for 99 % av selskapets kapital var eid av den spanske stat, mens et holdingselskap, et garantifond og fire (av 17) selvstyrende regioner til sammen eide mindre enn 1 %. Kontrollkriteriet ble allikevel ansett oppfylt for de leveranser Tragsa hadde til de fire

⁸⁹ C-340/04 Carbotermo

⁹⁰ C-458/03 Parking Brixen premiss 65 og C-340/04 Carbotermo premiss 36-37

⁹¹ C-458/03 Parking Brixen premissene 67-70 og C-340/04 Carbotermo premiss 38

⁹² Avsagt i avdeling med 5 dommere.

regionene. Ettersom Tragsa var forpliktet til å utføre de oppgavene som ble pålagt de av regionene og ikke selv kunne fastsette takstene, kunne Tragsa ikke anses som tredjemann i forhold til disse regionene.⁹³ I sak C-324/07 (*Coditel*)⁹⁴ konkluderte domstolen med at kravet om kontroll, i de tilfeller hvor flere offentlige oppdragsgivere eier et selskap i fellesskap, kan tilfredsstilles ved at kontrollen utføres av eierne i fellesskap. Det ses således på de offentlige eiernes samlede kontroll over selskapets beslutninger, og det forhold at avgjørelser treffes ved flertallsbeslutninger er ikke av betydning.^{95 96}

Domstolen har i flere avgjørelser uttalt at privat deleierskap alltid stenger for egenregi, også selv om et dette bare utgjør en minoritetsandel.⁹⁷ Selve *muligheten* for private deltakelse utelukker imidlertid ikke kontroll; det *må* faktisk foreligge privat deltagelse for at kontrollvilkåret ikke kan anses oppfylt, jf. C-371/05 (*Mantua*)^{98,99} Vurderingen av om det foreligger privat deltagelse må således som hovedregel gjøres på tidspunktet for kontraktsinngåelse, av hensyn til forutberegnelighet i forhold til lovverket. Likevel kan etterfølgende forhold også etter en konkret vurdering bli relevant, eksempelvis der det i kontrakten legges opp til private aksjonærer skal få adgang til å kjøpe aksjer under kontraktens løpetid.¹⁰⁰

Arbeidsgruppen er ikke kjent med at det foreligger rettspraksis, verken fra norske domstoler eller EU-domstolen som tar klart stilling til hvorvidt den nødvendige kontrollen kan foreligge i forholdet mellom en offentlig myndighet og en selvstendig juridisk enhet der myndigheten ikke har noen eierandel. EU-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at eierskap inngår som en viktig parameter ved vurderingen¹⁰¹, men har ikke uttalt at eierskap er en forutsetning for oppfyllelse av kontrollkriteriet.

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet har imidlertid uttalt seg om dette spørsmålet i en fortolkningsuttalelse. Her fant departementet at kontrollvilkåret kan anses oppfylt, også for innkjøp av tjenester som Oljedirektoratet gjør fra stiftelsen Petrad.¹⁰² En stiftelse er et selveiende rettssubjekt, og oppdragsgiver har derfor ingen eierandeler. Departementet la i denne saken til grunn at det ikke er utelukket at kontrollvilkåret kan

⁹³ Se premiss 57-61. Avgjørelsen er nærmere omtalt i kapittel 4.4.2.3.

⁹⁴ Avsagt i avdeling med 5 dommere.

⁹⁵ Se premiss 43-54. Se også C-573/07 (*SEA*).

⁹⁶ Av FADs veileder til regelverket om offentlige anskaffelser fremgår det, med henvisning til C-107/98 (*Teckal*) og C-231/03 (*Coname*), at kontroll ikke er mulig der kontrollen er for spredt, og at det i teorien har blitt antydnet at kontroll eksempelvis er utelukket ved et meget betydelig antall eiere. Dette må imidlertid modifieres med de nye avgjørelsene i *Tragsa/Asemfo* og *Coditel*, der fastslår at kontroll kan utøves i fellesskap.

⁹⁷ Se for eksempel C-26/03 *Stadt Halle*.

⁹⁸ Avsagt i avdeling med 5 dommere.

⁹⁹ Domstolen har tidligere i sak C-231/03 *Coname* uttalt at kontroll er utelukket også der et selskap ikke er privatisert, når bare det prinsipielt er åpnet for privat kapital. Dette synes nå modifisert med *Mantua*.

¹⁰⁰ Se også sak C-573/07 (*SEA*) og C-59/04 (*Mödling*). I *SEA* la domstolen vekt på om det var konkrete tegn på "snarlig åpning for privat kapital". I *Mödling* gjorde særlige omstendigheter at også de etterfølgende omstendigheter måtte tas i betraktning: Salg av aksjer til en privat part skjedde umiddelbart etter tildeling av kontrakt til et offentlig selskap. Kontrakten ble således tildelt ved hjelp av en kunstig konstruksjon.

¹⁰¹ Se for eksempel C-324/07 (*Coditel*).

¹⁰² Fortolkningsuttalelse av 9. september 2010:

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_OD_PETRAD.pdf

være oppfylt, dersom det skulle finnes andre forhold enn eierskap som fører til at oppdragsgiver har en tilsvarende kontroll med leverandørselskapet som over egen virksomhet. Det må vurderes konkret basert på den faktiske tilknytningen mellom oppdragsgiver og den aktuelle stiftelsen om kontrollkriteriet er oppfylt, på lik linje med vurderingen knyttet til andre rettssubjekter.

Nærmere om aktivitetsvilkåret

Aktivitetskriteriet innebærer at den vesentligste delen av aktiviteten til organet skal være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver. Ved bedømmelsen av om dette vilkåret er oppfylt skal det ses hen til alle oppdragsgivere som organet leverer ytelser til.¹⁰³

Problemstillingene knyttet til dette kriteriet gjelder forståelse av begrepet *aktiviteten* og hvordan man skal tolke *hoveddelen*.

EU-domstolen har uttalt at aktivitetskriteriet især har til formål å unngå at konkurransen vris; det skal sikre at anskaffelsesreglene får anvendelse når oppdragstaker er aktiv på markedet og således kan konkurrere med andre virksomheter.¹⁰⁴ Oppdragstaker og andre leverandører må ha like konkurransevilkår. Dersom et selskap mottar en del av sine oppdrag fra sin eier uten konkurranse, oppstår faren for at selskapet får for godt betalt og vil ha en konkurransefordel når det opptrer i det kommersielle markedet. Derfor vil egenregi i forhold til et selskap som selger i et konkurranseutsatt marked, i utgangspunktet være utelukket. En virksomhet berøves nemlig ikke nødvendigvis sin handlefrihet, hvis det stadig kan utøve en vesentlig del av sin økonomiske aktivitet med/for andre aktører.¹⁰⁵

Forsyningsdirektivet¹⁰⁶ artikkel 23 inneholder et særlig unntak for tildeling av kontrakter til konsernforbundne selskaper (tilknyttede foretak og fellesforetak), jf. forsyningsforskriften §§ 1-7. Denne bestemmelsen innebærer at anskaffelsesregelverket ikke får anvendelse på slike tildelinger, når visse vilkår er oppfylt. Blant annet må 80 prosent av den gjennomsnittlige omsetning som oppdragstaker har oppnådd skrive seg til oppdragsgiver. EU-domstolen har imidlertid slått fast at denne 80/20-prosentsregelen ikke får direkte anvendelse for oppdragsgivere omfattet av anskaffelsesdirektivet¹⁰⁷ (klassisk offentlig sektor).¹⁰⁸ Aktiviteten skal derimot hovedsakelig være bestemt for oppdragsgiver, og enhver annen aktivitet skal kun ha marginal karakter. I den forbindelse skal alle relevante omstendigheter tas i betraktning – både kvalitative og kvantitative.¹⁰⁹ Det som er relevant er den aktivitet som selskapet utfører som ledd i oppdragsgivers tildeling – uansett om det er oppdragsgiver selv eller brukerne av ytelsene som betaler for ytelsene.¹¹⁰

¹⁰³ C-107/98 Teckal premiss 50

¹⁰⁴ Sak C-340/04 (*Carbotermo*), premiss 59-60.

¹⁰⁵ *Carbotermo* premiss 61

¹⁰⁶ Gjelder oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og post.

¹⁰⁷ Dvs. statlige, kommunal og fylkeskommunale oppdragsgivere samt offentligrettslige organer, herunder helseforetakene.

¹⁰⁸ *Carbotermo* premiss 51-57

¹⁰⁹ *Carbotermo* premiss 64

¹¹⁰ *Carbotermo* premiss 65-77

I Tragsa/Asemfo-saken ble aktivitetsvilkåret ansett oppfylt der 90 % av selskapets oppdrag ble levert til de myndigheter som kontrollerte selskapet.

4.4.2.3 Unntak for leveranser som ikke er basert på "kontraktsrettslig forhold"?

EU-domstolen har i den ovenfor omtalte Tragsa/Asemfo-avgjørelsen fra 2007 akseptert at anskaffelsesdirektivene ikke gjelder i de tilfellene hvor relasjonen mellom oppdragsgiver og oppdragstaker ikke har kontraktsrettslig karakter.¹¹¹

Saken gjaldt det spanske selskapet Tragsa som hadde til oppgave å utføre vesentlige tjenester innen for utvikling av landdistriktene og miljøbeskyttelse. Av det kongelige dekret som etablerte Tragsa fremgikk det at Tragsas forbindelser til myndighetene var av instrumental og ikke kontraktsmessig karakter, og at selskapet derfor i alle henseender hadde en intern karakter kjennetegnet ved avhengighet og underordning. Offentlige myndigheter var *berettigede* til å pålegge Tragsa oppgaver som falt innenfor dets område, og Tragsa var *forpliktet* til å utføre disse. Prisen ble fastsatt ved å anvende takster som fastsettes av den kompetente myndigheten (et tverrministerielt utvalg), beregnet på en slik måte at taksten speilet de reelle kostnader. Tragsa kunne altså ikke selv fastsette sine priser.¹¹²

EU-domstolen fant i saken at betingelsene for å anvende anskaffelsesdirektivene ikke var til stede: Dersom Tragsa ikke kan nekte å yte tjenester når myndighetene ber om det og ikke selv kan fastsette prisene på tjenestene, foreligger det ikke et kontraktsforhold mellom Tragsa og de offentlige myndighetene.¹¹³ Domstolen la i den forbindelsen nettopp særlig vekt på at Tragsa var "*et instrument og en teknisk tjenesteenhet*" for spanske myndigheter og på alle måter en intern del av den offentlige virksomheten, avhengig av denne og underordnet myndighetenes instruksjonsrett.¹¹⁴

Det kan således synes som om EU-domstolen oppstiller en generell regel som et alternativ til egenregilæren. Anvendelsen av anskaffelsesdirektivene forutsetter at det foreligger en kontrakt mellom to adskilte rettssubjekter som er uavhengige av hverandre når det gjelder myndighet til å ta beslutninger. En kontrakt forutsetter helt grunnleggende at partene har myndighet til å beslutte om de ønsker å innlede eller avslutte et kontraktsrettslig forhold. Partenes mulighet til å forhandle om tjenestenes innhold, vilkår og priser vil være en indikasjon på at det foreligger en kontrakt.

Etter å ha fastslått at det ikke foreligger en kontrakt i anskaffelsesdirektivets forstand går domstolene likevel videre og foretar en vurdering av om kontroll- og aktivitetskriteriene er oppfylt:

¹¹¹ C-295/05 (Tragsa/Asemfo).

¹¹² Ifølge generaladvokatens premiss 24 var Tragsa fullstendig underlagt instruksene og anvisningene fra de offentlige myndighetene, og skulle påta seg de kontrakter som tildeles det og utføre disse etter de meddelte spesifikasjoner og innen for de anførte frister til takster fastsatt ved regulativ.

¹¹³ Premiss 54.

¹¹⁴ Premiss 51.

”Det bemærkes under alle omstændigheder, at offentligt udbud i overensstemmelse med direktiverne om indgåelse af offentlige aftaler ifølge Domstolens faste praksis ikke er obligatorisk, selv om medkontrahenten er en i forhold til den ordregivende myndighed juridisk særskilt enhed, når to betingelser er opfyldt. Dels skal den offentlige myndighed, som er en ordregivende myndighed, udøve en kontrol med den pågældende særskilte enhed, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene, dels skal denne enhed udføre hovedparten af sin virksomhed med den eller de offentlige myndigheder, som den ejes af [.]”¹¹⁵

Domstolene konkluderer med at kontroll- og aktivitetskriteriene uansett er oppfylt i den konkrete saken.¹¹⁶ Det er imidlertid uklart hvorfor domstolen har behov for å foreta en vurdering av om disse kriteriene er oppfylt, når det ikke foreligger en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand.

En mulig forklaring kan finnes i generaladvokatens forslag til avgjørelse, der det foretas en todelt drøftelse. Generaladvokaten konkluderer først, på samme måte som domstolen, at det på grunn av Tragsas manglende valgfrihet ikke foreligger en kontrakt i direktivets forstand.¹¹⁷ Generaladvokaten påpeker imidlertid at selv om ikke direktivene gjelder, får likevel traktatens alminnelige bestemmelser, særlig om de grunnleggende frihetsrettigheter og konkurransereglene, anvendelse.¹¹⁸ Generaladvokaten foretar dernest en drøftelse av om vilkårene for utvidet egenregi, kontroll- og aktivitetskriteriene, er oppfylt med sikte på å avklare om det kan gjøres unntak fra traktatreglene.

En slik tolkning vil i utgangspunktet innebære at man uansett om det foreligger et kontraktsrettslig forhold, må vurdere om kontroll- og aktivitetskriteriene er oppfylt (krav om todelt drøftelse). Er de ikke det, vil en kontrakt i utgangspunktet ikke kunne tildeles direkte til den ”tekniske tjenesteenhed”. Kontrakt må i stedet tildeles i tråd med de alminnelige traktatprinsippene, hvilket innebærer krav om konkurranse og likebehandling. Da blir spørsmålet hva oppdragsgiver egentlig ”oppnår” ved at kontrakten ikke omfattes av anskaffelsesdirektivet. Det vil da ikke være krav om å gjennomføre en eventuell konkurranse etter de detaljerte prosedyrereglene i direktivet, men når konkurranse uansett må gjennomføres, er det ikke gitt at oppdragsgiver overhodet ser det hensiktsmessig å etablere en slik ny enhet.

Arbeidsgruppen er imidlertid ikke enig i generaladvokatens forståelse av at det uansett er krav om en todelt drøftelse, og domstolen tiltrer da heller ikke uttrykkelig generaladvokatens tolkning. Arbeidsgruppen mener således at domstolens vurdering av kontroll- og aktivitetskriteriene må anses som et ”obiter dictum”. Domstolen kunne ha stoppet etter konklusjonen om at det ikke forelå et kontraktsrettslig forhold. Domstolen har likevel funnet det relevant å uttale seg om dette fordi saken konkret reiser prinsipielle spørsmål. Dette skal kanskje sees i lyset av at generaladvokaten når til den konklusjon at verken kontroll- eller aktivitetskriteriene er oppfylt i den konkrete sak. Dette er ikke

¹¹⁵ Premiss 55.

¹¹⁶ Premiss 64.

¹¹⁷ Premiss 86.

¹¹⁸ Premiss 87.

domstolen enig i, og derfor bidrar dette obiter dictum til en viktig rettslig avklaring: Kontroll er også mulig for de selvstyrende regioner, selv om de eier mindre enn 0,25 % av selskapets kapital, og aktivitetene må ses i forhold til alle disse eiere, jf. nærmere ovenfor under kapittel 4.4.2.2. Videre er det interessant å merke seg at domstolen ved vurderingen av om kriteriene er oppfylt, viser til spørsmålet om ”anskaffelsesdirektivene” får anvendelse, ikke om ”fellesskapsreglene” eller ”traktatens alminnelige bestemmelser” får anvendelse. Dette taler også for at domstolene ikke her foretar en vurdering av om traktatens regler og prinsipper i stedet skal få anvendelse.¹¹⁹ En slik tolkning innebærer at det uansett vil kunne være mulig å tildele en kontrakt direkte til en slik ”intern teknisk tjenesteenhet”, selv om de litt firkantede kontroll- og aktivitetskriterier ikke er oppfylt.

Den etterfølgende avgjørelsen fra EU-domstolen i C-220/06 (*Correos*)¹²⁰ kan også tas til inntekt for synspunktet om at det ikke kan stilles krav om en todelt drøftelse. Saken gjaldt det spanske offentlige post- og telegraf-selskap Correos som ifølge lov var forpliktet til å levere befordringspliktige posttjenester – for slike tjenester hadde Correos en enerett. Correos kunne også inngå avtaler om liberaliserte posttjenester, dvs. tjenester som ikke omfattes av eneretten. Spørsmålet var da om en samarbeidsavtale mellom et spansk ministerium og Correos om levering av slike liberaliserte tjenester var omfattet av anskaffelsesregelverket.¹²¹

Den spanske regjering viste til, med henvisning til *Tragsa*, at det ikke forelå et kontraktrettslig forhold, jf. nærmere om dette nedenfor. Regjeringen argumenterte videre med at kontroll- og aktivitetskriteriene under alle omstendigheter var oppfylt.

Domstolen slår imidlertid fast at aktivitetskriteriet ikke er oppfylt, idet Correos ikke utførte hovedparten av sin virksomhet for offentlige myndigheter, men for et ubestemt antall kunder som mottakere av posttjenester.¹²² Allikevel overlates det til de nasjonale domstoler konkret å vurdere om det faktisk foreligger et ikke-kontraktrettslig forhold. Dette fremheves også for eventuelle kontrakter under EØS-terskelverdiene, der det uansett bare er traktatprinsippene (og ikke anskaffelsesdirektivet) som gjelder. Dersom en todelt drøftelse uansett var påkrevd, gir det ikke mening å foreta en vurdering av om det foreligger et slikt ikke-kontraktrettslig forhold der man allerede har konkludert at aktivitetskriteriet ikke er oppfylt.

Det er således arbeidsgruppen vurdering at det ikke kan stilles krav om en todelt drøftelse, men at det i relevante tilfeller først må undersøkes om det foreligger et kontraktrettslig forhold. Er dette ikke tilfellet vil anskaffelsesreglene i utgangspunktet ikke få anvendelse, dvs. verken direktivet eller traktatens prinsipper. Foreligger det derimot et kontraktrettslig forhold, er det relevant å vurdere om Teckal-kriteriene er oppfylt. Det må imidlertid

¹¹⁹ Premiss 55 og 65

¹²⁰ Avsagt i avdeling med 5 dommere.

¹²¹ Domstolen slo i saken fast at fellesskapsbestemmelsen om inngåelse av offentlige avtaler ikke får anvendelse der det foreligger en enerett, dvs. for ikke-liberaliserte tjenester, jf. premiss 39-41.

¹²² Premiss 59.

understrekes at rettstilstanden på dette punktet er uklar, og at arbeidsgruppes konklusjon på dette punktet således er beheftet med en viss usikkerhet.

Uansett kan *Tragsa* imidlertid ikke leses slik at det nå er fri adgang til å levere tjenester fra et offentlig organ til et annet når bare det konstrueres som et ikke-kontraktsrettslig forhold. Det må under alle omstendigheter avgjøres etter en konkret vurdering om det faktisk foreligger et slikt ”instrument og en teknisk tjenesteenhet”. At betydningen av *Tragsa* har visse begrensninger kommer også tydelig frem i *Correos*.

Som nevnt ovenfor gjorde den spanske regjering gjeldende at samarbeidsavtalen ikke var av kontraktsmessig art, men utgjorde et instrument. Dette fordi *Correos* ikke hadde noen mulighet til å avvise å inngå slike avtaler, men var forpliktet til det.¹²³ Her viste domstolen til *Tragsa*, men pekte på noen vesentlige forskjeller:

” 51. Det er korrekt, at Domstolen i præmis 54 i sin dom af 19. april 2007, Asemfo (sag C-295/05, Sml. I, s. 2999), har fastslået, at betingelsen for at anvende direktiverne på området for indgåelse af offentlige aftaler vedrørende tilstedeværelsen af en kontrakt ikke er opfyldt, eftersom det i den sag, der gav anledning til nævnte dom, omhandlede statslige selskab ikke havde nogen frihed med hensyn til, hvad der skulle ske med hverken en bestilling fra de pågældende kompetente myndigheder eller den takst, som skulle anvendes for dets ydelser, hvilket forhold det påhvilede den forelæggende ret at undersøge.

52 . Imidlertid skal et sådant ræsonnement forstås i dets specifikke sammenhæng. Det følger således efter den konstatering, at det nævnte statslige selskab i henhold til spansk lovgivning er et instrument og en teknisk tjeneste for den almindelige statslige forvaltning og for administrationen i hver af de berørte selvstyrende regioner, idet Domstolen allerede i en anden sammenhæng end den, der gav anledning til den ovennævnte Asemfo-dom, har fastslået, at det omhandlede selskab som et instrument og en teknisk tjeneste for den spanske forvaltning har til opgave, på eksklusivt grundlag, at udføre de arbejder, som overdrages det af den almindelige statslige forvaltning, de selvstyrende regioner og de offentlige organer, som henhører under disse (Asemfo-dommen, præmis 49 og 53).

53. Correos udfører som befordringspliktig posttjenestevirksomhed en helt anderledes opgave, der bl.a. indebærer, at dens kundekreds omfatter enhver person, der ønsker at betjene sig af befordringspligtige posttjenester. Den blotte omstændighed, at dette selskab ikke har nogen handlefrihed, hverken i forhold til, om det skal udføre en opgave, som stilles af Ministerio, eller i forhold til, hvilken sats der finder anvendelse på de leverede ydelser, kan ikke i sig selv betyde, at de to organer ikke har indgået nogen aftale.

54. En sådan situation adskiller sig ikke nødvendigvis fra den situation, der forekommer, når en privat kunde ønsker at betjene sig af de af Correos' tjenesteydelser, der er omfattet af befordringspligten, eftersom selve den opgave, der udføres af en leverandør af en sådan

¹²³ Premiss 49.

tjenesteydelse, innebærer, at leverandøren i et sådant tilfælde er forpligtet til at levere den ønskede tjenesteydelse og om nødvendigt må gøre det til en fast sats eller under alle omstændigheder til en pris, der er gennemskuelig og ikke er udtryk for forskelsbehandling. Der er ingen tvivl om, at et sådant forhold må kvalificeres som aftalemæssigt. Kun i det tilfælde, hvor aftalen mellem Correos og Ministerio faktisk udgør en ensidig administrativ retsakt, der alene opstiller betingelser for Correos, og dermed er en retsakt, der adskiller sig mærkbart fra de kommercielle betingelser, der normalt tilbydes af dette selskab, hvilket det påhviler den forelæggende ret at kontrollere, vil det skulle lægges til grund, at der ikke foreligger en aftale, og at direktiv 92/50 følgelig ikke finder anvendelse.”

Domstolen strammet således inn på vurderingstemaet for hva som faller utenfor kontraktsbegrepet. I tillegg til å kreve at tjenesteleverandøren må være forpliktet til å levere de tjenestene som myndighetene etterspør og ikke har anledning til selv å fastsette prisene på tjenestene, oppstilte domstolen således nok en begrensning. Ved en vurdering av om det foreligger et ikke-kontraktsrettslig forhold må en således se på om avtalen utgjør en ”ensidig administrativ beslutning” og om den ”avviker vesentlig fra en normal kommersiell kontrakt”. Herunder vil det være relevant å se på om det er adgang til å forhandle innholdet av avtalene og takstene, og om det er mulig å frigjøre seg fra avtaleforpliktelsene.¹²⁴

4.4.2.4 Horisontalt offentlig samarbeid

EU-domstolen har også akseptert at det kan eksistere andre former for offentlig-offentlig samarbeid enn organisering i såkalt egenregi, der anskaffelsesregelverket ikke får anvendelse. Dette var tilfellet i sak C-480/06 (*Hamburg*).¹²⁵ Saken gjaldt en samarbeidsavtale mellom fire tyske administrative distrikter og Stadtreinigung Hamburg (SH – et selskap eid av Hamburg by) om søppelhåndtering. Dette skjedde uten forutgående anbuds konkurranse. Kapasiteten på søppelhåndteringsanlegget ble fordelt mellom SH og de fire distriktene, og SH hadde inngått kontrakt med et delvis privat søppelforbrenningsanlegg om mottak av dette avfallet. Det var imidlertid bare samarbeidsavtalene mellom distriktene og SH som var til vurdering, ikke kontrakten med søppelforbrenningsanlegget. I saken stod det klart at ingen av distriktene hadde eierandel i eller kontroll over ledelsen av SH. Ettersom kontrollkriteriet ikke var oppfylt, kunne et unntak fra kravet om konkurranseutsetting ikke basere seg på Teckal-kriteriene. Samarbeidet var utelukkende basert på en kontrakt (horisontalt offentlig samarbeid).¹²⁶ EU-domstolen kom likevel til at anskaffelsesregelverket ikke kom til anvendelse.

Domstolen oppstilte ikke i saken klare kriterier for når en slik kontrakt som ikke oppfyller Teckal-kriteriene likevel er unntatt fra anskaffelsesregelverket. Domstolen synes imidlertid å ha lagt vekt på følgende særtrekk ved de omhandlede kontraktene: For det første la domstolen vekt på *kontraktens karakter*. Det var snakk om et gjensidig forpliktende interkommunalt samarbeid som utelukkende hadde til formål å sikre felles

¹²⁴ Premiss 55 og 85.

¹²⁵ Dommen ble avsagt i storkammer med ni dommere og har således stor rettskildemessig verdi.

¹²⁶ Dvs. at det ikke etableres et nytt organ som kontrolleres i fellesskap.

gjennomførelse av lovpålagte oppgaver knyttet til avfallshåndtering.¹²⁷ Samarbeid var nødvendig for å oppføre og drive et forbrenningsanlegg under de mest gunstige forutsetninger (ved å sikre en viss kapasitet). Partene forpliktet seg blant annet også til å stille ledig kapasitet til rådighet og bistå hverandre, samtidig som SH ikke var ansvarlig for driften av forbrenningsanlegget eller stilte noen garanti i denne henseende. Det dreide seg med andre ord om et *offentlig samarbeidsprosjekt*, ikke et rent tjenestekjøp.

For det andre *mottok ikke SH vederlag* for sine tjenester, kun ren kostnadsdekning.¹²⁸

For det tredje var *ingen private parter* involvert i kontraktene, samtidig som samarbeidet ikke foregrep eller innvirket på offentlige avtaler som var nødvendige for oppførelse og drift av søppelforbrenningsanlegget.¹²⁹ Likebehandlingsprinsippet var således ivaretatt ved at ingen private parter fikk noen konkurransefordel.

Endelig var det ingen ting som tydet på at de offentlige myndighetene i denne saken hadde benyttet den aktuelle modellen med sikte på *omgåelse av anskaffelsesreglene*.¹³⁰

I dommen var det ikke bestridt at egenregiinntaket ville ha fått anvendelse dersom distriktene og Hamburg by i stedet hadde opprettet et felleskontrollert selskap. Domstolen uttalte i den forbindelse at fellesskapsretten ikke oppstiller noen forpliktelser til å anvende en særskilt rettslig form når offentlige myndigheter i fellesskap utfører sine "public service" oppgaver.¹³¹

Rekkevidden av denne dommen er usikker, men det må stå klart at avgjørelsen ikke kan tolkes slik at det nå er fritt frem for forskjellige offentlige samarbeidskonstruksjoner. Kommisjonen har i grønnboken om modernisering av EU's politikk for offentlige innkjøp¹³² uttalt følgende om slike horisontale samarbeider:

"Denne form for samarbejde er ikke omfattet af EU's regler om offentlige indkøb, hvor rent offentlige enheder samarbejder om en offentlig opgave ved hjælp af egne ressourcer, med et fælles mål og med inddragelse af fælles rettigheder og forpligtelser, der rækker videre end blot "udførelse af en opgave mod vederlag", i forfølgelsen af mål af almen interesse."

Det må således være et helt sentralt moment at det faktisk foreligger et *reelt samarbeid* og ikke bare kjøp av en tjeneste, fra en oppdragsgiver til en annen. Videre må det være avgjørende at private parter ikke oppnår noen konkurransefordel ved samarbeidet.

4.4.2.5 Grunnleggende prinsipper for organisering i offentlig regi

EU-domstolens tilnærming til organisering av tjenesteproduksjon i offentlig regi er naturlig nok meget kasuistisk. Domstolen må løse enkeltsaker og trekker på bakgrunn av disse opp

¹²⁷ Premiss 37 ff.

¹²⁸ Premiss 43

¹²⁹ Premiss 44

¹³⁰ Premiss 48

¹³¹ Premiss 47

¹³² KOM(2011) 15 endelig.

noen generelle vurderingstema/kriterier tilpasset faktum i disse sakene. Læren om egenregi, horisontalt samarbeid mv. har slik blitt bygget ut og presisert skrittvis over lengre tid. Tragsa-dommens vekt på kontraktsdefinisjonen og Hamburg-dommens uttalelser om horisontalt samarbeid er foreløpig de siste utslagene av denne kontinuerlige prosessen.

Det er imidlertid flere samarbeidsformer som ennå ikke er vurdert av domstolen. Domstolen har for eksempel ikke til nå tatt stilling til om det er mulig med en organisering i offentlig regi der tildeling av kontrakter skjer fra den kontrollerte enhet til den kontrollerende (eksempelvis levering fra eier til underordnet selskap), eller der tildeling av kontrakter skjer mellom interne søsterorganisasjon (dvs. mellom enheter som kontrolleres av samme moderorganisasjon).¹³³ Teckal-kriteriene i streng forstand gir ikke nødvendigvis mening i disse tilfellene, men det betyr ikke uten videre at anskaffelsesregelverket får anvendelse. Arbeidsgruppen kan derfor ikke utelukke at det også er andre former for offentlig samarbeid hvor anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse.

Arbeidsgruppen ser de seneste års rettspraksis som uttrykk for en utvikling i retning av en noe mer pragmatisk tilnærming til spørsmålet om offentlig samarbeid. Den "tradisjonelle" egenregi læren med bruk av Teckal-kriteriene vil være ett av flere grunnlag for å organisere offentlig virksomhet uten bruk av konkurranse. Andre mulige grunnlag er samarbeid som ikke baseres på kontrakt, men på ensidige administrative beslutninger (Tragsa/Asemfo og Correos) og visse former for "horisontale" samarbeidsprosjekter (Hamburg).

Selv om dette i prinsippet er helt forskjellige grunnlag for ikke å anvende anskaffelsesregelverket, er det likevel visse sentrale momenter som går igjen. Felles for disse avgjørelsene er således spørsmålet om hvordan det offentlige samarbeidet påvirker markedet. Det vil i den forbindelse være relevant å se på i hvilket omfang oppdragstager er aktiv i markedet, og om oppdragstager får en konkurransefordel ved å få tildelt en kontrakt direkte. Videre må utgangspunktet være at anskaffelsesregelverket skal respekteres, der en privat part får en konkurransefordel. Dette betyr at direkte tildeling til et selskap som har private eiere vil være utelukket.

Karakteren av samarbeidet vil også være et avgjørende moment. Foreligger det et reelt samarbeid, eller har konstruksjonen mer karakter av tjenestekjøp (dvs. utførelse av tjenester mot vederlag)? Er samarbeidskonstruksjonen et uttrykk for hva som er hensiktsmessig organisering av offentlig sektor, eller synes samarbeidet å ha til hensikt å omgå anskaffelsesregelverket?

Offentlige organer som har anledning til å innrette seg slik at de domstolsutviklede kriteriene oppfylles vil på denne bakgrunn kunne inngå samarbeid som i liten grad risikerer å bli rettslig utfordret med hell. Prosessrisikoen må for eksempel antas å være relativt lav så lenge man med noe margin søker å oppfylle Teckal-kriteriene. Om anskaffelsesregelverket faktisk får anvendelse vil imidlertid alltid være en konkret vurdering basert på de relevante

¹³³ Slike eksempler omtales i Kommisjonens Grønnbok, KOM (2011) 15 endelig.

rettskildene, herunder reglens formål og hensynet til en logisk sammenhengende rettsorden.

I de tilfellene hvor hensiktsmessig offentlig samarbeid krever andre former enn de som allerede er tatt stilling til i rettspraksis, vil derfor de offentlige organene måtte vurdere den rettslige situasjonen uten de faste holdepunktene som rettspraksis tilbyr. Risikoen for at løsningene blir utfordret i rettsapparatet er større ved valg av slike modeller. Men det er imidlertid ikke ensbetydende med at samarbeidet ikke kan være i tråd med fellesskapsretten og de relevante direktivene. Arbeidsgruppen vil derfor anta at så fremt de grunnleggende prinsippene som nevnt ovenfor respekteres, er det godt mulig at domstolen vil akseptere resultatet og ytterligere presisere sin forståelse og sine kriteriesett.

4.4.3 Egen pensjonskasse som leverandør

4.4.3.1 Kort om pensjonskasser

Det følger av forsikringsvirksomhetsloven § 7-1 at en pensjonskasse er en selveiende institusjon med virksomhet som er basert på én eller flere kollektive pensjonsordninger som er etablert av foretak som deltar i pensjonskassen. Virksomheten kan også omfatte virksomhet som naturlig henger sammen med slik virksomhet (tilknyttet virksomhet), jf. for eksempel § 7-1 tredje ledd. Virksomheten i en pensjonskasse vil være knyttet til det foretaket eller den kommunen som har opprettet pensjonskassen, dvs. virksomheten vil i hovedsak være begrenset til administrasjon og forvaltning av de pensjonsordninger som foretaket har etablert. Forsikringsvirksomhetsloven åpner også for at to eller flere kommuner, og to eller flere uavhengige foretak kan inngå avtale om å ha sine pensjonsordninger i samme pensjonskasse (fellespensjonskasse), jf. forsikringsvirksomhetsloven § 7-2. I så fall vil virksomheten i pensjonskassen tilsvarende være knyttet til de foretakene eller de kommunene som har opprettet fellespensjonskassen. Det er krav til hva avtalen mellom foretakene i en fellespensjonskasse skal inneholde, jf. § 7-2. Det er krav om konsesjon for å drive en pensjonskasse, jf. § 7-3, og pensjonskassens vedtekter skal vurderes og godkjennes ved konsesjonsbehandlingen. Forsikringsvirksomhetsloven § 7-4 setter minstekrav til vedtektens innhold. Vedtektene kan ikke inneholde bestemmelser om at foretak/oppdragsgiver selv kan vedta endringer i vedtektene.¹³⁴

Forsikringsvirksomhetsloven § 7-4 annet ledd oppstiller enkelte tilleggskrav til vedtektene i fellespensjonskasser, blant annet bestemmelser om styre og representantskap.

I henhold til forsikringsvirksomhetsloven § 7-6 første ledd skal pensjonskassen ha et styre med minst tre styremedlemmer. Hvis forvaltningskapitalen er på 100 millioner kr eller mer, skal styret ha minst fem styremedlemmer. Styret skal ha minst et medlem uten tilknytning til pensjonskassen eller til foretak med pensjonsordning i pensjonskassen. Reglen er gitt ut

¹³⁴ Finanstilsynets rundskriv 3/2010. Ihht forsikringsvirksomhetsloven § 3-2 kan ikke vedtektene endres uten godkjenning av Kongen. I hht § 7-4 skal vedtektene for pensjonskasser i det minste angi blant annet regler om vedtak vedrørende endring av vedtekter og sammenslutninger.

fra hensynet til økt kompetanse i styret, og uavhengighet til foretaket. Et eksternt og uavhengig styremedlem kan bidra til en styrking av styrets evne til å vurdere forhold på en mer objektiv og langsiktig måte¹³⁵. Videre er det krav om at medlemmene i pensjonsordningen skal være representert i styret. Det er imidlertid ikke noe til hinder for at styret sammensettes slik at mer enn 50 pst. av styremedlemmene er representanter fra foretakene som har opprettet pensjonskassen.

Foretak kan ikke utpeke styreleder i pensjonskassen eller legge føringer om at vedkommende skal velges blant styremedlemmene som representerer foretaket i styret. Det vil si at det er styret selv som utpeker styreleder.¹³⁶

Det følger av forsikringsvirksomhetsloven § 7-4 annet ledd at dersom styret ikke skal være øverste organ i en fellespensjonskasse, skal vedtektene angi regler om sammensetning og valg av et representantskap for fellespensjonskassen, herunder representanter for yrkesaktive medlemmer og pensjonister. Det er ikke gitt nærmere regler om sammensetningen av representantskapet. I forarbeidene¹³⁷ påpekes at det er nødvendig at samarbeidsavtalen mellom foretakene i fellespensjonskassen inneholder stemmereglene som sikrer at alle foretakene kan påvirke hvem som blir sittende i pensjonskassens øverste organ. Sammensetningen bør sikre at man får en riktig balansering og representasjon av de ulike foretaks interesser i fellespensjonskassen. Representantskapet kan således ha representanter fra samtlige foretak samt representanter for medlemmer, her inngår yrkesaktive og pensjonister i pensjonskassen, og slik sikres de ulike foretaks interesser i fellespensjonskassen. Daglig leder skal tilsettes av styret, og denne kan ikke samtidig være medlem av styret, jf. § 7-6, og det er styret som har instruksjonsmyndighet overfor daglig leder i fellespensjonskassen. Det er for øvrig ikke gitt begrensninger med hensyn til om daglig leder kan være tilknyttet foretaket.

Hovedprinsippene for organisering av en pensjonskasse er at dens virksomhet og økonomiske forhold skal holdes rettslig adskilt fra virksomheten til foretak som har pensjonsordning i pensjonskassen, at styret skal sørge for forsvarlig organisering av virksomheten og for at det er fastsatte retningslinjer for forsvarlig kapitalforvaltning, jf. § 7-7. Kravet om uavhengighet skal sikre at pensjonskassens eiendeler og medlemmenes rettigheter er sikret.¹³⁸ For øvrig innebærer bestemmelsen om rettslig atskillelse også at de vurderinger som gjøres i pensjonskassens virksomhet skal skje ut fra hensynet til pensjonskassens og medlemmenes interesser.¹³⁹ Kravet om rettslig adskillelse fra foretaket svarer til artikkel 8 i Direktiv 2003/41/EF om virksomhet i og tilsyn med yrkesbaserte pensjonskasser (pensjonskassedirektivet) som stiller krav om at det skal foreligge et rettslig skille mellom pensjonsinnretningen og foretak som har etablert pensjonsinnretningen. Prinsippet om uavhengighet mellom pensjonskassen og foretaket, som har opprettet pensjonskassen, gjenspeiles også i direktivets artikkel 18 nr. 1 bokstav a,

¹³⁵ NOU 2004:24 avsnitt 9.4.2

¹³⁶ Forsikringsvirksomhetsloven § 7-6 tredje ledd jf. aksjeloven § 6-1 annet ledd. Finanstilsynets rundskriv 3/2010

¹³⁷ NOU 2006:12 kapittel 5.6.3.

¹³⁸ Jf. NOU 2004: 24 pkt. 9.5.2 og Ot.prp. nr. 68 (2004-2005) pkt. 4.8.4.

¹³⁹ Jf. NOU 2004: 24 pkt. 9.5.2.

hvoretter en pensjonskasses eiendeler skal investeres slik at medlemmenes interesser ivaretas på en best mulig måte. Disse prinsippene gjaldt i norsk rett, også før implementering av pensjonskassedirektivet.

4.4.3.2 Forholdet til anskaffelsesregelverket

Ettersom en pensjonskasse skal være en selveiende institusjon vil levering av tjenestepensjon alltid foregå mellom to separate, selvstendige rettssubjekter. Utgangspunktet er da at anskaffelsesregelverket får anvendelse. Spørsmålet er imidlertid om en pensjonskasse kan organiseres slik at vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt (Teckal-kriteriene), alternativt om det overhodet foreligger en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand.

Egenregi?

Ved opprettelse av en egen pensjonskasse for et eller flere helseforetak kan det vedtekstfestes at pensjonskassen kun skal yte tjenester til foretak som har opprettet kassen. *Aktivitetskriteriet* vil således i utgangspunktet kunne oppfylles ved etablering av en (felles) pensjonskasse. Spørsmålet er da om foretak vil kunne utøve den nødvendige *kontrollen* med en pensjonskasse innenfor de rammer forsikringsvirksomhetsloven fastsetter.

Med henvisning til redegjørelsen i kapittel 4.4.2.2., anser arbeidsgruppen at det faktum at pensjonskasser er selveiende, dvs. at helseforetakene ikke har noen eiendeler, ikke nødvendigvis utelukker muligheten for å utøve kontroll. Det avgjørende må være den faktiske tilknytningen mellom foretaket og pensjonskassen. Det er heller ikke nødvendig at kontrollen er individuell. Det er således i utgangspunktet mulig for flere helseforetak å etablere en felles pensjonskasse, der kontroll utøves i fellesskap.

Det vil være helseforetakene som oppretter pensjonskassen og tillegger det visse oppgaver.¹⁴⁰ Helseforetakene vil kunne ha en stor grad av kontroll blant annet gjennom fastsettelse av pensjonskassens formål, avtalen om opprettelsen av fellespensjonskassen (samarbeidsavtalen) og vedtektene.

Styret kan som beskrevet over organiseres slik at helseforetakene representeres i styret, og at slike styremedlemmer utgjør majoriteten i styret. Foretakene kan derigjennom utøve en viss kontroll. Dette gjelder for selve oppnevning av styremedlemmer, men også gjennom deltakelse i styrearbeidet – både i forhold til de beslutninger som treffes og med hensyn til instruksjon over daglig leder.¹⁴¹ Det er som nevnt heller ikke utelukket at daglig leder kan være tilknyttet foretaket/oppdragsgiveren.

¹⁴⁰ Dette var et viktig kriterium i sak C- 353/96 (*Irish Forestry*), premiss 37. Denne saken vedrørte spørsmålet om et selskap var å anse som et offentligrettslig organ, herunder om det tilknyttede kontrollvilkår var oppfylt, jf. anskaffelsesdirektivets artikkel 1 nr. 9 bokstav c (gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 annet ledd bokstav c). Selv om denne vurderingen er litt annerledes enn vurderingen i forhold til egenregivurderingen, må den likevel anses å være relevant.

¹⁴¹ Kontrollkriteriet knyttet til vurderingen av om det foreligger et offentligrettslig organ, jf. fotnote 41, er oppfylt dersom mer enn halvparten av medlemmene av administrasjons-, ledelses- eller kontrollorganet er *oppnevnt* av en offentlig myndighet mv.

Helseforetakene vil også ha en indirekte kontroll i den forstand at levering til foretakene er hele pensjonskassens eksistensgrunnlag. Dersom foretakene ikke lengre ønsker at pensjonskassen skal ivareta deres pensjonsforpliktelser, vil det være naturlig at det fattes vedtak om opphør av pensjonskassen.

Det følger imidlertid av lovgivningen at det er visse begrensninger med hensyn til styring av pensjonskassen. Det fremheves blant annet at regelverket krever at en pensjonskasses virksomhet og økonomiske forhold holdes rettslig adskilt fra foretak som har pensjonsordning i pensjonskassen.

Forsikringsvirksomhetsloven § 7-10 fastsetter at regler for pensjonsberegning gjelder for pensjonskasser som for livselskaper. Foretaket må betale for den kollektive tjenstepensjonsordningen i pensjonskassen. Når det gjelder prisfastsettelse, melder pensjonskassen inn beregningsgrunnlaget til Finanstilsynet, og følger tariffgrunnlaget til Finanstilsynet basert på K2005 (netto dødelighetsgrunnlag mv. utarbeidet av FNH i 2005). Hvor mye kassen tar seg betalt for administrasjon, kapitalforvaltning mv. vil kunne variere, over den nedre grense som settes ut fra krav til soliditet mv. Pensjonskassene følger imidlertid samme regler som livsforsikringsselskapene, herunder KLP, og vil over tid måtte kreve innbetalinger som gjør at pensjonskassen tilfredsstiller Finanstilsynets krav til soliditet mv. Premien bestemmes i hovedsak av beregningstekniske parametere, og ikke skjønnsmessig prisfastsetting. Helseforetakene vil på den måten ikke kunne diktere premiesatser, men foretakets styremedlemmer vil kunne påvirke størrelsen på fortjenesteelementet. Foretakene vil således likevel kunne ha en viss kontroll med prisfastsettelsen knyttet til fortjenesteelementet, i kraft av å være representert i styret.

Arbeidsgruppen finner således ikke at de begrensninger som følger av forsikringsvirksomhetsloven med hensyn til foretakets styring av pensjonskassen nødvendigvis utelukker at kontrollkriteriet kan være oppfylt. Om det faktisk foreligger en tilstrekkelig kontroll i anskaffelsesregelverkets forstand må vurderes konkret.

Kontraksrettslig basert?

En pensjonskasse etableres ved de etablerende foretakenes ensidige administrative beslutning, med det formål å ivareta disse foretakenes forpliktelser knyttet til tjenstepensjon. Som anført ovenfor er levering av tjenstepensjon til de opprettende foretakene hele pensjonskassens eksistensgrunnlag. I så måte kan en pensjonskasse sies å være et " eget instrument og en teknisk tjenesteenheter" for de foretakene som etablerer kassen.

Det er ingen direkte lovregulert forpliktelse for en pensjonskasse til å levere tjenstepensjon til de ansatte i foretaket/ene, som har opprettet pensjonskassen. Det er imidlertid foretakets/enes formål med å opprette pensjonskassen. Det er vanskelig å se for seg en situasjon der pensjonskassen ikke skulle levere pensjonstjenester til de ansatte i foretaket/ene, med mindre foretaket/ene selv ønsker å flytte denne gruppen til en annen leverandør.

Når et eller flere foretak har opprettet en pensjonskasse og den er gitt konsesjon av Finanstilsynet må det i tillegg inngås en avtale mellom foretaket(ene) og pensjonskassen før en "levering" kan skje. Dette følger av de innledende bestemmelser i lov om foretakspensjon som sier at pensjonsordning etter loven kan opprettes ved avtale med blant annet pensjonskasse som er forsikringsteknisk oppbygget og godkjent av Finanstilsynet, jf. § 1-1 annet ledd bokstav c. Avtalen skal være i overensstemmelse med "regelverket" som i henhold til § 1-2 første ledd bokstav b er definert som vedtektene for en pensjonskasse med tilhørende pensjonsplan. Pensjonsplanen er den del av "regelverket" som gjelder fastsettelsen av pensjonsytelsene, jf. første ledd bokstav c. Pensjonsplanen er en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som reguleres av de krav som stilles til beregning av pensjon.

Dette innebærer at pensjonskassen er bundet når det gjelder hvilken avtale som skal inngås med foretaket, forstått på den måten at avtalens vilkår må være i samsvar med "regelverket", dvs. pensjonskassen vedtekter og pensjonsplanen. Pensjonskassen står således ikke fritt til å forhandle avtalens vilkår og fastsette pensjonsplanen. Hvem kassen skal levere pensjon til kan fastsettes i vedtektene. Dersom formålet er å levere til et eller flere spesifisert foretak må dette forstås slik at pensjonskassen ikke kan nekte å levere til disse.

Som beskrevet over har foretaket/ene en stor grad av kontroll ved fastsettelsen av vedtektene, og – gjennom sine styremedlemmer – en viss kontroll med prisfastsettelsen knyttet til fortjenesteelementet.

På denne bakgrunnen mener arbeidsgruppen at det kan argumenteres for at det ikke foreligger et kontraktsforhold i anskaffelsesregelverkets forstand mellom pensjonskassen og foretaket, men at pensjonskassen i stedet er et instrument og en teknisk tjenesteenhet for foretaket/ene.

Dersom en pensjonskasse utelukkende leverer til de etablerende foretak, kan kassen heller ikke sies å være aktiv i markedet. Når pensjonskassen ikke kan konkurrere med andre virksomheter i markedet, vil det således ikke være risiko for at kassen oppnår en fordel som kan vri konkurransen.

Arbeidsgruppen kan heller ikke se at etablering av en slik pensjonskasse skjer for å omgå anskaffelsesregelverket. Faktisk forbyr forsikringsvirksomhetslovgivningen og pensjonskassedirektivet uttrykkelig foretakene selv å være assurandør for pensjonsytelsene, og etablering av en pensjonskasse er således eneste mulighet for foretakene til selv å kunne ivareta sine forpliktelser knyttet til tjenestepensjon. Anskaffelsesregelverket bør i utgangspunktet ikke hindre den mest hensiktsmessige organisering av offentlig tjenestepensjon.

Konklusjon

Etter en samlet vurdering finner arbeidsgruppen at anskaffelsesregelverket ikke får anvendelse ved etablering av en (felles) pensjonskasse og ved pensjonskassens levering av

tjenestepensjon til de etablerende foretak, når pensjonskassen utelukkende betjener de foretak som har opprettet det. I et slikt tilfelle er pensjonskassen å anse som en forlengelse av den offentlige virksomheten.

Dette er i tråd med en vurdering gjort av KS advokatene i 2007:

”Selv om det er knyttet noe tvil til vurderingen, tilsier formålet bak reglene at vilkårene må sies å foreligge når kommunen produserer sine pensjonsytelser i egen pensjonskasse. Dette gjelder også hvis kommunene velger å opprette interkommunale pensjonskasser.

[...]

Det kan spørres om utskilling i et eget rettssubjekt for pensjonskassers vedkommende er tale om en hensiktsmessig måte å organisere drift på, slik formålet med egenregiinntaket vektlegger, når utskilling er lovpålagt. På den annen side synes forbudet mot drift innenfor samme rettssubjekt å være begrunnet i fare for sammenblanding. Dette tilsier at egenregi ikke bør være forhindret med den begrunnelse at det er opprettet som et eget rettssubjekt.”¹⁴²

Endelig vil en slik pensjonskasse være finansiert av offentlig midler, hvilket innebærer at kassen trolig selv vil bli underlagt anskaffelsesregelverket. Dette betyr at pensjonskassen må følge anskaffelsesregelverket ved kjøp av varer og tjenester. Pensjonskassen vil således selv være forpliktet til å konkurransetsette forvaltnings- og administrasjonstjenester, dersom pensjonskassen ikke selv ønsker å ivareta disse oppgavene.

Arbeidsgruppen ønsker avslutningsvis å påpeke at EU-domstolen ikke har tatt stilling til en slik konstruksjon, og at rettsstillingen derfor er uavklart. Arbeidsgruppen peker imidlertid på at egne pensjonskasser for offentlige virksomheter finnes i stor utstrekning i andre EØS-stater. Det må ha formodningen mot seg at et så utbredt institutt som pensjonskasser som sådan er problematisk i forhold til fellesskapsretten om offentlige anskaffelser.

4.4.3.3 Muligheten for egenregi i KLP?

KLP forvalter i dag en stor del av tjenestepensjonsordningene for helseforetakene. Som beskrevet i kapittel 6.4 er det KLPs holdning at medlemmer ved utmelding kun får med seg innskutt egenkapital, og ikke opptjent egenkapital. Dersom helseforetakene etter en konkurransetsetting må melde seg ut av KLP vil dette således kunne få økonomiske konsekvenser for foretakene.

På denne bakgrunnen har det vært etterspurt om det er mulighet for å samle helseforetakenes pensjonsforpliktelser hos KLP uten konkurranse. Spørsmålet er således om det vil være mulig å tildele kontrakter direkte til ”dagens” KLP i utvidet egenregi, alternativt om det ville være mulig å utskille helseforetakenes andel av KLP i en egen virksomhet.

¹⁴² Brev datert 5.12.2007 fra KS Advokatene til Pensjonskontoret.

I en vurdering av om KLP kan levere tjenester til helseforetakene i egenregi, vil det være relevant blant annet å se på KLPs eierskapsstruktur og i hvilket omfang KLP er aktiv i markedet.

Kunder og eiere/selskapsmedlemmer i dagens KLP består ifølge opplysninger fra KLPs hjemmeside av kommuner, fylkeskommuner, helseforetak og selvstendige virksomheter tilknyttet offentlig sektor. Private sykehus og andre bedrifter er således også medlemmer i KLP, dog i relativt begrenset omfang.

Arbeidsgruppen har ikke foretatt noen konkret vurdering av om egenregi-kriteriene er oppfylt i forhold til KLP, men minner om at egenregi og i utgangspunktet også andre former for offentlig samarbeid vil være utelukket ved privat deleierskap (kontrollkriteriet vil da ikke være oppfylt). Dette vil også være tilfellet selv om private eiere bare utgjør en minoritetsandel. Videre vil egenregi være utelukket, der oppdragstager utøver økonomisk aktivitet av ikke marginal karakter med/for andre aktører enn de som kontrollerer det (aktivitetskriteriet vil da ikke være oppfylt).

Det har vært fremført at helseforetakenes andel av KLP kan utskilles i en egen virksomhet, slik at foretakene bedre vil kunne sikres kontroll med virksomheten. Arbeidsgruppen kan imidlertid ikke se at vurderingen vil falle annerledes ut i forhold til privat deltakelse og markedsaktivitet, dersom det fortsatt er en tilknytning mellom den utskilte virksomheten og KLP konsernet – eksempelvis dersom en slik virksomhet etableres som datterselskap til KLP. Hvis det for eksempel på grunn av privat eierskap er utelukket å tildele kontrakter direkte til KLP i egenregi, kan arbeidsgruppen heller ikke se at det vil være mulig å tildele kontrakter direkte til et datterselskap.

Det kan ikke utelukkes at egenregi vil kunne være mulig dersom det skjer en fullstendig løsrivelse fra KLP.¹⁴³ Da vil vurderingstemaet være det samme som for egne pensjonskasser.

Det minnes i den forbindelse om at en slik ny virksomhet i utgangspunktet må antas selv å bli omfattet av anskaffelsesregelverket. Dette innebærer at den nye virksomheten ikke kan motta tjenester direkte fra KLP konsernet. Slike tjenester, herunder forvaltnings- og administrasjonstjenester, må i så fall konkurransenutsettes, dersom virksomheten ikke selv skal ivareta disse.

På denne bakgrunn anser arbeidsgruppen det som lite trolig at helseforetakene kan samle pensjonsforpliktelser i KLP med utgangspunkt i læren om egenregi eller andre beslektede rettsgrunnlag. En slik løsning vil uansett være beheftet med betydelig prosessrisiko.

¹⁴³ Det kan da kanskje med rette spørres hva som er forskjellen på å etablere en ny egen fellespensjonskasse og på å utskille en foretakenes andel av KLP i en ny selvstendig virksomhet uten tilknytning til konsernet, og om det i sistnevnte tilfelle vil være større adgang for helseforetakene til å få med seg opptjent egenkapital.

4.4.4 Statens pensjonskasse som leverandør

4.4.4.1 Egenregi

Som forvaltningsbedrift administrativt underlagt Arbeidsdepartementet regnes Statens pensjonskasse (SPK) som del av staten, og ikke som eget rettssubjekt. Helseforetakene er på sin side selvstendige rettssubjekter eid av de regionale helseforetakene, som igjen er eid av staten. Utgangspunktet ved leveranser av tjenester mellom to ulike rettssubjekter er at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Spørsmålet er imidlertid om staten og helseforetakene er så nært knyttet til hverandre at leveranser mellom disse (via de regionale helseforetakene) likevel kan gjennomføres uten konkurranseutsetting. Dette er tilfellet dersom vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt. Se kapittel 4.4.2 for nærmere omtale av gjeldende rett.

Helseforetakene leverer spesialisthelsetjenester på oppdrag fra staten. Staten finansierer virksomheten. Tiltærmnet all aktivitet skjer derfor på vegne av staten som oppdragsgiver.

Staten utøver også sterk kontroll med helseforetakene gjennom de regionale helseforetakene. Det følger av helseforetaksloven § 16 at staten ved Helse- og omsorgsdepartementet utøver den øverste myndighet i foretaksmøtet med de regionale helseforetakene. I foretaksmøtet kan staten gi instruks med betydning for foretakenes strategi, behandlingstilbud, investeringer osv. Ifølge helseforetaksloven § 30 treffer foretaksmøtet vedtak i saker som antas å være av *”vesentlig betydning for foretakets virksomhet eller løsningen av fastsatte målsettinger eller oppgaver”*. Det samme gjelder andre saker som antas å ha prinsipielle sider av betydning eller som antas å kunne ha vesentlige samfunnsmessige virkninger. Det er gitt utfyllende vedtekter.

På denne bakgrunn er det etter arbeidsgruppens oppfatning lite tvilsomt at de regionale helseforetakene som ”datterforetak” kan levere tjenester til staten innen rammene av utvidet egenregi.

For spørsmålet om SPK kan være leverandør til helseforetakene i medhold av egenregialternativet er situasjonen en annen, ettersom ”morselskapet” (staten v/SPK) skal levere en ytelse til ”datterselskapet” (helseforetakene via regionale helseforetak). Arbeidsgruppen kan ikke se at denne problemstillingen er berørt i rettspraksis eller juridisk teori.

Kontrollvilkåret, slik det er formulert i EU-domstolens praksis, vil ikke være oppfylt ved isolert å se på oppdragsgivers kontroll med leverandøren, ettersom helseforetakene åpenbart ikke utøver kontroll over staten. Arbeidsgruppen anser imidlertid at når det er tale om to deler av samme organisasjon, som er tilstrekkelig knyttet til hverandre, er det av liten betydning hvem som er overordnet og hvem som er underordnet. Dette fordi kontrollvilkåret er en test på hvor nær tilknytningen mellom enhetene er. Tilknytningen er den samme, uansett om det er mor eller datter som er oppdragsgiver ved en konkret tjenesteleveranse. Når staten har en slik kontroll over virksomheten i helseforetakene at de

reelt sett er å betrakte som én enhet, bør det heller ikke ha betydning hvilken del av enheten som yter realytelsen (tjenestepensjon), og hvilken del som yter vederlaget.

Når det gjelder aktivitetskriteriet er det vanskeligere hvordan dette skal vurderes i en situasjon der morselskapet leverer en ytelse til datterselskapet, ettersom dette kriteriet har til hensikt å sikre at *oppdragstaker* ikke oppnår en konkurransefordel. I denne situasjonen er det SPK som en del av staten som er oppdragstaker, samtidig som det er staten som utøver kontroll med helseforetakene. Det er således ikke gitt at aktivitetskriteriet uten videre vil kunne anvendes i en situasjon med ”omvendt” egenregi. Det må imidlertid understrekes at SPK uansett ikke er aktiv i det kommersielle marked.

På denne bakgrunn anser arbeidsgruppen at leveranser av tjenester må kunne gå begge veier, slik at også helseforetakene kan kjøpe tjenester fra sin eier – staten – uten konkurranseutsetting. Helseforetakene vil derfor trolig kunne anskaffe tjenestepensjon i egenregi fra staten ved SPK.

4.4.4.2 Offentlig samarbeid

Subsidiært kan det anføres at leveranse av tjenestepensjon fra staten ved SPK til helseforetakene er en form for offentlig samarbeid, som gir unntak fra konkurranseutsetting. Se omtale av gjeldende rett i kapittel 4.4.2.3 og 4.4.2.5.

Arbeidsgruppen har der lagt til grunn at sentrale vurderingsmomenter trolig vil være om en slik organisering er mest hensiktsmessige for det offentlige eller om bakgrunnen for organiseringsmodellen er å unngå krav om konkurranseutsetting. Videre må det vurderes hvorvidt dette kan sies å påvirke konkurransen i markedet, herunder om en privat aktør får en konkurransefordel som følge av hvordan det offentlige har valgt å løse sine oppgaver.

En organisering med SPK som pensjonsleverandør for helseforetakene, vil etter arbeidsgruppens oppfatning gjøre det mulig å holde administrasjonskostnadene lave over tid, blant annet fordi det samlet sett vil kreve færre ressurser å samle beregning og koordinering av tjenestepensjonene ett sted.

Ingen private aktører i markedet for levering av offentlig tjenestepensjon vil oppnå en fordel ved at SPK blir leverandør av tjenestepensjon. SPK deltar heller ikke i konkurranser om tjenestepensjonsavtaler.

Det følger av lov om Statens pensjonskasse at SPK formelt sett ikke inngår forsikringsavtaler. For arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste følger retten til medlemskap av lov om Statens pensjonskasse § 5 første ledd. Vedtak om medlemskap for de såkalte fristilte statlige virksomhetene er ellers forvaltningsvedtak som treffes i fagdepartementet. Virksomheten selv avgjør om den ønsker å ha pensjonsordningen i SPK, slik at pålegget fra departementet retter seg mot SPK. Verken virksomheten eller arbeidstakerne er imidlertid beskyttet mot at staten fastsetter eller endrer vilkårene for fristilte virksomheters medlemskap i pensjonskassen, jf. lov om Statens pensjonskasse § 5 annet ledd. Dette gjør at samarbeidet har mindre preg av et alminnelig kontraktsrettslig samarbeid.

Videre er det produktet som tilbys gitt. Det er blitt gjennomført løsninger med en viss grad av spesialisering, men utgangspunktet er at alle medlemmer behandles likt, eksempelvis vil alle medlemsvirksomhetene betale lik administrasjonspremie som fastsettes av departementet. Dette gir stordriftsfordeler, men begrenser også adgangen til å møte spesielle behov fra virksomhetenes side. Statens pensjonskasse kan derfor ikke forhandle eller avtaleregulere medlemsspesifikke pensjonstilpasninger på samme måte som konkurrerende aktører.

Helseforetakene er også fullt ut statlig finansiert og eid. Helseforetakene kan heller ikke gå konkurs og statskassen vil måtte dekke pensjonsforpliktelsene dersom et helseforetak ikke skulle være i stand til å dekke sine forpliktelser. Staten har derfor en særlig interesse av å sørge for en hensiktsmessig innretning av helseforetakenes tjenstepensjon.

På denne bakgrunn kan helseforetakene etter arbeidsgruppens oppfatning identifiseres med staten på en slik måte at SPKs levering av tjenstepensjon til helseforetakene trolig ikke kan vurderes som en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand.

4.4.4.3 Konklusjon

Arbeidsgruppen mener at staten ved SPK trolig kan være leverandør av tjenstepensjon for helseforetakene uten at dette konkurransenutsettes. Dette vil være å anse som et offentlig samarbeid som faller utenfor anskaffelsesregelverket. Noe usikkerhet knytter seg likevel til at denne konkrete leverandørsituasjonen ennå ikke har vært prøvd for EU-domstolen.¹⁴⁴

Dersom ansatte i helseforetakene skal omfattes av tjenstepensjonsordning i SPK, må Arbeidsdepartementet vedta dette i medhold av lov om Statens pensjonskasse § 5.

4.4.5 Enerett

4.4.5.1 Innledning

Dersom vilkårene er oppfylt for at helseforetakene kan tildele en pensjonsleverandør enerett til å levere tjenstepensjon til helseforetakene, kan dette innebære at kontrakten kan unntas unntatt fra regelverket om offentlige anskaffelser.

Det må imidlertid her sondres mellom tildeling av enerett til en leverandør som selv er en offentlig oppdragsgiver (4.4.5.2) og tildeling av enerett til private leverandører (4.4.5.3).

4.4.5.2 Gjeldende rett ved tildeling av enerett til en offentlig oppdragsgiver

Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) unntar tjenstekontrakter som oppdragsgiver tildeler en annen offentlig oppdragsgiver, med hjemmel i en enerett til å yte den aktuelle tjenesten, jf. § 1-3 annet ledd bokstav h.¹⁴⁵ Det er et krav at eneretten er kunngjort i lov,

¹⁴⁴ Det kan også vurderes om SPK kan tildeles en enerett til å levere tjenstepensjon til helseforetakene, jf. kapittel 4.4.5.

¹⁴⁵ Jf. anskaffelsesdirektivets artikkel 18.

forskrift eller administrativt vedtak, og at eneretten er i overensstemmelse med EØS-avtalen. Kravene er nærmere beskrevet i det følgende.

Tildeling av enerett

Kravet til enerett innebærer et krav om at leverandøren faktisk utfører de aktuelle tjenestene på eksklusivt grunnlag, dvs. som eneleverandør.

EU-kommisjonen har i en skrivelse til den nederlandske faste representant ved EU i forbindelse med en nederlandsk sak om avfallshåndtering uttalt seg om anvendelsen av enerettsunntaket. Her anførte Kommisjonen at begrepet enerett skal fortolkes snevert, fordi direktivbestemmelsen er en unntaksbestemmelse. Enerettigheter eller eksklusive rettigheter vedrører en monopollignende situasjon, der den pågjeldende leverandør er den eneste, der i et bestemt geografisk område må utføre den pågjeldende tjenesten.¹⁴⁶

Eneretten kan imidlertid avgrenses i flere henseender. Det gjelder både i forhold til selve aktiviteten, det geografiske område og i tid.

Offentlig oppdragsgiver

Den som tildeles kontrakten må selv være en offentlig oppdragsgiver i henhold til FOA § 1-2. Dette har sammenheng med at begrunnelsen for unntaket er at den myndighet eller det organ som tildeles kontrakten selv må følge anskaffelsesreglene ved sine innkjøp. Kontrakter mellom det private og det offentlige vil derfor fortsatt tildeles på bakgrunn av økonomiske og forretningsmessige vurderinger.

Kunngjøring

Eneretten må fremgå av en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak. Eneretten må med andre ord være objektivt konstaterbar, og kan for eksempel ikke bare være nedfelt i en privatrettslig avtale mellom to offentlige oppdragsgivere. Eneretten må offentliggjøres, og være klart definert og avgrenset.

Forenlig med EØS-avtalen

Det er et krav at eneretten er forenlig med EØS-avtalen.

Tildeling av enerett er i utgangspunktet en restriksjon på adgangen til å yte tjenester, jf. EØS-avtalens art 36. Etableringen av en enerett må derfor begrunnes i *tvingende eller allmenne hensyn* som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegelsen av tjenester, jf. EØS-avtalens artikkel 36 til 39, forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet i artikkel 4, og konkurransereglene i avtalens del IV og særlig artikkel 59.

Det må imidlertid skje en interesseavveining av om de ikke-økonomiske hensynene er tilstrekkelig tunge til å kunne gripe inn i den frie bevegelse av tjenester. Det er videre krav om at tildeling av en enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene

¹⁴⁶ Jf. dansk veileder til anskaffelsesdirektivene, <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/?id=14856>

(nødvendighetstesten), og at målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler (proporsjonalitetstesten).

EU-domstolen har anerkjent en rekke formål som allmenne hensyn som kan begrunne begrensninger i adgangen til fri bevegelse av tjenester. Dette gjelder for eksempel beskyttelse av arbeidstakerne, forbrukerne, miljøet, trafikksikkerhet, sammenhengen i skattesystemet og beskyttelse av rettspleien. Innenfor helsesektoren har hensynet til å opprettholde en stabil lege- og sykehus-tjeneste og hensynet til opprettholdelse av behandlingsmuligheter eller medisinsk kompetanse på det nasjonale territorium, vært god tatt som allmenne hensyn som kan begrense tjenestefriheten. For øvrig vil også hensyn som går inn under offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen, jf. EØS-avtalen art. 39, utgjøre allmenne hensyn. Økonomiske hensyn kan ikke anses som et allment hensyn. Domstolen har imidlertid aldri gitt en uttømmende oppregning av de allmenne hensynene.

4.4.5.3 Gjeldende rett ved tildeling av enerett til en privat leverandør

Det vil i utgangspunktet også kunne tildeles en enerett til en privat leverandør, dvs. en leverandør som ikke selv er en offentlig oppdragsgiver. En slik tildeling må naturligvis også være forenelig med EØS-avtalen, herunder være i samsvar med EØS-avtalens artikkel 36 mv. Som for tildeling til en annen oppdragsgiver, innebærer det altså at tildeling av eneretten må være nødvendig for å ivareta tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til å gå foran hensynet til den frie bevegelse av tjenester. Videre må dette målet ikke kunne nås med mindre inngripende midler.

Det må også påpekes at selve tildelingen av eneretten til et privat rettssubjekt i utgangspunktet trolig må skje ved en eller annen form for konkurranse, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-203/08.

Dersom en kommer til at det er mulig å tildele en enerett til en privat leverandør, gjelder det imidlertid ikke noe absolutt unntak fra anskaffelsesregelverket for tildeling av kontrakter til denne eneleverandøren. Dette betyr at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet får anvendelse for slike kontrakter. Det vil likevel være mulig å anvende en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved tildeling av kontrakter til eneleverandøren, jf. FOA § 14-4 bokstav c¹⁴⁷. Dette innebærer i praksis at kontrakten kan tildeles direkte til leverandøren som har en enerett.¹⁴⁸

4.4.5.4 Kan en leverandør tildeles en enerett til å levere tjenestepensjon til de regionale helseforetakene og de underliggende helseforetakene?

For å fastslå om det vil være mulig å tildele en enerett til en leverandør til å levere tjenestepensjon, må det foretas en vurdering av om tildelingen er nødvendig for å ivareta tvingende eller allmenne hensyn, og om dette målet kan nås med mindre inngripende midler enn tildeling av enerett.

¹⁴⁷ Jf. anskaffelsesdirektivets artikkel 31 nr. 1 bokstav b.

¹⁴⁸ Oppdragsgiver må imidlertid uansett respektere FOAs øvrige bestemmelser, herunder at oppdragsgiver er forpliktet til å kunngjøre konkurranseresultatet, jf. § 18-4.

Det er arbeidsgruppens oppfatning at denne vurdering langt på vei vil være sammenfaldende med vurderingen som foretas i C-271/08 av om anskaffelsesreglene overhodet kommer til anvendelse. Dvs. vurderingen av om de grunnleggende sosiale rettighetene går foran de grunnleggende friheter, herunder anskaffelsesreglene, jf. kapittel 4.2.

Dersom en konkluderer at anskaffelsesregelverket går foran de sosiale rettighetene slik at kontrakt om levering av tjenestepensjon ikke kan tildeles direkte til en bestemt leverandør, vil dette trolig også bety at denne leverandøren heller ikke kan tildeles en enerett til å levere tjenestepensjon.

Arbeidsgruppen mener imidlertid at denne vurdering trolig vil kunne falle forskjellig ut, avhengig av om eneretten ønskes tildelt en annen offentlig oppdragsgiver eller til en privat leverandør. Arbeidsgruppen mener således at det kan argumenteres for at det i større grad vil være mulig å tildele en enerett direkte til en annen offentlig virksomhet. Dette begrunnes i at EØS-avtalen ikke blander seg i hvordan medlemsstatene organiserer sin virksomhet, dvs. om en oppgave skal løses i offentlig eller privat regi, jf. EØS-avtalens artikkel 125 jf. EF-traktatens artikkel 295.

Den eneste offentlige virksomheten det kan være aktuelt å tildele en enerett er Statens pensjonskasse (SPK). Ettersom arbeidsgruppen uansett har konkludert at helseforetakene trolig vil kunne anskaffe tjenestepensjon fra SPK i egenregi, går arbeidsgruppen ikke inn i en nærmere vurdering av om SPK ville kunne tildeles en enerett til levering av tjenestepensjon til helseforetakene.

4.5 Konsekvenser ved brudd på anskaffelsesregelverket

Håndhevelsen av anskaffelsesreglene skjer som hovedregel for domstolene, jf. lov om offentlige anskaffelser. Frem til kontrakt er inngått, kan domstolene sette til side ulovlige beslutninger som er truffet under anskaffelsesprosessen (§ 7), og beslutte midlertidig forføyning (§ 8). Når først kontrakt er inngått, kan domstolene etter gjeldende rett ikke sette kontrakten til side, om det skulle vise seg at regelverket er brutt. Etter at kontrakt er inngått, er forbigåtte leverandører således henvist til eventuelt å kreve erstatning (§ 10). Etterfølgende saker om offentlige anskaffelser kommer derfor kun for domstolene i form av erstatningssaker. Vurderingen av om vilkårene for erstatning foreligger, og utmålingen av erstatningen, følger alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper.

For ulovlige direkte anskaffelser, dvs. der oppdragsgiver i strid med reglene ikke har kunngjort en konkurranse, har Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) kompetanse til å ilegge et overtredelsesgebyr (§ 7b). Denne kompetansen har KOFA hatt siden 2007. Overtredelsesgebyret kan være opp til 15 pst. av kontraktsverdien. Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått. Der helseforetakene inngår nye avtaler om tjenestepensjon uten at disse konkurranseutsettes og kunngjøres i tråd med anskaffelsesreglene, vil det således være

risiko for at helseforetakene blir ilagt et overtredelsesgebyr.¹⁴⁹ Der oppdragsgiver foretar en vesentlig endring i en eksisterende avtale, uten at kontrakten kunngjøres i tråd med regelverket, vil endringen også utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.

Arbeidsgruppen gjør i denne forbindelse oppmerksom på at nye håndhevelsesregler er på vei, som følge av nytt håndhevelsesdirektiv (2007/66/EF), jf. NOU 2010:2 "Håndhevelse av offentlige anskaffelser" som har vært sendt på høring.¹⁵⁰ Direktivet krever blant annet at det skal innføres nye sanksjoner for brudd på anskaffelsesreglene. For ulovlige direkte anskaffelser innebærer det at kontrakten i utgangspunktet skal kjennes uten virkning, eventuelt i kombinasjon med at oppdragsgiver ilegges en bot (overtredelsesgebyr). Oppdragsgivere som er usikre på om anskaffelsen er omfattet av anskaffelsesdirektivet¹⁵¹ og om det er adgang til å foreta en direkte anskaffelse får imidlertid mulighet til å foreta en såkalt intensjonskunngjøring, og med dette avskjære muligheten for eventuelle etterfølgende sanksjoner. Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet følger nå opp høringen, og tar sikte på at de lovforslagene som blir vedtatt av Stortinget, trer i kraft den 1.1.2012.

I tillegg til at sak kan reises for domstolene eller KOFA, fører også Riksrevisjonen og EFTAs overvåkingsorgan (ESA) kontroll med at anskaffelsesreglene blir overholdt.

Når det gjelder de regionale helseforetakenes og Helse- og omsorgsdepartementets anvendelse og forståelse av anskaffelsesregelverket har både Riksrevisjonen og ESA faktisk vist interesse. Dette har hittil gitt seg utslag i at:

- Riksrevisjonen har stilt spørsmål ved om sykehusenes kjøp av legemidler fra sykehusapotek kan regnes som egenregi unntatt fra anskaffelsesreglene.
- ESA vurderer nå samme sak og har i flere omganger bedt om utdypende informasjon fra HOD. Saken er klaget inn av en av de private apotekkjedene.
- Riksrevisjonen har stilt spørsmål ved om virksomheten i Helse Vest IKT AS er egenregi
- Riksrevisjonen har besluttet å gjennomføre en hovedanalyse rettet mot Norsk Helsenett AS

Det er flere leverandører som allerede tilbyr å levere offentlig tjenestepensjon. Disse leverandørene vil generelt ha kommersielle interesser til å påklage forhold som kan stride mot anskaffelsesreglene.

¹⁴⁹ Dette forutsetter naturligvis at avtalene er omfattet av anskaffelsesregelverket og at det ikke konkret finnes unntak fra kravet om kunngjøring.

¹⁵⁰ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/horinger/horingsdokumenter/2010/horing---nou-2010-2-handhevelse-av-offen.html?id=600750>

¹⁵¹ Det kan for eksempel være tvil om vilkårene for egenregi er oppfylt.

4.6 Statsstøtterettslige betraktninger

4.6.1 Kort om statsstøttereglene

Hovedregelen i EØS-avtalen er at offentlig støtte er forbudt. Dette er inntatt i EØS-avtalen artikkel 61 og gjennomført i norsk rett.

Hensikten med regelverket er å sikre like spilleregler og like konkurransevilkår for alle økonomiske foretak i Europa. Reglene om offentlig støtte kan gjerne ses i sammenheng med reglene om offentlige anskaffelser, idet reglene på mange måter utfyller hverandre. Støttereglene oppstiller klare begrensninger i adgangen til å gi økonomisk støtte til et eller flere foretak som er i konkurranse med andre, mens anskaffelsesreglene i stor grad medvirker til å forebygge at det offentlige mer indirekte favoriserer ulike foretak gjennom kjøp og anskaffelser av varer og tjenester.

EØS-artikkel 61 (1) setter et forbud mot å gi offentlig støtte. For at støtten skal være ulovlig, må seks nærmere vilkår i bestemmelsen være oppfylt. Alle disse må være oppfylt for at det skal dreie seg om ulovlig offentlig støtte etter EØS-avtalen. De seks vilkårene er som følger:

1) Støtte i form av økonomisk fordel

Tiltaket må innebære støtte i form av en økonomisk fordel. Det sentrale her er virkningen av tiltaket for mottaker. Formålet med tiltaket er ikke avgjørende. Dersom den aktuelle ordningen innebærer en økonomisk fordel som mottaker ikke ville oppnådd på normale markedsmessige vilkår (overkompensasjon), er dette å betrakte som støtte.

Både *direkte* støtte i form av tilskudd, og *indirekte* støtte for eksempel i form av fritak fra økonomiske byrder som normalt belaster virksomhetens budsjett, utgjør en fordel. Overkompensasjon kan forhindres ved at tjenesteoppdrag legges ut på anbud. Dersom oppdraget ikke er lagt ut på anbud vil det i praksis være vanskeligere å dokumentere at det ikke foreligger overkompensasjon.

Dersom det offentlige opptrer som en kommersiell markedsaktør, dvs. tilbyr varer eller tjenester på et marked, vil en benytte en såkalt markedsinvestortest for å vurdere om det er gitt en økonomisk fordel til foretaket. Testen er et analyseverktøy som er utviklet i rettspraksis. Kort fortalt går testen ut på at en vurderer om det offentlige tiltaket er gjort på markedsmessige vilkår, der en sammenlikner med hva en sammenliknbar privat investor ville gjort. Dersom det offentlige inngår en avtale på vilkår som en privat investor ikke ville godtatt, vil det foreligge støtte. Dersom for eksempel det offentlige tilbyr pensjonsytelser til foretak i et kommersielt marked til en lavere premie enn andre markedsaktører, vil det gis støtte. Der det offentlige tilbyr tjenester i konkurranse med private foretak samtidig som det yter offentlige oppgaver, må en sikre at det ikke foregår kryssubsidiering mellom den offentlige delen av virksomheten og den konkurranseutsatte driftsdelen. Kryssubsidiering vil i utgangspunktet anses som offentlig støtte og er derfor forbudt.

2) Bruk av offentlige midler

Støttetiltaket må være gitt av offentlige midler. Dette krav innebærer at støtte gitt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale midler omfattes. Også støtte som gis indirekte gjennom offentlige eller private organer/selskaper kan rammes. Normalt vil det være enkelt å avgjøre om støtten kan tilregnes det offentlige, særlig hvis det offentlige har eierrettigheter, eller en betydelig kontroll og styring over det som gis, samt til hvem som får fordelene.

3) Krav til økonomisk virksomhet

For at tiltaket skal omfattes av regelverket om offentlig støtte, må støtten gis til et foretak som driver økonomisk virksomhet, uansett foretakets organisering eller dets rettslige status. Begrepet tolkes vidt, men avgrenses mot aktiviteter som er myndighetsutøvelse og mot det som er av ideell, eller annen ikke-økonomisk, karakter. Utgangspunktet for vurderingen er om det utøves økonomisk aktivitet, med andre ord om det tilbys varer eller tjenester på et marked i konkurranse med andre, uavhengig av både organisering og om det er offentlig eller privat virksomhet.

4) Kun selektive tiltak rammes

Det er videre et krav at støtten begunstiger enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester. Forbudet mot offentlig støtte retter seg kun mot selektive tiltak. Generelle tiltak og fordeler, som er åpne for alle foretak på ikke-diskriminerende og objektive vilkår, faller utenfor forbudets anvendelsesområde. Dette har sin bakgrunn i at det offentlige står fritt til selv å utforme sin generelle økonomiske politikk. Generelle skatte- og avgiftslettelser er derfor ikke ulovlig støtte. Et tiltak vil kunne være selektivt selv om det omfatter mange aktører, for eksempel dersom store deler av en bransje mottar støtte.

5) Unngå konkurransevridding

Støttetiltaket må vri eller potensielt kunne vri konkurransen i det relevante markedet. For å kunne vurdere om et støttetiltak vrir eller truer med å vri konkurransen, må det relevante markedet fastlegges. Det skal lite til før dette vilkåret er oppfylt. Det vil foreligge en antakelse om konkurransevridding dersom mottakers økonomiske stilling blir styrket av tiltaket, og det gjelder ikke noe minstekrav om hvor mye konkurransen må påvirkes.

6) Hensynet til samhandelen

Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området. Dette vilkåret vurderes ofte sammen med det forrige. En annen måte å si det på, er at tiltaket må ha en grenseoverskridende effekt. Støtteordninger med kun lokal betydning vil i utgangspunktet ikke rammes. Det er ikke nødvendig å påvise at samhandelen faktisk påvirkes. Det er tilstrekkelig at den potensielt kan det. I den grad det finnes konkurrenter med utenlandske interesser som på grunn av tiltaket kan finne det mindre interessant å gå inn i, eller selv ta del i tilsvarende økonomisk aktivitet i det lokale området, så vil dette kunne være nok.

I den grad alle disse (6) nevnte vilkår i EØS art 61 (1) er oppfylt, omfattes tiltaket av regelverket om offentlig støtte. Dersom tiltaket skal være lovlig, må det som hovedregel

godkjennes av ESA gjennom en forutgående notifikasjon (forhåndsmelding), eller omfattes av særlige unntaksregler.

4.6.2 Vurdering av de ulike modellene

4.6.2.1 Konkurransetsetting

Ved konkurransetsetting av tjenestepensjonsavtaler vil anvendelse av anskaffelsesreglene normalt sikre at oppdragsgiveren oppnår markedspris. Staten har i så fall opptrådt på samme måte som en markedsinvestor. Det vil derfor ikke oppstå statsstøtterettslige spørsmål ved valg av dette alternativet.

4.6.2.2 Organisering i offentlig regi

Egen pensjonskasse

Spørsmålet om det foreligger offentlig støtte kan oppstå både i forhold til pensjonskassen i seg selv, og i forhold til helseforetakene som inngår avtaler med pensjonskassen. Vi vil nedenfor kort kommentere disse to problemstillingene.

1. Mottar pensjonskassen offentlig støtte?

Dersom tjenestepensjonene skal samles i virksomheter som utelukkende betjener helseforetakenes behov for tjenestepensjoner, dvs. organisering i egenregi, vil en for det første måtte vurdere om pensjonskassen i seg selv kan sies å motta offentlig støtte. Statene har en stor grad av frihet til å bestemme hva slags tjenester som skal utføres i egenregi og hva som skal konkurransetsettes. Selv om private aktører tilbyr tilsvarende produkter i et marked, og effekten av at staten oppretter en statlig pensjonskasse reelt sett vil være at markedet påvirkes/vris, vil ikke dette nødvendigvis være avgjørende.

Hvordan tjenesten organiseres har i utgangspunktet ingen betydning i forhold til regelverket om offentlig støtte. Det avgjørende er hvorvidt det utøves økonomisk aktivitet i et marked. Spørsmålet blir derfor om pensjonskassen vil utøve økonomisk aktivitet i et marked og anses som et foretak i henhold til regelverket om offentlig støtte. Dersom den statlige pensjonskassen anses å være en fullt integrert del av staten (staten utøver ytelsene i "egenregi"), og ikke opererer i et marked med konkurranse med andre, vil pensjonskassen ikke være et foretak.

I ESAs avgjørelse om Rotsethorntunnelen¹⁵² kom ESA til at vegvesenets produksjonsenhet i Møre og Romsdal var fullt integrert i staten, og ikke opererte i et marked i konkurranse med andre, og derfor ikke var å anse som et foretak. ESA uttalte følgende:

"..an entity which does not exercise its activity on a market *in competition with other market players* cannot be considered as operating an economic activity as an undertaking.¹⁶.....(.)

If activities are confined to being exercised by a state integrated entity "in-house" that is, in this case, for the state administration or other public bodies, the activities in question are

¹⁵² ESAs avgjørelse nummer 349/07/COL

never exercised on a market in competition with other market players. In such circumstances the activities cannot be classified as economic activities and the entity is not an undertaking. As a consequence any economic advantages received by such an entity do therefore not constitute state aid within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement.”

Det følger av denne avgjørelsen at dersom den statlige pensjonskassen organiseres slik at den er en fullt integrert del av staten, og ikke opererer i konkurranse med andre markedsaktører, vil pensjonskassen ikke anses å være et foretak. Konsekvensen er at regelverket om offentlig støtte ikke kommer til anvendelse.

Momenter EU-domstolen har ment trekker i retning av at en aktør ikke operer i et marked og anses som et foretak, er dersom virksomheten ikke drives med profitt for øye, og tiltaket innebærer en obligatorisk, sosial beskyttelse av de ansatte.¹⁵³

For å være sikker på at pensjonskassen ikke vil anses som et foretak, mener arbeidsgruppen derfor at det bør være en forutsetning for opprettelsen av pensjonskassen at den ikke tilbyr sine tjenester i konkurranse med private i et marked. Pensjonsordningen bør være lukket, slik at andre, private foretak ikke kan knytte seg til ordningen. Videre bør det være obligatorisk for helseforetakene å bli medlem av pensjonskassen. Dersom helseforetakene kan velge mellom den statlige og en privat aktør, vil en fort kunne komme til at den statlige pensjonskassen opererer på et marked likevel.

Arbeidsgruppen forutsetter også at den statlige pensjonskassen ikke skal utøve annen økonomisk virksomhet på et marked. Dersom pensjonskassen likevel skal utøve annen økonomisk aktivitet, må en forhindre ulovlig kryss-subsidiering fra den ikke-kommersielle delen av virksomheten til den kommersielle delen ved å ha betryggende regnskapsmessige skiller.

2. Mottar de helseforetakene en fordel?

Spørsmålet er om det kan anses for å være offentlig støtte fra pensjonskassen til helseforetakene.

I den ovenfor nevnte ESA avgjørelsen om Rotsethorn tunnelen, fremkommer det at når leverandøren ikke anses for å være et foretak, vil konsekvensen være at eventuell støtte fra denne heller ikke vil anses å omfattes av regelverket om offentlig støtte.

Dersom en organiserer en pensjonskasse slik at den kun tilbyr sine tjenester til offentlig sektor, og ikke anses som et foretak, vil helseforetakene ikke motta noen fordel og regelverket om offentlig støtte kommer ikke til anvendelse.

Statens pensjonskasse

Spørsmålet om det foreligger offentlig støtte kan oppstå både i forhold til SPK og i forhold til helseforetakene som inngår avtaler med SPK. Når det gjelder spørsmålet om hvilke

¹⁵³ Se EU domstolens avgjørelse C.437/09 AG2R Prévoyance datert 3 mars 2011.

statsstøtterettslige problemstillinger som kan oppstå i forhold til SPK har arbeidsgruppen ikke foretatt en nærmere vurdering av dette.

Når det gjelder spørsmålet om støtte i forhold til helseforetakene, må det sørges for at de ikke mottar ulovlig offentlig støtte. Dette kan unngås ved at SPK ikke underpriser avtalene sine. Dette er imidlertid bare en relevant problemstilling dersom deler av helseforetakene anses å drive økonomisk aktivitet.

4.6.2.3 Videreføring av eldre avtaler

Alternativet med videreføring av avtaler innebærer at avtaler inngått før EØS-avtalens ikrafttreden i 1994 videreføres uten konkurranseutsetting, mens avtaler inngått etter dette tidspunktet enten konkurranseutsettes eller organiseres i egenregi. Se omtalen av de to sistnevnte alternativene ovenfor.

Når løpende (tidsubegrensede) avtaler inngått før 1994 videreføres uendret etter at det er oppstått konkurranse i markedet, kan det stilles spørsmål om hvordan prisen for tjenesten til enhver tid forholder seg til markedsprisen. Dette er spørsmålet om det er gitt en økonomisk fordel.

Det er åpenbart at tjenesten ikke til alle tider skal tilsvare det man kunne ha oppnådd ved å konkurranseutsette den. Dette er for eksempel tilfelle så lenge kontrakten løper på vanlige oppsigelsesvilkår. Det kan likevel ikke utelukkes at det gis støtte i disse løpende avtalene. Dersom en ønsker å finne ut om det foreligger et støtteelement i disse avtalene, må en sammenlikne med tilsvarende avtaler som tilbys i det private markedet. Selv om disse løpende avtalene skulle innebære offentlig støtte, vil de kunne anses som eksisterende støtte som ikke er notifikasjonspliktig, dersom avtalene ble inngått før 1994. Det forutsetter at disse avtalene i det vesentlige har vært uendret siden 1994, med unntak av mindre justeringer (for eksempel formelle eller administrative endringer) som ikke har betydning for vurderingen av om tiltaket kan anses å være forenlig (godkjennes) med EØS-avtalen. Dersom det materielle innholdet i pensjonsavtalene har vært endret på noe vesentlig punkt siden 1994, kan en neppe hevde at det foreligger eksisterende støtte.

Konsekvensen av at avtalene anses som eksisterende støtte, er at ordningen kan opprettholdes inntil ESA eventuelt tar opp saken og kommer til at støtten er uforenlig med EØS avtalen. ESA vil da vedta et såkalt formåltjenelig tiltak, der de påpeker hvilke endringer som må foretas for å bringe tiltaket i tråd med gjeldende regler om offentlig støtte. Dersom Norge godtar ESAs forslag, vil Norge være bundet til å gjennomføre endringene ESA påpeker innen en fastsatt frist. Dersom Norge likevel ikke foretar endringene de har forpliktet seg til, og fortsetter å gi støtte i henhold til de gamle avtalene etter utløpet av gjennomføringsfristen, vil dette kunne bli ansett som ulovlig støtte som vil kunne kreves tilbakebetalt fra mottakerne. Støtte mottatt fra 1994 og frem til utløpet av gjennomføringsfristen, vil imidlertid ikke kunne kreves tilbakebetalt.

Eksisterende støtteordninger kan altså løpe inntil ESA eventuelt fatter et vedtak om formålstjenelig tiltak. Av hensyn til en best mulig forvaltning av fellesskapets ressurser kan det likevel være hensiktsmessig at det med jevne mellomrom foretas en vurdering av om eksisterende tjenestepensjonsavtaler er tilstrekkelig tilpasset markedsvilkårene.

4.6.3 ESA og notifikasjon?

Hvorvidt det foreligger notifikasjonsplikt vil avhenge av om vilkårene i EØS avtalens art. 61(1) er oppfylt, blant annet at det gis en økonomisk fordel til et foretak som vil kunne vri konkurransen på markedet. All ny støtte må som hovedregel notifiseres. Ved eksisterende støtte kan en vente til ESA eventuelt fatter et vedtak om formålstjenelige tiltak, og endre tiltaket innen fristen ESA setter for å unngå at støtten konverteres til ulovlig støtte.

Dersom arbeidsgruppen kommer til at det skal gis offentlig støtte, kan en vurdere om noen av unntaksreglene fra notifikasjonsplikten er oppfylt, for eksempel i det alminnelige gruppeunntaket. Men det er mest sannsynlig at tiltaket, dersom det innebærer offentlig støtte, må notifiseres med hjemmel i EØS-avtalens art. 61 (3) bokstav c.

5. Beslutningsnivå for valg av pensjonsleverandørmodell

Ved vurdering av mulig løsningsmodell for valg av tjenestepensjonsleverandør vil spørsmålet om på hvilket beslutningsnivå avgjørelsen bør foretas være et sentralt element. Innenfor rammen av spesialisthelsetjenesten står arbeidsgruppen overfor følgende beslutningsnivåer:

- Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet som eier
- De regionale helseforetakene i fellesskap
- Det enkelte RHF
- Det enkelte HF

Dernest er det spørsmål om på hvilket beslutningsnivå eventuell avtale om pensjonslevering skal inngås. Arbeidsgruppen presiserer at den som beslutter hvilken løsningsmodell som skal velges for leveranse av tjenestepensjon til ansatte i helseforetakene ikke nødvendigvis er den samme som skal inngå selve avtalen med pensjonsleverandør(ene), eller eventuelt opprette pensjonskassen. I mandatet pkt. 5 er gruppen også bedt om å vurdere *”hvorvidt valg av eksterne pensjonsleverandører kan og bør avgjøres på nasjonalt nivå, regionalt helseforetaksnivå eller helseforetaksnivå”*.

Konkurransetilsynet har i sin tilleggsrapport *”Konkurransen i markedet for offentlig tjenestepensjon – tilleggsvurderinger”* vurdert hvordan konkurranseutsetting av tjenestepensjon for ansatte i helseforetak vil påvirke konkurransen i markedet for offentlig tjenestepensjon, jf. kapittel 3.3.

5.1 Eier/Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet

En mulig tilnærming kan være at staten v/Helse- og omsorgsdepartementet beslutter hvilken løsningsmodell helseforetakene skal ha for leveranse av tjenstepensjon til ansatte i helseforetakene. Helseforetaksloven er ikke til hinder for at Helse- og omsorgsdepartementet kan beslutte dette. En beslutning på dette nivået kan være aktuelt dersom staten ser det som viktig å etablere en enhetlig pensjonsleverandørmodell for alle ansatte i spesialisthelsetjenesten. For å nå dette målet kan beslutningen for eksempel være at helseforetakene skal ha en felles konkurranseutsetting av avtalen om levering av tjenstepensjon, at det opprettes en felles pensjonskasse for alle helseforetakene, at alle ansatte skal meldes inn i SPK eller at helseforetakene innenfor hver region skal opprette en egen pensjonskasse.

Fordeler med en tilnærming der også valg av løsningsmodell med felles leverandør foretas på nasjonalt nivå/av eier er:

- Stordriftsfordeler kan begrense administrasjonskostnader, for eksempel ved å utnytte kapasitet og kompetanse, rimeligere å oppdatere et felles saksbehandlingssystem ved regelverksendringer mv
- Oversiktlig ordning for alle berørte, herunder for arbeidsgiver ved strukturendringer og for ansatte blant annet ved jobbskifte innen spesialisthelsetjenesten
- Gir et stort utjevningsskille for premieutgiftene

Ulemper med en slik tilnærming er:

- Stort utjevningsskille gir mindre tydelig sammenheng mellom beslutninger den enkelte arbeidsgiver foretar innenfor lønns- og personalpolitikken og de økonomiske konsekvenser det vil ha for det enkelte foretak. Det vil kunne svekke det enkelte helseforetaks motivasjon for kostnadsstyring, selv om kostnadene er på deres budsjett, fordi de opplever å ha liten innflytelse på beslutningen om valg av leverandør.
- Kan gi et signal om at pensjon er et kostnadselement foretakene ikke selv har fullt ansvar for
- Påvirker strukturen i markedet for offentlige tjenstepensjoner; kan virke uheldig for markedssituasjonen over tid ved at det blir store svingninger i kundemassen. Ifølge Konkurransetilsynets tilleggsrapport er det større usikkerhet knyttet til i hvilken grad leverandørene i markedet er konkurransedyktige i en anbuds konkurranse om en nasjonal kontrakt.

Samlet vil en tilnærming der eier/HOD tar beslutning om leverandørmodell kunne forplikte HOD for konsekvenser av beslutningen. En slik tilnærming vil dermed kunne være i strid med et sentralt prinsipp i foretaksmodellen. Det enkelte regionale helseforetak har et helhetlig ansvar for håndtering av alle kostnader i sin kostnadsbase og tilhørende stor frihet til å tilpasse sin ressursbruk for å nå faglige mål innenfor nasjonalt fastsatte budsjetterammer.

5.2 De regionale helseforetakene i fellesskap

I stedet for selv å foreta beslutning om valg av løsningsmodell, kan eier gjennom foretaksmøtet pålegge de regionale helseforetakene om å finne en felles løsningsmodell for levering av tjenestepensjon. Foretakene tar selv den endelige beslutningen om modell og leverandør, og det skjer innenfor deres økonomiske rammer og gjeldende regelverk.

Fordeler og ulemper med at beslutningen tas av de regionale helseforetakene i fellesskap vil ha mye til felles med det tilfelle der beslutning tas av departementet, se kapittel 5.1

Fordeler med en slik tilnærming:

- Stordriftsfordeler som vil kunne begrense administrasjonskostnader
- Oversiktlig ordning for alle berørte
- Gir et stort utjevningsfellesskap for premieutgiftene

Ulemper med en slik tilnærming:

- Stort utjevningsfellesskap gir mindre tydelig sammenheng mellom beslutninger den enkelte arbeidsgiver foretar innenfor lønns- og personalpolitikken og de økonomiske konsekvenser det vil ha for det enkelte foretak.
- Påvirker strukturen i markedet for offentlige tjenestepensjoner

Dette beslutningsnivået synes hensiktsmessig dersom det er sentralt at det etableres en felles leverandør for alle foretakene samtidig som foretakene selv skal ha det fulle økonomiske ansvar. At beslutningen tas av de regionale helseforetakene i fellesskap vil kunne kombinere stordriftsfordeler og være i samsvar med prinsippene i helseforetaksmodellen. De regionale helseforetakene har erfaring med et slikt samarbeid på andre området. Det må imidlertid skje innenfor rammer som ikke bidrar til at det kommer i strid med Konkurranselovens § 10 om samarbeid som fører til uheldige konkurransevirkninger i leverandørmarkedet.

5.3 Det enkelte regionale helseforetak

I helseforetaksmodellen er de regionale helseforetakene den sentrale strategiske og økonomiske beslutningsaktør. Det er derfor aktuelt at det enkelte regionale helseforetak(RHF) beslutter pensjonsleverandørmodell og velger leverandør ved en eventuell konkurranseutsetting.

Fordeler med denne tilnærmingen:

- RHFet får frihet til å velge pensjonsleverandørmodell ut fra eget behov og på eget ansvar
- En eventuell felles ordning vil være stor nok til å kunne gi stordriftsfordeler på administrasjonskostnader
- En felles ordning vil ha et stort nok utjevningsfellesskap til å sikre utjevning av premiene for underliggende helseforetak
- Gir oversikt og en enklere tilnærming for arbeidsgiver ved strukturendringer mv
- Enkelt og oversiktlig for de ansatte ved jobbskifte innenfor regionen

- Budsjettmidler fordeles fra staten til det enkelte RHF ut fra en fordelingsmodell der også av pensjonskostnader inngår. Beslutningen på dette nivået vil tydeliggjøre; tilnærmingen mellom budsjett og ansvarlig beslutningsmyndighet.
- Skaper større fleksibilitet i markedet over tid når det er flere mulige kunder som gir rom for konkurranse mellom flere leverandører

Ulemper med denne tilnærmingen:

- Gir noe mindre stordriftsfordeler enn en samlet løsning
- Endringer i struktur på tvers av regioner og jobbskifter mellom regioner blir noe mer uoversiktlige enn ved en samlet løsning

Dette beslutningsnivået støtter opp om styringsmodellen med RHFene som beslutningsnivå med ansvar for det økonomiske resultatet, herunder pensjonskostnader. Samtidig er hvert enkelt av de regionale helseforetakene stort nok til at det kan skapes administrative stordriftsfordeler dersom alle ansatte i helseforetakene i regionen har felles pensjonsleverandør. Videre antar arbeidsgruppen at den demografiske profil på de ansatte vil utjevne seg mellom foretakene med så mange medlemmer i pensjonsordningen at det ikke vil slå skjevt ut i et større utjevningsselskap. Tilnærmingen tydeliggjør de regionale helseforetakenes rolle som beslutningsmyndighet og ansvarlig for oppgavegjennomføringen i hele helseregionen. I sin tilleggsanalyse peker Konkurransetilsynet på at dersom man velger en organisering som gir flere kontrakter, vil det trolig være hensiktsmessig med en tidsmessig fordeling av anbuds konkurransene for at aktørene i markedet i best mulig grad kan respondere i den enkelte konkurranse.

5.4 Det enkelte helseforetak

Helseforetakene er ansvarlig for den utøvende virksomheten, og har arbeidsgiveransvaret for sine ansatte. En mulig modell er derfor at helseforetakene (HF) også har ansvar for valg av løsningsmodell og velger pensjonsleverandør ved en eventuell konkurranseutsetting.

Fordeler ved denne tilnærmingen:

- Det harmonerer med dagens situasjon der helseforetakene er avtalepart med pensjonsleverandørene
- Vil kunne gi et marked med flere aktører på kundesiden, noe som ifølge Konkurransetilsynets rapporter styrker responsmulighetene i markedet sammenliknet med få og store kontrakter

Ulemper ved denne tilnærmingen:

- Mulighet for valg av ulike leverandør skaper større uoversiktighet innenfor den enkelte region, noe som kan gi større transaksjonskostnader ved jobbskifte og omstruktureringer innenfor det enkelte regionale helseforetak
- Trolig mindre administrative gevinster som følge av stordriftsfordeler
- Ved valg av ulike leverandører blir utjevningsselskapene mindre. Dette kan gi betydelige skjevheter i kostnadsfordelingen mellom helseforetakene. For den enkelte helseregion vil det kunne bli økte administrative kostnader når flere foretak evt. skal forberede og gjennomføre konkurranseutsetting for valg av leverandør.

Mellom de ulike helseforetakene kan de demografiske dataene variere, og enkelte helseforetak vil da kunne ha en økonomisk fordel ved å ha eget utjevningsfellesskap. For regionen samlet vil dette likevel kunne medføre totalt økte pensjonskostnader (suboptimale løsninger). Det enkelte helseforetak synes derfor lite egnet som et beslutningsnivå for valg av leverandørmodell. Denne tilnærmingen kan imidlertid være egnet av andre grunner for enkelte helseforetak som har behov for å ivareta spesielle tilpasninger for valg av pensjonsleverandør.

5.5 Samlet vurdering

Arbeidsgruppen mener eier/Helse- og omsorgsdepartementet etter samråd med de regionale helseforetakene er riktig nivå for å beslutte løsningsmodell for valg av pensjonsleverandørordning. Ut fra behovet for en entydig nasjonal helsepolitikk bør det være en helhetlig modell. Arbeidsgruppen vil imidlertid presisere at dette ikke innebærer at eier/Helse- og omsorgsdepartementet skal stå for selve anskaffelsen eller etableringen av leverandørordningen for tjenstepensjon.

Med staten/eier som beslutningstaker for valg av en felles pensjonsleverandør for alle helseforetakene, vil det være begrensende for konkurransen i markedet. I sin tilleggsrapport uttaler således Konkurransetilsynet: *”Basert på vurderingene i konkurranseanalysen er det imidlertid grunn til å fremheve at en samling av alle fire pensjonsordningene i en nasjonal kontrakt og anskaffelse trolig i mindre grad vil ha en positiv virkning på konkurransen sammenlignet med alternativer”*. Etter arbeidsgruppens vurdering vil derfor modellen fortrinnsvis være egnet ved en nasjonal løsning for pensjon i egenregi.

Dette er imidlertid ikke til hinder for at en kan velge en egenregimodell både på regionalt foretaksnivå og eventuelt også på helseforetaksnivå dersom en ønsker fleksibilitet i tilpasningen til forhold i den enkelte region. Dersom det er ønskelig å gi foretakene mulighet for større fleksibilitet i valg mellom modeller med egen pensjonskasse eller ekstern leverandør, bør beslutningsmyndigheten derfor legges til et lavere nivå enn det nasjonale. Slik Konkurransetilsynet vurderer det, innebærer et lavere beslutningsnivå en større mulighet for etablering av et tjenstepensjonsmarked i helsesektoren med konkurranse mellom leverandørene.

En felles nasjonal løsning vil samlet sett kunne oppnå betydelige administrative stordriftsfordeler og gi et enhetlig og oversiktlig system. Imidlertid vil dette begrense foretakenes økonomiske incentiver til å fokusere på HMS-tiltak og annet, som kan redusere pensjonskostnader ved fravær og førtidspensjonering mv. og kan bidra til kostnadsoverveltning på staten. Modellen synes lite egnet dersom konkurranseutsetting velges som løsningsmodell.

En tilnærming hvor de regionale helseforetakene i fellesskap konkurranseutsetter en kontrakt om levering av pensjon til helseforetakenes ansatte eller at de oppretter en felles pensjonskasse, vil ha noen av de samme fordeler og ulemper som når eier foretar

beslutningen for foretakene. Den vil imidlertid kunne gi noe mindre risiko for kostnadsoverveltning på staten når beslutningstaker og kostnadsbærer er identiske.

De regionale helseforetakene som selvstendige beslutningstakere bør være tilstrekkelig store enheter til å oppnå administrative stordriftsfordeler, enhetlig og oversiktlig leverandørsituasjon og robuste utjevningsskapsforhold. Når pensjonskostnadene skal dekkes innenfor egen økonomisk ramme, kan det gi stimulans til oppfølging av HMS-arbeid mv. Markedet bør kunne fungere godt dersom en velger kjøp av tjenestepensjon fra ekstern leverandør etter konkurranse.

Å legge til grunn det enkelte helseforetak som beslutningstaker for valg av pensjonsleverandør vil tilnærmet innebære en videreføring av nåværende praksis. Nåværende leverandørmodell er imidlertid etablert uten at den i sin tid var basert på valg av ekstern pensjonsleverandør etter konkurranse i markedet. Helseforetakene er derfor i hovedsak samlet i et utjevningsskapsforhold i KLP, jf. kapittel 2. Dette beslutningsnivået vil imidlertid ikke gi stordriftsfordeler, store utjevningsskapsforhold, eller en enhetlig og oversiktlig leverandørsituasjon dersom hvert enkelt helseforetak skulle anskaffe pensjonstjenester etter konkurranseutsetting og velge ulike leverandører.

Siden de fleste foretakene i dag har sin pensjonsordning i KLP, er de også tilknyttet et stort utjevningsskapsforhold, jf. kapittel 2. Blir utjevningsskapsforholdene for små, blir heller ikke stabiliteten i premie og utjevningseffekten så stor. Dette tilsier at avtalene bør omfatte en forholdsvis stor gruppe med flere helseforetak. På den annen side vil det innenfor et mindre skapsforhold som et helseforetak være en tydeligere sammenheng mellom effekten av for eksempel HMS-tiltak for å holde de ansatte i arbeid og mulige utslag på pensjonspremien til det enkelte foretak. Dette må imidlertid avveies mot blant annet utslag i administrasjonsutgiftene som følge av mindre stordriftsfordeler.

Når leverandørmodellen er besluttet av eier, synes det enkelte regionale helseforetak å være en hensiktsmessig enhet for etablering av leverandørordning for tjenestepensjon. Dette nivået samstemmer best med det øvrige styringssystemet for spesialisthelsetjenesten. Det gir det enkelte regionale helseforetak en mulighet til å vurdere om det har spesielle behov å ivareta innenfor sine helseforetak som kan tilsi en mer fleksibel tilpasning. Utjevningsskapsforholdene blir forholdsvis store, og enhetene er tilstrekkelig store til å dra fordeler av stordrift i administrasjonen.

Som vist i kapittel 2, er situasjonen i dag at 3 av de 4 regionale helseforetakene har kun én pensjonsleverandør – KLP. Det er helseforetakene i hovedstadsområdet som står overfor en utfordring med håndtering av flere leverandører og som har behov for forutsigbarhet og forenkling. Det kan derfor være grunner til at Helse Sør-Øst bør ha en annen strategi med en mer fleksibel modell for valg av pensjonsleverandør enn de øvrige foretakene. Dersom beslutningsmyndigheten legges til de regionale helseforetakene enkeltvis, kan dette hensynet ivaretas.

6. Aktuelle løsningsmodeller

6.1 Viktige rammebetingelser og føringer for modellvalg

På bakgrunn av mandat og gjennomgangen i de foregående kapitlene er det en rekke sentrale rammebetingelser og føringer for valg av pensjonsleverandørmodell for ansatte i helseforetakene som må ivaretas:

Rettslig handlingsrom og økonomiske føringer for modellvalg:

- Rettslig handlingsrom med utgangspunkt i lov, forskrift, EØS-regelverk og rettspraksis (herunder fra EU-domstolen)
- Økonomiske og finansielle føringer for arbeidsgruppen og som følge av dagens leverandørsituasjon

Modellens omfang:

- Hvilke *pensjonsordninger* skal være med / ikke være med i løsningsmodellen.
- Hvilke medlemmer hos de nåværende *pensjonsleverandører* til helseforetakene er aktuelle å ta inn i en ny leverandørordning

Hvilke medlemmer i den enkelte pensjonsordning skal være med:

- Alle medlemmer
- Bare nye medlemmer/nyansatte
- Bare yrkesaktive i virksomheten – ikke pensjonister og de med oppsatte rettigheter

Beslutningsnivå for valg av pensjonsleverandørmodell:

- Staten/eier v/Helse- og omsorgsdepartementet
- RHFene samlet
- Det enkelte RHF
- Det enkelt HF

Disse spørsmålene er gjennomgående for løsningsmodellene. Arbeidsgruppen finner det derfor hensiktsmessig i første delkapittel å gjøre rede for noen generelle betraktninger knyttet til hvert av punktene. Vurderingen av de konkrete løsningsmodellene gis i de etterfølgende delkapitlene.

6.1.1 Rettslige handlingsrom for modellvalg

Ettersom Pensjonsordningen for sykepleiere og Pensjonsordningen for apotekvirksomhet ikke omfattes av mandatet, presiserer arbeidsgruppen at den ikke har tatt stilling til de rettslige spørsmålene som knytter seg til disse ordningene.

Det rettslige utgangspunktet er at en gjensidig bebyrdende avtale om levering av tjenestepensjon skal inngås etter konkurranse i samsvar med lov om offentlige anskaffelser (LOA) og tilhørende forskrift (FOA). Helseforetakenes kjøp av tjenestepensjon vil derfor i

utgangspunktet være omfattet av anskaffelsesregelverket, med mindre det foreligger unntak.

Arbeidsgruppen mener at EU-domstolens avgjørelse i sak C-271/08 er en sentral rettskildefaktor ved tolkningsspørsmål som gjelder helseforetakenes anskaffelse av tjenestepensjon, og at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet også må følges ved helseforetakenes inngåelse av avtaler om tjenestepensjon. Med bakgrunn i dette herunder den rettslige prosessrisikoen har arbeidsgruppen ikke foreslått en løsningsmodell der tariffpartene avtaler hvem som skal være leverandør av tjenestepensjon til ansatte ved helseforetakene og tildeler en kontrakt direkte til denne leverandøren.

En rekke avtaler om levering av tjenestepensjon til ansatte i spesialisthelsetjenesten er imidlertid inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994, dvs. før anskaffelsesregelverket trådte i kraft ("gamle avtaler"), og avtalene er hovedsakelig inngått for en løpende (tidsubegrenset) periode. Her er det arbeidsgruppens vurdering at helseforetakene ikke er forpliktet etter EØS-reglene eller LOA og FOA til å si opp slike "gamle avtaler" om levering av tjenestepensjon og konkurranseutsette på nytt. For avtaler som er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 ("nye avtaler"), er det derimot arbeidsgruppens vurdering at disse trolig må konkurranseutsettes med jevne mellomrom, og at det ikke vil være tilstrekkelig å foreta undersøkelser i markedet. Endelig mener arbeidsgruppen at helseforetakene har adgang til å inngå nye løpende (tidsubegrensede) avtaler om tjenestepensjon.

Arbeidsgruppen gjør oppmerksom på at det vil bli ansett som en ny avtaleinngåelse i anskaffelsesregelverkets forstand, dersom det foretas vesentlige endringer i en eksisterende kontrakt om tjenestepensjon. For helseforetakene innebærer dette at dersom det etter 1994 har skjedd vesentlige endringer i "gamle avtaler" om levering av tjenestepensjon, vil disse avtalene således være å anse som "nye avtaler". Dette innebærer at det trolig også, etter en passende periode, vil inntre en forpliktelse til å konkurranseutsette avtaler som er inngått før 1994, der slike avtaler har blitt vesentlig endret etter 1994.

Det er arbeidsgruppens vurdering at det ved lukking oppstår tilsvarende spørsmål som ved løpende avtaler om tjenestepensjon. Dette skyldes at avtalen fortsetter å løpe for de som blir igjen i pensjonsordningen. Dette innebærer blant annet at avtaler inngått før 1994 trolig i utgangspunktet kan videreføres for eksisterende medlemmer.

Arbeidsgruppen har også vurdert muligheten for å organisere tjenestepensjon i offentlig regi. Arbeidsgruppen mener at en 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.

SPK leverer i dag tjenstepensjon til ansatte ved de tidligere statssykehusene. Arbeidsgruppen mener at det trolig er adgang for helseforetakene til å anskaffe tjenstepensjon i egenregi fra staten ved SPK.

Arbeidsgruppen mener at en privat leverandør av tjenstepensjon trolig ikke kan tildeles en enerett til å levere tjenstepensjon til helseforetakene. Arbeidsgruppen mener imidlertid at denne vurdering trolig vil kunne falle annerledes ut, dersom eneretten ønskes tildelt en annen offentlig oppdragsgiver. Den eneste offentlige virksomheten det kan være aktuelt å tildele en slik enerett er SPK. Ettersom arbeidsgruppen uansett har konkludert at helseforetakene trolig vil kunne anskaffe tjenstepensjon fra SPK i egenregi, går arbeidsgruppen ikke inn i en nærmere vurdering av om SPK ville kunne tildeles en enerett til levering av tjenstepensjon til helseforetakene.

Når det gjelder forholdet til regelverket for offentlig støtte, vil det ikke oppstå støtterettslige spørsmål dersom man velger å konkurransenutsette tjenstepensjonsavtalene. Ved etablering av egen pensjonskasse som pensjonsleverandør, er det imidlertid flere forhold helseforetakene må være oppmerksomme på. Blant annet må det vurderes om pensjonskassen må anses som et foretak. Dersom pensjonskassen er fullt integrert i staten og ikke operer i et marked i konkurranse vil ikke støtteregelverket komme til anvendelse. Dersom pensjonskassen tilbyr sine tjenester i konkurranse med private i et marked vil støtteregelverket derimot i utgangspunktet komme til anvendelse. Det må da sikres at det ikke skjer ulovlig kryss-subsidiering mellom den kommersielle og den ikke-kommersielle delen av virksomheten.

6.1.2 Økonomiske føringer

Som nevnt i kapittel 1, er det et sentralt utgangspunkt for arbeidsgruppens tilrådinger at løsningsmodellen ikke skal medføre økt finansieringsbehov for staten eller de regionale helseforetakene sammenliknet med å opprettholde dagens ordning. Arbeidsgruppen vil imidlertid kunne avveie kortsiktige tilpasningskostnader mot framtidig effektiv drift og lavere kostnader enn det en ellers ville stått overfor.

6.1.3 Hvilke pensjonsordninger og leverandører bør omfattes

De ansatte i helseforetakene i hovedstadsområdet er i dag medlemmer i ulike pensjonsordninger og hos flere forskjellige pensjonsleverandører. Utgangspunktet bør være at man samler flest mulig av ordningene og reduserer tallet på leverandører. Unntak fra dette bør kunne begrunnes spesielt. Historikk, økonomiske forhold og rettslig rammevilkår tilsier ikke nødvendigvis at alle pensjonsordningene bør behandles likt vedrørende om de bør være med i en eventuell ny leverandørordning eller ikke. Nedenfor gjennomgås først særlige forhold som gjør seg gjeldende ved de enkelte tjenstepensjonsordningene, deretter de enkelte leverandørene det er knyttet særskilte spørsmål til i denne sammenheng.

Pensjonsordningen for sykepleiere

Som redegjort for i kapittel 1 og 2, er Pensjonsordningen for sykepleiere en lovbestemt og profesjonsbasert pensjonsordning med medlemmer fra privat og offentlig sektor. Etter avtale administreres ordningen av KLP, og den har et eget partssammensatt styre oppnevnt av Arbeidsdepartementet. Det ligger derved utenfor de regionale helseforetakenes beslutningsmyndighet å velge pensjonsleverandør for ordningen og denne ordningen omfattes ikke av arbeidsgruppens mandat. Innmeldingsproblematikken knyttet til sykepleierne som i dag ikke er med i Pensjonsordningen for sykepleiere er imidlertid vurdert, og arbeidsgruppen anbefaler konkrete løsninger for dette der det er nødvendig for løsningsmodellen.

Pensjonsordningen for apotekvirksomhet

Som redegjort for i kapittel 1 og 2, er Pensjonsordningen for apotekvirksomhet en lovbestemt og profesjonsbasert pensjonsordning med medlemmer fra privat og offentlig sektor. Det er i loven også fastlagt at ordningen skal forvaltes av SPK, og den har et eget partssammensatt styre oppnevnt av Arbeidsdepartementet. Det ligger derved utenfor de regionale helseforetakenes beslutningsmyndighet å velge pensjonsleverandør for ordningen. Ordningen holdes utenfor den videre vurderingen, jf. arbeidsgruppens kommentarer til mandatet i kapittel 1.2.

Pensjonsordningen for sykehusleger

Pensjonsordningen for sykehusleger er en tariffbestemt pensjonsavtale der de regionale helseforetak er ansvarlig arbeidsgiverpart og beslutningstaker. Pensjonsordningen forvaltes av KLP etter avtale. Ordningen inkluderes derfor i modellvurderingene nedenfor.

Fellesordningen for sykehusansatte

Fellesordningen for sykehusansatte utenom leger og sykepleiere er en tariffbestemt avtale der de regionale helseforetakene er ansvarlig arbeidsgiverpart og beslutningstaker. Pensjonsordningen forvaltes av KLP etter avtale. Ordningen inkluderes derfor i modellvurderingene nedenfor.

Oslo Pensjonsforsikring AS

Pr. utgangen av 2009 var fortsatt nærmere 26 500 nåværende og tidligere ansatte og pensjonister ved OUS og Sunnaas HF medlemmer i OPF. Ordningen ble lukket for ansatte ved sykehusene i 2002, jf. kapittel 2.

Ved flytting av en pensjonsordning har medlemmene rett til å få videreført opparbeidede rettigheter. Dette byr på spesielle utfordringer for OPF siden stønadsdekningen der er noe høyere enn i øvrige ordninger, jf. kapittel 2. Forskjellen i stønadsdekning må håndteres av OUS og Sunnaas HF/HSØ dersom de skal skifte pensjonsleverandør for medlemmene i OPF, enten gjennom et økonomisk oppgjør med den enkelte forsikrede eller ved at ny leverandør kan håndtere en avvikende ytelsesplan.

Dersom OUS og Sunnaas HF skal flytte sine medlemmer ut av OPF, som er et livaksjeselskap, og over i en kollektiv pensjonskasse, må de skyte inn egenkapital i den nye

kassen. Dette vil kreve et egenkapitaltilskudd på om lag 258 mill kr ved oppstart, samt et årlig egenkapitaltilskudd på 0,3 prosent av premiereserven på ca. 9,9 mrd. kr, dvs. om lag 30 mill. kr årlig, jf. beregninger utført av Willis AS. Skulle man ønske å flytte OPF sine medlemmer til en kasse i egenregi, bør den tilføres et egenkapitaltilskudd i størrelsesorden 270 mill. kr dersom en skal øke egenkapitalen i den nye kassen i forhold til OPFs andel av den totale pensjonsreserven.

Avtalen med OPF ble inngått før EØS-avtalen trådte i kraft. Arbeidsgruppen mener at helseforetakene ikke er forpliktet til å konkurransenutsette tidsubestemte (løpende) avtaler om levering av tjenestepensjon som er inngått før EØS-avtalen. Det er således ikke et krav om at avtalen med OPF må konkurransenutsettes.

På bakgrunn av ovennevnte momenter finner arbeidsgruppen at en løsningsmodell for helseforetakene i Helse Sør-Øst i utgangspunktet ikke bør innebære at medlemmer i OPF flyttes til en annen leverandør. Pensjonsordningen i OPF ble etablert før EØS-avtalen trådte i kraft fra 1994. Arbeidsgruppen legger derfor til grunn at denne pensjonsordningen kan videreføres uten konkurransenutsetting.

Statens pensjonskasse

Vel 26 000 medlemmer, nåværende ansatte, oppsatte og pensjonister ved helseforetakene i HSØ har pensjonsordning forvaltet av SPK. OUS HF er ansvarlig arbeidsgiver og beslutningstaker. Helseforetakene plikter ikke å ha sin pensjonsordning i SPK og kan i utgangspunktet fritt velge annen leverandør. Etersom SPK allerede er leverandør til helseforetak innen Helse Sør-Øst, mener arbeidsgruppen det er naturlig at SPK og deres tjenestepensjonsordning inkluderes i modellvurderingen nedenfor.

Vestre Viken pensjonskasse

VVP er opprettet av Vestre Viken HF underlagt HSØ. Pensjonskassen er konkurransenutsatt i sin helhet, og forvaltes av Storebrand Pensjonstjenester AS. Ifølge det arbeidsgruppen er kjent med, har intensjonen vært at ordningen skulle være midlertidig inntil en fant fram til en mer langsiktig løsning for pensjonsleverandør til helseforetakene i Helse Sør-Øst. Ved en eventuell flytting av pensjonsordningen vil egenkapitalen bli frigjort og kan inngå i en ny ordning. Ordningen bør omfattes av modellvurderingene nedenfor.

Akershus fylkeskommunale pensjonskasse

Akershus fylkeskommunale pensjonskasse er opprettet av og for Akershus fylkeskommune. Pensjonsordningen holdes imidlertid fortsatt åpen for ansatte ved de tidligere fylkeskommunale sykehusene Akershus universitetssykehus HF, Bærum sykehus under Vestre Viken HF og deler av de ansatte ved Sunnaas sykehus HF. Av historiske årsaker er også sykepleiere medlemmer i ordningen. Sykepleiernes medlemskap i ordningen har grunnlag i et vedtak fra Sosialdepartementet i 1962, hvor det heter at sykepleiere som er medlemmer av AFPK skal være unntatt fra Pensjonsordningen for sykepleiere.

For helseforetakene i HSØ er det viktig å få en enklere administrativ situasjon med færre leverandører for tjenstepensjon til sine ansatte. Ordningen bør derfor inngå i en helhetlig vurdering av valg av pensjonsleverandørmodell for helseforetakene i HSØ, og helseforetakenes andel av egenkapitalen bør eventuelt inngå ved vurdering av en annen leverandørordning. Ved flytting av helseforetakenes medlemmer fra AFPK, må sykepleierne i ordningen vurderes særskilt jf. lov 22. juni 1962 nr. 12 om pensjonsordningen for sykepleiere og dispensasjonsvedtaket. De tidligere kommunale sykehusene Ullevål og Aker har siden 2002, og senere OUS fra 2009, meldt nytilsatte sykepleiere inn i Pensjonsordningen for sykepleiere i KLP.

Lov om pensjonsordning for sykepleiere gir rett og plikt til medlemskap for sykepleiere i denne ordningen, og formålet med loven er at alle offentlig godkjente sykepleiere skal ha samme pensjonsordning uavhengig av arbeidsgivertilknytning. Dispensasjonen fra pensjonsordningen som ble gitt for sykepleiere som er medlemmer i AFPK må sees i sammenheng med datidens organisering av helsesektoren. Ved flytting av helseforetakenes medlemmer fra AFPK mener arbeidsgruppen at formålet bak sykepleierpensjonsloven tilsier at det prinsipielle utgangspunktet bør være at sykepleierne overføres til Sykepleierordningen. Dette synes også å være i tråd med dispensasjonsvedtaket fra 1962 ettersom flytting fra AFPK medfører at sykepleiernes medlemskap i ordningen opphører.

Arbeidsgruppen tilrår derfor at sykepleierne, ved eventuell flytting av helseforetakenes medlemmer i AFPK til en annen ordning, flyttes til Sykepleierordningen. Skulle det foreligge administrative forhold som gjør at dette ikke er mulig, må helseforetaket forholde seg til sykepleierpensjonslovens regler, herunder spørsmålet om dispensasjon fra sykepleierordningen.

6.1.4 Hvilke medlemmer i de enkelte ordninger bør omfattes av løsningsmodellen

Medlemmer i pensjonskasser kan enten være ansatte, pensjonister eller ha en oppsatt rett (fratrådt fra stilling). I vurderingene nedenfor går det et skille mellom på den ene side å lukke eksisterende ordninger med disse gruppene som medlemmer og la ny ordning kun gjelde for nyansatte, og på den annen side også å flytte over alle eksisterende medlemmer til en ny leverandør/pensjonskasse.

Flytting av offentlige tjenstepensjonsordninger reguleres av forsikringsvirksomhetslovens kapittel 11. Ifølge § 11-2, annet ledd må flyttingen omfatte hele pensjonsordningen – det vil si også pensjonister og medlemmer med oppsatte pensjonsrettigheter. Arbeidsgruppen legger denne forståelsen til grunn for det videre arbeidet.

Ved gjennomføringen av helseforetaksreformen fra 2002 ble det forutsatt at daværende pensjonsforhold skulle videreføres inntil videre. Følgelig ble pensjonsleverandøravtalene som var inngått av de opprinnelige fylkeskommunale og statlige sykehuseierne videreført. Disse avtalene ble inngått før EØS-avtalen trådte i kraft i 1994 og er tidsbegrensede (omtales som "gamle avtaler" i kapittel 4). De har kun bestemmelser om frister for eventuell oppsigelse. Arbeidsgruppen mener at helseforetakene ikke er forpliktet etter

EØS-reglene eller LOA og FOA til å si opp slike ”gamle avtaler” om levering av tjenestepensjon og konkurranseutsette på nytt. For avtaler som er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 (”nye avtaler”), er det arbeidsgruppens vurdering at disse trolig må konkurranseutsettes med jevne mellomrom, og det ikke vil være tilstrekkelig å foreta undersøkelser i markedet. Dersom det etter 1994 har skjedd vesentlige endringer i ”gamle avtaler” om levering av tjenestepensjon, vil disse avtalene imidlertid vurderes som ”nye avtaler” etter anskaffelsesregelverket. Ved en vurdering av hvilke avtaler som skal omfattes av ny leverandørordning er det derfor naturlig å skille mellom ”nye” og ”gamle” avtaler.

KLP har opplyst til arbeidsgruppen at det kun er foretatt mindre tekniske endringer i avtalene om levering av tjenestepensjon til ansatte i spesialisthelsetjenesten i perioden 1994 til 2002.¹⁵⁴ Arbeidsgruppen har ikke foretatt en nærmere vurdering av dette.

Arbeidsgruppen har heller ikke foretatt nærmere undersøkelser av om det er inngått nye avtaler om levering av tjenestepensjon til ansatte i spesialisthelsetjenesten i perioden 1994-2002. Helseforetakene er selv nærmest til å foreta en konkret gjennomgang av sine avtaler og vurdere om det er foretatt noe mer enn tekniske justeringer som vil innebære at avtalene fra før 1994 vil bli vurdert som ”nye avtaler” i forhold til anskaffelsesregelverket. Dersom det legges til grunn at det verken har skjedd vesentlige endringer i avtalen inngått før 1994 og at det ikke er inngått avtaler i perioden 1994-2002, vil i praksis skille mellom ”gamle avtaler” og ”nye avtaler” for levering av tjenestepensjon til helseforetakene være 2002. Dette innebærer derfor trolig at helseforetakene bare har en forpliktelse til å konkurranseutsette de nye avtalene helseforetakene har inngått fra 2002.¹⁵⁵

I forbindelse med helseforetaksreformen i 2002 ble det, etter hva arbeidsgruppen har fått opplyst, etablert et mindre antall nye pensjonsavtaler blant annet for ansatte i de regionale helseforetakene og for nyansatte ved daværende Ullevål universitetssykehus og Aker sykehus. Disse avtalene er således inngått etter at EØS-avtalen trådte i kraft og må derfor vurderes spesielt.

Avtaler inngått fra 2002 i KLP omfatter i alt ca. 7 400 medlemmer pr. utgangen av 2009 fordelt med ca 6 400 knyttet til avtaler under HSØ og de øvrige ca. 1 000 medlemmene til avtaler forankret i de andre regionale helseforetakene. I alt er de registrert på 16 arbeidsgivernummer i KLP. Bortsett fra avtalen med OUS som omfatter vel 5 000 medlemmer er tallet på medlemmer i hver avtale gjennomgående lite.

6.1.5 Beslutningsnivå for valg av pensjonsleverandørmodell

I kapittel 5 har arbeidsgruppen vurdert at det er eier/HOD etter samråd med de regionale helseforetakene som bør beslutte valg av leverandørmodell og at de regionale helseforetakene bør være beslutningsenhet for iverksetting og valg av pensjonsleverandør.

¹⁵⁴ Helseforetaksmodellen ble etablert i 2002. Helseforetakene overtok da de eksisterende avtalene om tjenestepensjon.

¹⁵⁵ Dette vil også omfatte tilfeller der det skjer vesentlige endringer av ”gamle” avtaler.

Med de spesielle utfordringer som eksisterer i hovedstadsområdet mener arbeidsgruppen det bør åpnes for ulike leverandørløsninger for de forskjellige helseforetakene i HSØ.

HSØ RHF og særlig deres underliggende helseforetak i hovedstadsområdet, har behov for en mer praktikabel, oversiktlig og robust løsningsmodell sammenlignet med dagens situasjon. De øvrige helseregionene har alle sine tjenstepensjoner samlet i KLP i tidsbegrensede avtaler som i all hovedsak er inngått før sykehusreformen ble gjennomført (jf. siste avsnitt i kapittel 6.1.4 ovenfor). Tilsvarende gjelder i Helse Sør-Øst for alle helseforetak utenfor hovedstadsområdet, det vil si Sykehuset Innlandet, Sykehuset Østfold, Sykehuset i Vestfold, Sykehuset Telemark, Sørlandet Sykehus og Psykiatrien i Vestfold. Det praktiske problemet ligger således ikke her.

6.1.6 Oppsummering av føringene på modellvalg

Arbeidsgruppen legger etter dette følgende rammebetingelser og føringer til grunn for den videre vurderingen av modeller:

- Løsningsmodellene skal ikke medføre økt finansieringsbehov for staten eller de regionale helseforetakene sammenliknet med å opprettholde dagens ordning
- Beslutningsnivå for valg av løsningsmodell bør være staten v/HOD som eier, etter samråd med de regionale helseforetak
- Beslutningsnivået for iverksetting og eventuelt valg av ekstern pensjonsleverandør bør i utgangspunktet være de regionale helseforetakene
- Leverandøravtalene for Pensjonsordningen for sykepleiere og Pensjonsordningen for apotekvirksomhet ligger fast og berøres ikke av løsningsmodellene, bortsett fra at innmeldingsproblematikken for sykepleiere der det er nødvendig for løsningsmodellen
- Løsningsmodeller som vurderes skal omfatte både ordningen for sykehusleger og fellesordningen for øvrige ansatte
- Det må skilles mellom avtaler om levering av tjenstepensjon inngått før og etter at EØS-avtalen trådte i kraft
- SPKs medlemmer må vurderes konkret for hver enkelt løsningsmodell
- De nåværende medlemmene i OPF forblir i OPF
- Medlemmene i AFPK bør flyttes til en annen pensjonsleverandør som omfatter en større del av de ansatte i helseforetak underlagt HSØ
- Sykepleierne som er medlem i AFPK flyttes eventuelt til Pensjonsordningen for sykepleiere
- Medlemmene i VVP bør flyttes til en annen pensjonsleverandør som omfatter en større del av de ansatte i helseforetak underlagt HSØ.

6.2 Kriterier for valg av modell

Ved vurdering av konkrete løsningsmodeller er det en rekke ulike hensyn som må veies mot hverandre. På bakgrunn av føringer i arbeidsgruppens mandat og øvrige hensyn som vurderes å være sentrale for helseforetakene selv eller i styringen av helseforetakene mener

arbeidsgruppen at følgende kriterier og forutsetninger for valg av modell bør legges til grunn:

- Rettslig prosessrisiko knyttet til modellvalg
- Økonomiske konsekvenser
- Forutsigbarhet og administrativ forenkling for foretakene
- Forutsigbarhet ved innmelding og pensjonshåndtering for foretak og ansatte
- Robusthet over tid knyttet til endringer i foretaksstrukturen mv
- Egnethet i foretaksmodellen
- Hensynet til konkurranse i det aktuelle markedet

Rettslig handlingsrom og vurdering av prosessrisiko er behandlet i kapittel 4. Økonomiske føringer og rammebetingelser er presentert foran i kapittel 6.1.2 og blir nærmere drøftet i tilknytning til ulike modeller i etterfølgende kapittel 6.3 og 6.4.

Løsningsmodellene som vurderes bør fortrinnsvis bidra til forutsigbarhet over tid om hvor den enkelte arbeidstaker skal ha sin pensjonsordning og en forenkling av den administrative situasjonen for foretakenes ledelse. De administrative kostnadene bør kunne håndteres innenfor rimelige økonomiske rammer. Dette er særlig aktuelt for Helse Sør-Øst som må forholde seg til fem forskjellige leverandører. Løsningene bør kunne forvaltes uten at foretakene må bygge opp betydelig spesialkompetanse internt i sin administrasjon, utover det som anses nødvendig for å ivareta arbeidsgiveransvaret på en forsvarlig måte.

Arbeidsgiver bør på en enkel måte kunne sørge for og følge med på at pensjonsleverandøren gir god medlemservice til de ansatte i foretakene og øvrige medlemmer av pensjonsordningen. Likeledes må det være enkelt for medlemmene av pensjonsordningen å holde oversikt over hvor pensjonsordningen til enhver tid er forankret og hvor vedkommende får medlemservice.

Løsningene må ta hensyn til at helsetjenesten vil måtte gjennomgå tilpasninger over tid for å møte nye utfordringer og behov. Dette stiller krav til robusthet for å kunne ivareta endringer i eller mellom helseforetak, endringer på regionnivå eller i ytterste konsekvens mer gjennomgripende endringer i organisering. Det vil således fra dette perspektiv være en fordel å samle helseforetak i samme leverandørordning med store utjevningsfellesskap.

Løsningene som vurderes bør støtte opp om dagens styringsstruktur. Som drøftet i kapittel 5, er arbeidsgruppens vurdering at valg av leverandørmodell skal besluttes sentralt av eier. Det regionale helseforetak bør i utgangspunktet være enhet for løsningsmodellen og beslutningstaker ved eventuelt valg av ekstern pensjonsleverandør. Dette understøtter foretaksmodellen som gir foretakene selvstendig ansvar og myndighet for drift, utvikling og investering i spesialisthelsetjenesten innenfor nasjonalt bestemte helsepolitiske mål og økonomiske rammer.

De konkurransepolitiske aspektene er nærmere vurdert i kapitlene 3 og 5. De regionale helseforetakene er i dag store eiere og/eller kunder i de pensjonsinnretningene der deres ansatte er medlemmer. Det vil ha vesentlig betydning for den enkelte pensjonsinnretning dersom det skjer større forflytninger. Dette vil også kunne få betydning for strukturen i markedet for offentlig tjenstepensjon.

6.3 Mulige løsningsmodeller

I utgangspunktet står en overfor fem ulike hovedlinjer når modeller skal utformes:

- Videreføring av gamle avtaler og konkurranseutsetting av nye (fra 1994 og senere)
- Lukking av eksisterende avtaler¹⁵⁶ og konkurranseutsetting for nye ansatte
- Konkurranseutsetting både av avtaler for nåværende medlemmer og for nye ansatte
- Etablering av egen fondert pensjonskasse/egenregi
- Innmelding av nyansatte i SPK, lukking av andre leverandøravtaler

Innenfor disse hovedlinjene er det en rekke kombinasjonsmuligheter. I modellalternativene som presenteres har arbeidsgruppen tatt utgangspunkt i føringer og kriterier presentert foran i kapittel 6.1 og 6.2 og søkt å stille sammen modeller som ivaretar disse best mulig samtidig som hovedvalgene tydeliggjøres. Det er mulig å se for seg flere ulike kombinasjoner enn de som presenteres nedenfor, men arbeidsgruppen anser de omtalte som å være de meste relevante.

Utgangspunktet er at man innenfor hver helseregion bør ha en helhetlig struktur for levering av tjenstepensjon. Med de føringer som er redegjort for i kapittel 6.1 bør oppmerksomheten særlig rettes mot å finne gode løsninger for helseforetakene i HSØ, med vekt på hovedstadsområdet.¹⁵⁷ I det videre er dette ivaretatt gjennom særskilte tilpasninger i de fem hovedalternativene for HSØ/hovedstadsområdet. Medlemmene i SPK vurderes innenfor de ulike leverandørmodellene, i tillegg til at det foretas en grundigere gjennomgang av et alternativ basert på SPK som framtidig, ny hovedleverandør. De økonomiske konsekvenser i tilknytning til de ulike alternativene er nærmere presentert samlet i kapittel 6.4 nedenfor.

6.3.1 *Alt. 1: Videreføring av gamle avtaler og forenkling i hovedstadsområdet*

For alle helseforetak utenfor hovedstadsområdet:

- Leverandøravtaler med KLP inngått av fylkeskommunene før EØS-avtalen trådte i kraft fra 1994 videreføres
- Nye avtaler, inngått fra 1994¹⁵⁸, konkurranseutsettes.

¹⁵⁶ Rettslig sett vil administrasjon og forvaltning av en lukket ordning i utgangspunktet måtte vurderes på samme måte som videreføring av en avtale, ettersom eksisterende medlemmer forblir i ordningen.

¹⁵⁷ "Hovedstadsområdet" er her definert som: Oslo Universitetssykehus HF, Akershus universitetssykehus HF, Sunnaas sykehus HF og Vestre Viken HF.

¹⁵⁸ Jf. kapittel 6.1.4. Etter de opplysninger arbeidsgruppen har fått ble bare mindre tekniske endringer foretatt mellom 1994 og 2002. I praksis gjelder derfor dette for avtaler inngått av de regionale helseforetak fra 2002.

For HSØ RHF med underliggende helseforetak i hovedstadsområdet spesielt:

- SPK lukkes, nåværende medlemmer forblir der
- Medlemmer i OPF (som er lukket) forblir der
- Avtaler inngått med KLP fra 1994¹⁵⁹ og senere sies opp og medlemmene flyttes til ny leverandørordning
- Medlemmer i AFPK flyttes:
 - Sykepleiere flyttes til Pensjonsordningen for sykepleiere i KLP
 - Øvrige medlemmer flyttes til ny leverandørordning
- Medlemmer i VVP flyttes til ny leverandørordning
- Nyansatte sykepleiere ved Ahus og Bærum sykehus under Vestre Viken HF meldes inn i Pensjonsordningen for sykepleiere
- HSØ RHF etablerer en ny leverandørordning som skal omfatte:
 - Alle nye ansatte ved helseforetakene i hovedstadsområdet, med unntak av sykepleierne
 - Medlemmer i KLP omfattet av avtaler inngått fra 1994 og senere
 - Medlemmer i AFPK (eksklusive sykepleierne)
 - Medlemmer i VVP
- Ny leverandørordning:
 - Konkurransetsettes
 - Egen pensjonskasse etableres

For alle foretakene innebærer dette at de tidsbegrensede avtalene inngått før 1994 videreføres. Avtaler inngått etter at EØS-avtalen trådte i kraft i 1994 inngår i ny løsning.

I HSØ rettes arbeidet mot å redusere tallet på leverandører, lukke gamle ordninger i hovedstadsområdet og få på plass en ny felles ordning for helseforetakene i området. Den nye ordningen kan konkurransetsettes eller etableres i egenregi som en egen pensjonskasse. En leverandørordning for hovedstadsområdet vil bli så stor at det vil kunne være et økonomisk ønskelig alternativ å etablere en egen pensjonskasse.

Arbeidsgruppen mener at avtaler som er inngått etter EØS-avtalen ("nye avtaler") må konkurransetsettes med jevne mellomrom. Tilsvarende gjelder dersom det etter 1994 har skjedd vesentlige endringer i avtaler som er inngått før EØS-avtalen ("gamle avtaler"), da disse vil anses som "nye avtaler". Den delen av modellen som omfatter konkurransetsetting av "nye avtaler" for HMN, HV og HN og deres underliggende helseforetak er således innenfor det rettslige handlingsrommet. For HMN, HV og HN med underliggende helseforetak og for underliggende helseforetak i HSØ utenom

¹⁵⁹ D.s. som i fotnote 28.

hovedstadsområdet foreslås det en videreføring av avtaler med KLP, som er inngått før EØS-avtalen trådte i kraft. Arbeidsgruppen mener at disse avtalene kan videreføres.¹⁶⁰

For den delen av modellen som omfatter HSØ og underliggende helseforetak i hovedstadsområdet foreslås det en kombinasjon av lukking av nåværende pensjonsordninger, flytting av medlemmer ut fra pensjonsordninger og etablering av en ny ordning for fremtidige ansatte ved HSØ og helseforetakene i hovedstadsområdet. Ved lukking av nåværende avtaler om levering av tjenstepensjon, oppstår tilsvarende rettslige spørsmål som ved løpende avtaler om tjenstepensjon. Avtaler om levering av tjenstepensjon med SPK og OPF er inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse, og arbeidsgruppen mener at helseforetakene ikke er rettslig forpliktet til å konkurransesutsette disse avtalene. Videre mener arbeidsgruppen at det kan argumenteres for at det er rettslig adgang for helseforetakene til å anskaffe tjenstepensjon i egenregi fra SPK. Arbeidsgruppen mener på bakgrunn av dette at det også er innenfor det rettslige handlingsrommet å lukke avtalen om levering av tjenstepensjon fra SPK og OPF.

Modellen innebærer videre at medlemmer som flyttes ut av en pensjonsordning og medlemmer fra pensjonsordninger som blir avsluttet, samles i en ny ordning sammen med nye ansatte. For de avtaler som foreslås samlet i en ny felles ordning er modellens forslag konkurransesutsetting av disse avtalene, eventuelt at HSØ og underliggende helseforetak i hovedstadsområdet etablerer en egen felles pensjonskasse. Alternativet med konkurransesutsetting av denne nye ordningen ligger innenfor det rettslige handlingsrommet. Arbeidsgruppen mener at det også er innenfor det rettslige handlingsrommet at et eller flere helseforetak etablerer egen (felles) pensjonskasse som utelukkende betjener de foretak som oppretter denne. For at alternativet om etablering av egen (felles) pensjonskasse skal være innenfor det rettslige handlingsrommet stilles det blant annet krav til hvordan kassen organiseres. Det vises her til kapittel 4.4. Ved etablering av egen pensjonskasse som pensjonsleverandør, påpeker arbeidsgruppen at det er flere forhold helseforetakene også må være oppmerksomme på i forhold til regelverket om offentlig støtte. Det vises her til kapittel 4.6.

For foretakene utenfor hovedstadsområdet har dette alternativet begrensede økonomiske konsekvenser sammenliknet med dagens situasjon. Videreføring av gamle avtaler innebærer at foretakene ikke taper sin andel av opptjent egenkapital i KLP. Kapitalen bidrar til KLPs soliditet og har derved positiv effekt på premienivået. Avtaler inngått med KLP fra 1994 og senere er av meget begrenset omfang, jf. kapittel 2.2.6 og 6.1.4. Konkurransesutsetting av disse avtalene vil derfor slå lite ut i forhold til totaløkonomien for pensjonsordningene.

Egenkapital i KLP, VVP og AFPK frigjøres og kan gå inn i ny ordning for hovedstadsområdet, i alt ca. 463 mill. kr. Dette tilfredsstiller minimumskravet til en kjernekapitalandel på 8 pst., tilsvarende ca. 260 mill. kr.

¹⁶⁰ Dette forutsetter at det ikke har skjedd vesentlige endringer i avtalen etter 1994.

Ved eventuelle framtidige organisasjonsendringer er modellen oversiktlig, robust og forutsigbar både innenfor og på tvers av de respektive regioner fordi det er samme leverandør for de fleste foretakene og hovedstadsområdet får sanert noe og skapt en mer entydig leverandørordning for framtiden.

Det må bygges opp noe kapasitet og kompetanse i foretakene til med jevne mellomrom å forberede og gjennomføre anbudsprosesser for valg av pensjonsleverandør for nye avtaler, inngått fra 1994 og senere. Disse avtalene er imidlertid av begrenset omfang. Sett i forhold til de alminnelige krav til foretakene om kompetanse og kapasitet til å gjennomføre anbudsprosesser i samsvar med anskaffelsesregelverket for andre innkjøp, antas dette å være av begrenset betydning.

En ulempe ved denne modellen er at en ikke får prøvd ut i større omfang om andre leverandører i markedet kan levere tilsvarende pensjonstjenester rimeligere med tilsvarende eller bedre service overfor foretakene og deres ansatte. Den positive virkningen en kunne forventet i markedet for offentlig tjenstepensjon, herunder markedet for kommunal tjenstepensjon, vil også bli vesentlig mindre dersom ingen av de gamle avtalene settes ut på anbud. Videre kan det bli en noe mer oppsplittet leverandørsituasjon dersom nyere avtaler konkurranseutsettes og det kommer inn andre leverandører enn de som allerede leverer tjenester til foretakene i dag.

For hovedstadsområdet vil lukking av SPK, samt samling av leverandørordningene i VVP, KLP og AFPK til én ny leverandørordning bety en administrativ forenkling. Modellen gir forutsigbarhet for innmelding av nyansatte, og det er for framtiden lagt grunnlag for en mer oversiktlig og robust leverandørmodell. Fortsatt vil en imidlertid i mange år framover måtte administrere og betale premie til de lukkede ordningene i OPF og SPK.

Dersom man velger å legge ordningen for pensjonsleverandør til hovedstadsområdet ut på anbud, får en etablert en konkurransesituasjon og vurdert om markedet kan gi rimeligere pensjonsleveranser. Ulempene er, som skissert ovenfor, kravene til administrativ kompetanse og kapasitet.

Alternativet til konkurranseutsetting er at det etableres en egen pensjonskasse for de aktuelle helseforetakene i hovedstadsområdet. Det signaliserer forutsigbarhet om framtidig forvaltning og administrasjon dersom en velger å etablere en egen selvstendig administrasjon av pensjonskassen. En får med egen kasse tydeligere kontroll over pensjonsordningens egenkapital enn i et gjensidig selskap, mer innflytelse over investeringsstrategien, og man kan mer direkte styre servicen overfor pensjonsordningens medlemmer. Dette vil særlig kunne være av betydning ved eventuelle framtidige endringer i foretaksstruktur og ved omorganiseringer.

Egen kasse krever imidlertid nye ressurser og det må bygges opp en kompetent stab i egen regi. For å begrense omfanget av intern administrasjon og stab kan man konkurranseutsette forvaltning og administrasjon av pensjonskassen, slik som VVP gjør i dag. En har da en markedssituasjon som likner på å legge ordningen ut på anbud.

Leverandørordningen vil imidlertid kunne bli mer fleksibel ved at en splitter opp og vurderer nærmere hvilke administrasjons- og forvaltningsoppgaver som bør ivaretas i pensjonskassens egen regi og hvilke som bør konkurranseutsettes. For å ha nærhet til pensjonskassen og kunne følge med på pensjonskassens investerings- og forvaltningsstrategi bør som et minimum administrerende direktør være fulltids ansatt i pensjonskassen.

6.3.2 *Alt. 2: Lukking av eksisterende avtaler og konkurranseutsetting for nyansatte*

- Hvert av de fire regionale helseforetak lukker pensjonsordninger hos eksisterende leverandører med avtaler inngått før EØS-avtalen fra 1994
- Det etableres én ny pensjonsleverandørordning for hvert regionalt helseforetak
- Nye leverandøravtaler, inngått fra 1994 og senere, sies opp og medlemmene flyttes til ny ordning sammen med alle nyansatte
- Ny ordning for pensjonsleverandør til alle ansatte innenfor den enkelte helseregion etableres etter konkurranseutsetting
- For Helse Sør-Øst RHF og underliggende helseforetak spesielt:
 - SPK, AFPK og VVP lukkes, nåværende medlemmer forblir der
 - Medlemmer i OPF (som er lukket) forblir der
 - Avtaler inngått med KLP før 1994 lukkes
 - Avtaler inngått med KLP fra 1994 og senere sies opp og medlemmene flyttes til ny ordning sammen med alle nye ansatte
 - Ny ordning for hele HSØ etableres etter konkurranseutsetting
 - Nyansatte sykepleiere ved Ahus meldes inn i Pensjonsordningen for sykepleiere

Dette alternativet retter innsatsen mot nyere avtaler og nye arbeidsforhold. Det blir en oversiktlig og enkel struktur på nye leverandøravtaler innenfor rammen av anskaffelsesregelverket. Gamle leverandøravtaler (fra før 1994) ligger urørt så lenge de ansatte forblir i samme ansettelsesforhold. Ved skifte av arbeidsgiver går ansatte over på ny ordning. For HSØ innebærer dette alternativet ingen spesialordning for hovedstadsområdet, men en ny felles leverandørordning for alle helseforetakene i regionen.

Arbeidsgruppen mener at avtaler som er inngått etter EØS-avtalen ("nye avtaler") trolig må konkurranseutsettes med jevne mellomrom. Tilsvarende gjelder dersom det etter 1994 har skjedd vesentlige endringer i avtaler som er inngått før EØS-avtalen ("gamle avtaler"), da disse vil anses som "nye avtaler". Utgangspunktet er at disse avtalene må konkurranseutsettes. Den delen av modellen som omfatter konkurranseutsetting av "nye avtaler" for HSØ, HMN, HV og HN og deres underliggende helseforetak er således innenfor det rettslige handlingsrommet. For HSØ, HMN, HV og HN med underliggende helseforetak foreslås det en videreføring av avtaler med KLP, som er inngått før EØS-avtalen trådte i kraft. Arbeidsgruppen mener at disse avtalene kan videreføres.¹⁶¹

¹⁶¹ Dette forutsetter at det ikke har skjedd vesentlige endringer i avtalen etter 1994.

For den delen av modellen som omfatter HSØ og underliggende helseforetak i hovedstadsområdet foreslås det en kombinasjon av lukking av nåværende pensjonsordninger, flytting av sykepleiere til pensjonsordningen for sykepleiere og konkurranseutsetting av en avtale for alle nye ansatte. Arbeidsgruppen tar ikke stilling til de rettslige spørsmålene knyttet til Pensjonsordningen for sykepleiere. Ved lukking av nåværende avtaler om levering av tjenstepensjon, oppstår tilsvarende rettslige spørsmål som ved løpende avtaler om tjenstepensjon. Avtaler om levering av tjenstepensjon med SPK og OPF er inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse, og arbeidsgruppen mener at helseforetakene ikke er forpliktet til å konkurranseutsette disse avtalene. Videre mener arbeidsgruppen at det kan argumenteres for at det er rettslig adgang for helseforetakene å anskaffe tjenstepensjon i egenregi fra SPK. Arbeidsgruppen mener på bakgrunn av dette at det er innenfor det rettslige handlingsrommet å lukke avtalen om levering av tjenstepensjon fra SPK og OPF. Når det gjelder lukking av pensjonsordningen i AFPK, så er dette innenfor det rettslige handlingsrommet siden avtalen er inngått før EØS-avtalen trådte i kraft. En lukking av VVP forutsetter at vilkårene for egen pensjonskasse er oppfylt, og arbeidsgruppen viser da til vurderinger i kapittel 4.4.

Foretakenes innskudd i nåværende ordninger i KLP og AFPK forblir i ordningen og tapes ikke. Innskudd i nyere ordninger, i praksis etablert fra 2002, i KLP frigjøres og kan nyttes til etablering av nye leverandørordninger, mens opptjent egenkapital for ordningene risikeres tapt ut fra KLPs praksis. Det utgjør anslagsvis ca. 60 mill kr pr. utgangen av 2009, jf. kapittel 6.4.1.

For de øvrige helseregionene, Helse Vest, Helse Midt-Norge og Helse Nord, vil dette samlet sett innebære en mer uoversiktlig og administrativt komplisert leverandørsituasjon. For hovedstadsområdet løser dette alternativet ikke problemene med kompliserte og uoversiktlige leverandørordninger, men det gir forutsigbarhet for innmelding av nyansatte.

6.3.3 Alt. 3: Konkurranseutsetting av avtaler for alle ansatte

- De fire regionale helseforetakene sier opp alle gjeldende leverandøravtaler med KLP inngått både før og etter at EØS-avtalen trådte i kraft fra 1994
- De regionale helseforetakene konkurranseutsetter hver sin felles avtale for foretakene i regionen som helhet.

- For Helse Sør-Øst spesielt:
 - Helse Sør-Øst konkurranseutsetter en felles avtale for det regionale foretaket med underliggende helseforetak, dvs. at også helseforetakene i hovedstadsområdet omfattes
 - Medlemmer i VVP og AFPK (eksklusive sykepleierne) flyttes til ny felles avtale for Helse Sør-Øst
 - Alle medlemmene i KLP (eksklusive sykepleierne) flyttes til ny felles avtale
 - Sykepleierne i AFPK og nyansatte sykepleiere ved Ahus meldes inn i Pensjonsordningen for sykepleiere

- SPK lukkes, nåværende medlemmer forblir der
- Medlemmer i OPF (som er lukket) forblir der
- For de øvrige RHFene med deres underliggende helseforetak innebærer dette at:
 - Hvert RHF konkurranseutsetter en felles avtale for RHFet med underliggende helseforetak
 - Avtalen omfatter:
 - Alle medlemmer i KLP (eksklusiv sykepleierne)
 - Nye ansatte, eksklusiv sykepleierne

Dette alternativet innebærer tilnærmet full sanering av tidligere avtaler og etablering av nye avtaler basert på konkurranseutsetting etter regelverket om offentlige anskaffelser. I dette alternativet er det ikke nødvendig med spesialordninger for hovedstadsområdet, utover at en beholder leverandøraftalene i SPK og OPF som lukkede ordninger.

Den delen av modellen som omfatter konkurranseutsetting av avtaler er uproblematisk rettslig sett. Ved lukking av nåværende avtaler om levering av tjenstepensjon, oppstår tilsvarende rettslige spørsmål som ved løpende avtaler om tjenstepensjon. Avtaler om levering av tjenstepensjon med SPK og OPF er inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse, og arbeidsgruppen mener at helseforetakene ikke er forpliktet til å konkurranseutsette disse avtalene. Videre mener arbeidsgruppen at det kan argumenteres for at det er rettslig adgang for helseforetakene å anskaffe tjenstepensjon i egenregi fra SPK. Arbeidsgruppen mener på bakgrunn av dette at det er innenfor det rettslige handlingsrommet å lukke avtalen om levering av tjenstepensjon fra SPK og OPF.

Samlet innskutt egenkapital i KLP og VVP, samt innskutt og opptjent egenkapital i AFPK vil ved eventuell flytting til annen pensjonskasse frigis. Dette utgjør i alt ca. 1,420 mrd. kr som kan nyttes til ny leverandørordning. Samtidig risikerer foretakene å tape opptjent egenkapital, i alt ca. 925 mill. kr (eksklusive Sykepleierordningen), som forblir i KLP.

Ved å etablere felles leverandøraftaler for pensjonsordningene innenfor det enkelte regionale helseforetak vil modellen kunne være robust overfor eventuelle framtidige endringer i klinikkstrukturen mv. innenfor det enkelte regionale helseforetak. Ansvaret for ordningen er klart plassert hos det enkelte regionale helseforetak. På den annen side vil denne modellen kunne innebære en oppsplitting i leverandørstrukturen mellom de regionale helseforetak, noe som kan være uheldig dersom en senere vil foreta endringer i foretaksstrukturen på RHF-nivå. Det må i så fall søkes justert ved senere konkurranseutsettinger.

Modellen vil kreve vesentlig administrativ kompetanse og kapasitet i de regionale helseforetakene til jevnlig å gjennomføre så store anskaffelsesprosesser som dette vil innebære. Leverandøraftalene bør eventuelt ha lang varighet innenfor anskaffelsesregelverkets rammer, både for at administrasjonskostnadene ved konkurranseutsetting ikke skal bli for store og fordi de ansatte skal oppleve stabilitet over tid.

Ved at det konkurransenutsettes flere leverandøravtaler vil det kunne utvikles et marked med reell konkurranse; noe som vil kunne gi positive eksterne virkninger overfor kommunene som også benytter dette markedet for å konkurransenutsette sine tjenestepensjoner. Av hensyn til mulighetene for å etablere et marked bør eventuelt ikke alle avtaler konkurransenutsettes samtidig. Grunnet avtalenes størrelse tilsier både økonomiske hensyn for de nåværende leverandørene og administrative hensyn at konkurransenutsetting bør fordeles over noe tid, jf. tilleggsrapporten fra Konkurransetilsynet. Det vil kreve tid både til å rekruttere personell og etablere nødvendige administrative systemer med tilstrekkelig kapasitet hos potensielle leverandører.

6.3.4 Alt. 4: Egen pensjonskasse for alle ansatte, forenkling i hovedstadsområdet

- De fire regionale helseforetakene sier opp alle gjeldende leverandøravtaler med KLP inngått både før og etter at EØS-avtalen trådte i kraft fra 1994
- De regionale helseforetakene etablerer pensjonskasse(r) i egenregi:
 - Felles pensjonskasse for alle foretakene
 - Hvert av de regionale helseforetakene etablerer egen kasse for RHFet og underliggende helseforetak
- Innenfor hoveddrammen av denne modellen kan en ha ulike forvaltnings- og administrasjonsmodeller hvor ulike deler av virksomheten konkurransenutsettes
- For Helse Sør-Øst spesielt: Det etableres en egen kasse for alle helseforetakene i regionen, inkl. hovedstadsområdet:
 - Helseforetakenes medlemmer i AFPK (eksklusive sykepleierne) og VVP flyttes til den nye kassen
 - Alle medlemmer i KLP (eksklusive sykepleierne) flyttes til den nye kassen
 - SPK lukkes og medlemmene forblir der
 - Alternativ variant er at medlemmene i SPK også flyttes til egen pensjonskasse for Helse Sør-Øst
 - Medlemmer i OPF (som er lukket) forblir der
 - Sykepleierne i AFPK og nyansatte sykepleiere ved Ahus meldes inn i Pensjonsordningen for sykepleiere

Denne modellen er mer omfattende enn det som kreves for å forenkle leverandørsituasjonen i hovedstadsområdet siden den skisserer en ordning med egne pensjonskasser for alle de fire regionale helseforetakene.

- For de øvrige RHFene med deres underliggende foretak innebærer dette at:
 - Hvert RHF etablerer en egen felles pensjonskasse for RHFet med underliggende helseforetak
 - Følgende skal inngå i den felles pensjonskassen:
 - Alle medlemmer i KLP (eksklusiv sykepleierne)
 - Nye ansatte (eksklusiv sykepleierne)

For HNM, HV og HN og deres underliggende helseforetak innebærer modellen at medlemmer fra pensjonsordninger som blir avsluttet og fremtidige ansatte samles i en egen (felles) pensjonskasse for hver helseregion. Arbeidsgruppen mener at det er innenfor det rettslige handlingsrommet at et eller flere helseforetak etablerer egen (felles) pensjonskasse

som utelukkende betjener de foretak som oppretter denne. For at alternativet om etablering av egen (felles) pensjonskasse skal være innenfor det rettslige handlingsrommet stilles det blant annet krav til hvordan kassen organiseres. Det vises her til kapittel 4.4. Ved etablering av egen pensjonskasse som pensjonsleverandør, påpeker arbeidsgruppen at det også er flere forhold helseforetakene må være oppmerksomme i forhold til regelverket for offentlig støtte. Det vises her til kapittel 4.6.

For den delen av modellen som omfatter HSØ og underliggende helseforetak i hovedstadsområdet foreslås det en kombinasjon av lukking av nåværende pensjonsordninger, og at det etableres en egen (felles) pensjonskasse for HSØ og underliggende helseforetak bestående av medlemmer som flyttes ut fra pensjonsordninger og nye ansatte. Ved lukking av nåværende avtaler om levering av tjenstepensjon, oppstår tilsvarende rettslige spørsmål som ved løpende avtaler om tjenstepensjon. Avtaler om levering av tjenstepensjon med SPK og OPF er inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse, og arbeidsgruppen mener at helseforetakene ikke er forpliktet til å konkurransetsette disse avtalene.¹⁶² Videre mener arbeidsgruppen at det kan argumenteres for at det er rettslig adgang for helseforetakene å anskaffe tjenstepensjon i egenregi fra SPK. Arbeidsgruppen mener på bakgrunn av dette at det er innenfor det rettslige handlingsrommet å lukke avtalen om levering av tjenstepensjon fra SPK og OPF.

Når det gjelder levering av tjenstepensjon til de medlemmene som flyttes ut fra ordninger og nye ansatte, er det tilsvarende arbeidsgruppens vurdering at etablering av en egen (felles) pensjonskasse for HSØ vil ligge innenfor det rettslige handlingsrommet. Som for HNM, HV og HN må det imidlertid også stilles krav til hvordan kassen organiseres, herunder om at en slik pensjonskasse utelukkende betjener de foretak som oppretter denne. Det vises her til kapittel 4.4. Tilsvarende må helseforetakene også være oppmerksomme på flere forhold til forhold til støtteregelverket, jf. kapittel 4.6.

Modellen har et alternativt forslag om etablering av en felles pensjonskasse for alle de regionale helseforetakene og deres underliggende helseforetak. Arbeidsgruppen mener at dette også er innenfor det rettslige handlingsrommet.

Endelig foreslår arbeidsgruppen at deler av forvaltning og administrasjon av pensjonskassene bør konkurransetsettes, noe som er et alternativ til at pensjonskassen gjør disse oppgavene selv. Dette vil også være innenfor det rettslige handlingsrommet – både i forhold til anskaffelsesregelverket og støtteregelverket.

Innskutt egenkapital i KLP, VVP og AFPK frigjøres, i alt ca. 1,420 mrd. kr pr. utgangen av 2009 ifølge beregninger fra Willis AS. Den egenkapital som her frigis anslås i rapporten fra Willis AS å være tilstrekkelig til å oppfylle kravet om minimum 8 pst. kjernekapital ved etablering av en egen kasse for helseforetakene, med visse justeringer i risikoprofil. Samtidig risikerer foretakene å tape opptjent egenkapital, i alt ca. 925 mill. kr (eksklusive

¹⁶² Dette forutsetter at det ikke har skjedd vesentlige endringer i avtalene etter 1994.

Sykepleierordningen), som forblir i KLP. Jf. kapittel 6.4 for nærmere redegjørelse om økonomiske konsekvenser.

Som et alternativ til å la nåværende medlemmer i SPK forbli kan de eventuelt flyttes til en likeverdig pensjonsordning i en egen kasse. I SPK er midlene til pensjonsordningen til OUS fiktive fondsmidler hvor avkastningen er basert på statsobligasjonsrenten. Vanlig prosedyre ved utmelding fra SPK er at et eventuelt overskudd i det fiktive fondet (forsikringsteknisk sluttoppgjør) utbetales til virksomheten. Dersom en skal flytte de samlede pensjonsmidlene (her fiktive fond), anslått til 4,3 mrd. kr pr. utgangen av 2009, må dette fremmes som en egen bevilgning siden det ikke er avsatt reelle fondsmidler (fiktive fondsmidler). Det kan stilles spørsmål ved om en slik løsning faller utenfor gruppens mandat, jf. forutsetningen om at en framtidig modell ikke skal føre til økt finansieringsbehov for staten eller de regionale helseforetak. Arbeidsgruppen er ikke kjent med at en slik løsning har vært foretatt tidligere i forbindelse med sluttoppgjør og utmeldelse fra SPK.

Egen pensjonskasse gir foretakene en modell for forvaltning og administrasjon av pensjonsavtalene som er enhetlig, oversiktlig og robust overfor eventuelle framtidige endringer i foretaksstrukturen mv. Egen pensjonskasse gir tydeligere kontroll over pensjonsordningens egenkapital og håndtering av denne i forbindelse med eventuelle framtidige endringer i foretaksstrukturen enn i et gjensidig selskap. Videre gir det mer innflytelse over pensjonskassens investeringsstrategi og pensjonskassens medlemservice.

Egen pensjonskasse krever oppbygging av selvstendig administrasjon med betydelig kapasitet og kompetanse, alternativt at hele eller deler av pensjonskassens virksomhet konkurranseutsettes. Egen pensjonskasse uten konkurranseutsetting av deler av driften innebærer at en ikke i samme grad får testet om konkurransen i markedet kan gi rimeligere forvaltning og administrasjon. På den annen side er foretakene store nok til å kunne etablere pensjonskasser som trolig kan ta ut stordriftsfordeler på forvaltning og administrasjon, og man unngår markedsføringskostnader som skal overveltes i administrasjonskostnadene.

Ved en tydelig ansvars plassering for etablering av pensjonskassen(e) hos de regionale helseforetakene understøtter en foretaksmodellens prinsipper. På den annen side vil en ved denne modellen ikke stimulere til et større marked med konkurranse om levering av tjenestepensjon til helsesektoren, slik Konkurransetilsynet drøfter i sine rapporter til arbeidsgruppen. Dette hensynet vil imidlertid delvis kunne imøtekommes dersom foretakene konkurranseutsetter større deler av kapitalforvaltning og administrasjon av pensjonskassene.

6.3.5 Alt. 5: Statens pensjonskasse som leverandør ved egen regi

Som redegjort for i kapittel 4, mener arbeidsgruppen at det er rettslig adgang til at SPK kan levere tjenestepensjon til helseforetakene i en løsning i egen regi. Dersom SPK velges som pensjonsleverandør for helseforetakene, påpeker arbeidsgruppen at det er flere forhold en må være oppmerksomme ved regelverket for offentlig støtte. Det vises her til kapittel 4.6.

Arbeidsgruppen legger til grunn at en eventuell løsning med SPK som leverandør skjer innenfor gjeldende rammebetingelser. Det ligger utenfor arbeidsgruppens mandat å vurdere om SPK kan utvide sitt forretningsområdet til også å gjelde kapitalforvaltning. Dette innebærer for det første at finansieringen av en eventuell ordning i SPK ville måtte skje gjennom oppbygging av fiktive fond (se kapittel 2.2.2), og for det andre at det ikke vil være aktuelt å flytte ordninger (med tilhørende fondsmidler) inn i SPK. Arbeidsgruppen legger dermed til grunn at en eventuell løsning med SPK som leverandør ville måtte gjelde fra en framtidig dato. Dette løser ikke det rettslige problemet for avtaler som er inngått etter EØS-avtalens ikrafttredelse, og avtaler som er inngått før EØS-avtalen trådte i kraft når de/den har blitt vesentlig endret etter 1994. Slike avtaler må således håndteres innefor det rettslige handlingsrommet, jf. kapittel 4. Dette innebærer i utgangspunktet at kontraktene enten må konkurransenutsettes eller organiseres i egenregi.

En løsning med SPK som leverandør kan i prinsippet tilpasses å virke for hovedstadsregionen, for hele HSØ med underliggende foretak eller for alle RHFene med underliggende helseforetak.

En løsning med SPK som leverandør forutsetter at helseforetakene søker Arbeidsdepartementet om innlemming, jf. lov om Statens pensjonskasse § 5 annet ledd, og at departementet må fatte et formelt vedtak etter loven. En løsning med SPK som leverandør skiller seg dermed fra de øvrige løsningsmodellene ved at det ville kreve en politisk beslutning om innlemming.

SPK som leverandør for nyansatte på område-, region- eller nasjonalt nivå ville ivareta hensynet til forutsigbarhet ved innmelding. Ettersom ordningene lukkes og medlemmene forblir i ordningene, må imidlertid samtlige RHF fortsatt forholde seg til dagens leverandører i lang tid fremover. De tre RHFene som i dag kun har KLP, vil få en ny leverandør å forholde seg til. Det samme gjelder helseforetakene i HSØ utenom Sunnaas HF og OUS.

En slik løsning ville eventuelt gi en administrativ gevinst over tid, ettersom det ikke vil foretas innmeldinger i andre ordninger enn SPK. Grunnet blant annet stordriftsfordeler opererer SPK med lave administrasjonskostnader sammenlignet med andre leverandører.

Som beskrevet i kapittel 2, er SPKs finansieringssystem ulikt de øvrige offentlige tjenestepensjonsordninger ved at fondsmidlene er fiktive. Dette i seg selv vil etter arbeidsgruppens oppfatning innebære en innlåsnings effekt, fordi eventuelle framtidig utflytting av fondsmidler vil være en mer omstendelig prosess enn ved flytting fra en fondert ordning. Over tid vil det bygges opp et større fiktivt fond, som ved flytting vil utløse vesentlig statsfinansielle kostnader. I tillegg har en løsning med fiktive fond en annen avkastningsmodell enn markedet, ved at avkastningen er knyttet til statsobligasjonsrenten. Risikoen for arbeidsgiveren når det gjelder avkastning på fondsmidlene vil dermed skille seg fra en markedsbasert løsning.

En SPK-løsning vil heller ikke bidra til å legge til rette for en mer effektiv konkurranse i markedet for offentlig tjenstepensjon ettersom ordningen unntas fra markedet. Det kan også hevdes at en SPK-løsning ikke støtter opp under foretaksmodellen. Eksempelvis vil en løsning hvor RHFene selv initierer, gjennomfører anbudsrunder og inngår kontrakter med leverandører, i større grad være i samsvar med prinsippene bak helseforetaksmodellen. En løsning i SPK ville over tid kunne føre til en uheldig ansvarsoverskyving på staten.

Prinsipielt vil arbeidsgruppen peke på at helseforetakene er selvstendige rettssubjekter med arbeidsgiveransvar, mens SPK primært er leverandør for ansatte i statlig tjeneste. I St. meld. nr. 11 (1976-77) og nr. 33 (1993-94) heter det at SPK fortrinnsvis skal være en pensjonskasse for ansatte i staten og undervisnings- og forskningssektoren, og at opptak av ikke-statlige virksomheter ikke bør skje. Det kan derfor diskuteres om en løsning med SPK som leverandør er i samsvar med formålet med lov om Statens pensjonskasse, selv om helseforetakenes statlige tilknytning gjennom statens eierskap og finansieringsansvar er betydelig.

SPKs produkt og rammebetingelser er lovregulert og gir forutsigbarhet. Dette begrenser muligheten for at helseforetakene ville kunne tilpasse ordningen ved eventuelle særlige ønsker/behov. For eksempel vil helseforetakene ved å opprette egen pensjonskasse i større grad kunne vedtektsfeste ønskede elementer. En eventuell løsning med SPK som leverandør ville kunne rettes mot Helse Sør-Øst/hovedstadsområdet, blant annet med den begrunnelse at SPK allerede er leverandør for deler av OUS og Sunnaas HF. Ut fra vilkårene i loven ville det imidlertid kunne være vanskelig å nekte de øvrige RHFene medlemskap i ordningen, dersom de ønsket dette. En lukking av samtlige av dagens ordninger, og tilordning av alle nyinnmeldinger til SPK ville endre dagens marked vesentlig. En slik løsning ville trolig være mer omfattende enn nødvendig ut fra helseforetakenes behov, og ville innebære at også de RHFene som ikke i dag har et praktisk problem ville måtte foreta endringer i sine pensjonsforhold.

6.4 Økonomiske konsekvenser ved ulike løsningsmodeller

De sentrale elementer når de økonomiske konsekvenser ved de ulike pensjonsleverandørmodeller skal vurderes er:

- Kravet til innskuddskapital, herunder spesielt egenkapital
- Ivaretagelse av egenkapital i pensjonsordningen ved eventuell flytting
- Utvikling og fordeling av premiebelastning
- Utviklingen av administrative kostnader.

6.4.1 Egenkapital og kapitaldekning

Ved etablering av en pensjonskasse må man oppfylle krav til kapitaldekning og solvens. Et forsikringsselskap /pensjonskasse skal ha en kapitaldekning som til enhver tid utgjør minst 8 pst. av selskapets aktiva og selskapets forpliktelser utenfor balansen, beregnet etter prinsipper for risikoveiing. Solvensmarginkrav er et uttrykk for risikoen knyttet til de

forsikringsmessige forpliktelsene og beregnes etter nærmere regler med utgangspunkt i de enkelte grupper av forsikringskontrakter og summeres for selskapet som helhet.

I en kollektiv pensjonsordning har foretakene som er avtaleparter skutt inn egenkapital for å dekke forpliktelsene, jf. forsikringsvirksomhetsloven § 7-5. Ved flytting av pensjonsordningen har foretaket krav på å få tilbakeført den andelen av den samlede egenkapitalen ved uttreden som tilsvarer kundens andel av total premiereserve, forutsatt forhåndssamtykke fra Finanstilsynet, jf. forskrift 1.juni 1990 nr. 435 om beregning av ansvarlig kapital for finansinstitusjoner, oppgjørssentraler og verdipapirforetak.

Samlet innskutt egenkapital i KLP og VVP, samt innskutt og opptjent egenkapital i AFPK¹⁶³ vil ved eventuelt flytting til annen pensjonsinnretning frigis og kan gå inn i ny leverandørordning. Dette utgjør i alt ca. 1,420 mrd. kr. I KLP alene vil oppsigelse av foretakenes nåværende avtaler frigi i alt ca. 1 mrd. kr i innskutt egenkapital (eksklusive Sykepleierordningen) som kan nyttes i ny leverandørordning, jf. alternativ 3 *"Konkurransetsetting"* og alternativ 4 *"Egen pensjonskasse"*. Av dette utgjør innskutt egenkapital i leverandørordninger inngått fra 2002 da sykehusreformen ble gjennomført ca. 61 mill. kr, jf. alternativ 1 *"Videreføring og forenklingalternativet"* og alternativ 2 *"Lukningsalternativet"*.

Den egenkapital som frigis ved å gå ut av KLP, VVP og AFPK, 1,420 mrd. kr, beregnes å være om lag tilstrekkelig til å nå kravet om en kjernekapitalandel på minimum 8 pst. som kreves for å etablere en egen kasse for alle helseforetakene samlet, jf. alternativ 4 *"Egen pensjonskasse"*. Innhentede regnskapsdata og beregningene fra Willis AS viser også at det er tilstrekkelig med tilleggsavsetninger og kursreserver til å oppfylle solvensmarginkravene. Oppfyllelse av kjernekapitalkravet betinger imidlertid en nedvekting av aksjer, ifølge beregningene fra Willis AS. Willis anslår kjernekapitalkravet for en kasse for alle foretakene¹⁶⁴ til å tilsvare ca. 1,530 mrd. kr. Dette er beregnet ut fra en eksempelportefølje basert på gjeldende regelverk, med 20 pst. aksjer, 30 pst. i omløpsobligasjoner, 30 pst. i anleggsobligasjoner og 20 pst. i pengemarked. Tilsvarende er det gjort beregninger for det enkelte regionale helseforetak som viser at det må foretas justeringer i investeringsporteføljen for å nå minimumskravet til kjernekapitaldekning. Dersom en velger å etablere en egen kasse ved å nedvekte aksjer, må en imidlertid også forvente noe lavere framtidig avkastning på kapitalen.

Arbeidsgruppen har også innhentet data fra Finanstilsynet om kapitaldekning i pensjonskasser de siste 15 årene. Tallene viser at gjennomsnittlig kapitaldekningsgrad i perioden har ligget på 14,5 pst. For å kunne håndtere svingninger i kapitalmarkedet vil en pensjonskasse for helseforetakene samlet derfor kunne kreve ytterligere kapitalinnskudd ved oppstart og/eller når svingninger i markedet oppstår.

¹⁶³ Det er her forutsatt at sykepleiernes andel av innskutt og opptjent egenkapital i AFPK flyttes til Pensjonsordningen for sykepleiere. AFPK har dessverre ikke data for å kunne skille ut sykepleiere med tanke på pensjonsgrunnlag og premiereserver m.m. Med bakgrunn i dette og sykepleiernes særaldersgrenser har Willis AS foretatt et estimat på sykepleiernes andel. Tallet er med usikkerhet anslått til 126 mill. kr.

¹⁶⁴ Det er her forutsatt at OPF blir liggende utenfor som en lukket ordning.

VVP og leverandørordningen i AFPK kan gå inn i ny ordning for hovedstadsområdet. Innskutt og opptjent egenkapital for helseforetakene utgjør hhv. ca. 250 mill. kr. i AFPK¹⁶⁵ og ca. 160 mill. kr i VVP. I tillegg kommer ca. 53 mill. kr i innskutt egenkapital i KLP. I alt frigjøres ca. 463 mill. kr i egenkapital i hovedstadsområdet. Det gir en kapitaldekning på vel 25 pst., dvs. godt over minimumskravet til en egenkapitalandel på 8 pst., eller ca. 260 mill. kr (OPF er holdt utenfor). Kapitaldekningen for en slik pensjonskasse vil derfor kunne anses som solid, også sett i forhold til gjennomsnittlig kapitaldekning oppgitt i statistikk fra Finanstilsynet. Dersom det skulle være ønskelig å innlemme OUS sine medlemmer i OPF i en ny kasse, er kapitaldekningen innenfor denne rammen omtrent på minimumsnivå til å dekke opp kjernekapitalkravet på ca. 481 mill. kr ifølge beregningene fra Willis AS, jf. alternativ 1 "Videreføring og forenklingalternativet". Det er også tilleggsavsetninger og kursreserver som oppfyller krav til solvensmargin.

I tillegg til innskutt egenkapital kan pensjonskassen også ha opptjent egenkapital. Her synes det å være ulik praksis mellom de aktuelle pensjonskasser. Ved å gå ut av KLP risikerer foretakene ut fra KLPs gjeldende praksis å tape sin andel av opptjent egenkapital, i alt ca. 925 mill. kr (eksklusive Sykepleierordningen), som forblir i selskapet. Foretakene i hovedstadsområdet sin andel av opptjent egenkapital i KLP anslås herav til ca. 50 mill. kr pr. utgangen av 2009. Dette er midler som foretakene ifølge KLPs praksis ikke vil få med seg dersom de skulle ønske å flytte sin pensjonsordning og skyte inn egenkapital i en annen pensjonskasse.

I KLPs prospekt i forbindelse med planene om omdanning til aksjeselskap i 2005 opplyser selskapet at egenkapitaltilskuddet utgjøres av den kapital som i henhold til vedtektenes § 2-3 er innkrevd fra selskapets medlemmer. Denne delen av egenkapitalen kan tilbakebetales i forbindelse med flytting av kundeforholdet fra KLP, forutsatt forhåndssamtykke fra Finanstilsynet. Etter selskapets oppfatning har imidlertid ikke kunden krav på en forholdsmessig andel av den opptjente egenkapitalen. I forbindelse med en forliksklage som da ble tatt ut fra fem kommuner mente KLP at opptjent egenkapital tilhørte selskapet, og det foreligger ingen hjemmel for å kunne kreve den utbetalt. Etter behandling i Forliksrådet i 2004 ble sakene henvist til behandling i rettsapparatet, men sakene er ikke rettslig forfulgt videre. I Konkurransetilsynets markedsundersøkelse, jf. kapittel 3, omtales KLPs praksis for håndtering av opptjent egenkapital ved flytting av pensjonsordning å bidra til en innlåsing av kundene.

Arbeidsgruppen mener innlåsingseffekten er uheldig dersom en skal utvikle et velfungerende marked for levering av offentlig tjenestepensjon. Arbeidsgruppen vurderer her modellalternativene for de regionale helseforetakene med underliggende foretak på grunnlag av eksisterende praksis i KLP. I det videre arbeid med en framtidig løsningsmodell for pensjonsleverandør bør både KLPs rettslige og økonomiske grunnlag for denne praksis vurderes nærmere.

¹⁶⁵ Det er en usikkerhet rundt tallet for HSØs andel av innskutt og opptjent egenkapital i AFPK fordi kassen opplyser at det ikke er tatt stilling til noen fordeling på grupper av forsikringstakere.

Fra AFPK opplyses at ved fratreden fordeles både innskutt og opptjent egenkapital etter premiereserven.

6.4.2 Premieutvikling

Rapporten fra Willis AS indikerer at premieforskjellen i forsikringsmarkedet mellom hva foretakene betaler i KLP og det som Storebrand Livsforsikring AS og Vital forsikring ASA tilbød til kommuner høsten 2010 utgjør ca. 0,5 pst. av pensjonsgrunnlaget. For helseforetakene samlet sett utgjør dette, basert på 2011-tall, ca. 150 mill. kr pr. år. Hvilke beløp som reelt vil kunne innspareres dersom hvert av de regionale helseforetakene med underliggende helseforetak konkurransen utsetter sine pensjonsordninger er usikkert, men tallet indikerer at det kan være et potensial for innsparing på den årlige premiebelastning, jf. alternativ 3 "Konkurransen utsetting", og tilsvarende vurderinger av eventuell konkurransen utsetting for hovedstadsområdet i alternativ 1 "Videreføring og forenkling i hovedstadsområdet" og løsninger med begrenset konkurransen utsetting av nye avtaler.

Videre må en ta hensyn til rentegarantipremien. Rentegarantipremien er premien for den risiko forsikringsselskapene har ved å garantere en viss avtalt minimumsavkastning – garantert rente. Denne premien vil være avhengig av garantert rente og størrelsen på tilleggsavsetninger og andre buffere. For ordningene i helsesektoren er garantien 3 pst. Rentegarantipremien utgjør i dag en snittsats på 0,12 pst. av premiereserven. Willis AS antyder at den bør kunne reduseres til 0,10 pst., dvs. en innsparing på vel 10 mill. kr ved samling i ett selskap. Dersom hvert regionalt helseforetak med sine underliggende helseforetak konkurransen utsetter sine ordninger, kan en imidlertid ikke regne med at alt samles i ett selskap. Arbeidsgruppen oppfatter at det er betydelig usikkerhet knyttet til effekten, i tillegg til at det økonomiske omfanget er begrenset.

For å opprettholde nødvendig egenkapital i en gjensidig pensjonskasse må det innbetales et årlig egenkapitalinnskudd. Tilsvarende må en egen pensjonskasse styrke sin egenkapital i tråd med forpliktelsene, og avhengig av hvor solid den er. I et livsforsikringsaksjeselskap bidrar kundene dels til å bygge (opptjent) egenkapital, dels til å generere avkastning til aksjeeierne. Dette gjøres primært gjennom rentegarantipremie og fortjenestemarginer i premie for personrisiko.

KLP har som gjensidig livsforsikringsselskap tatt en lavere rentegarantipremie enn aksjeselskapene og ingen fortjenestemarginer i premie for personrisiko, men krever til gjengjeld egenkapitaltilskudd. Dette utgjør en likviditetsbelastning, men er å anse som en formuesomplussing som regnskapsmessig behandles som en investering (så lenge en forblir i KLP-systemet) som gir avkastning. Årlig innbetaler helseforetakene et egenkapitalinnskudd til KLP som utgjør 0,3 pst. av premiereserven; for 2011 ca. 117 mill. kr. I et livsforsikringsaksjeselskap bortfaller dette, men til gjengjeld skal kravet til avkastning på egenkapitalen og behovet for utvidelse av egenkapitalen i prinsippet gjenspeiles i den årlige rentegarantipremien. Ifølge Willis AS er den samlede likviditetsbelastningen for rentegarantipremie og egenkapitaltilskudd i KLP noe høyere enn Vital forsikring ASA og Storebrand Livsforsikring AS sine rentegarantipremier. Tilgjengelig statistikk fra FNO fra

og med 2008 viser at forsikringsaksjeselskapene på denne måten har tatt inn om lag samme beløp gjennom rentegarantipremie og fortjenestemarginer i premie for personrisiko som KLP har tatt inn i sum av rentegarantipremie og egenkapitaltilskudd.

Etablering av en egen pensjonskasse antydes ifølge vurderinger fra Willis AS ikke å gi noen umiddelbar effekt i form av lavere premie. Over tid antas det imidlertid at eier/foretakene vil ha et tydeligere incentiv til å iverksette tiltak som kan redusere sykefravær, uførhet og tidlig pensjonering slik at de vil kunne oppnå mindre premiebelastning.

Rentegarantipremier og egenkapitaltilskudd som i dag betales til KLP, AFPK og VVP vil i stedet ved behov kunne nyttes til å styrke egenkapitalen i en egen pensjonskasse.

Foretakene i hovedstadsområdet betaler i dag i rentegarantipremie på ca. 45 mill. kr pr. år, ifølge rapporten fra Willis AS. Samlet årlig egenkapitaltilskudd til KLP utgjør ca. 6 mill. kr. Dette likviditetstilskuddet vil bortfalle og kan ved behov nyttes til å styrke egenkapitalen i en egen pensjonskasse, jf. alternativ 4 "*Egen pensjonskasse*".

Premiene må forventes gradvis å øke i SPK og OPF som følge av at medlemmene blir gjennomsnittlig eldre i en lukket ordning. Samtidig skal premiene som betales i eventuell ny ordning for HSØ med underliggende helseforetak gjenspeile at medlemmene her gjennomsnittlig vil være yngre. Samlet sett bør denne leverandørmodellen i prinsippet ikke medføre høyere premier for Helse Sør-Øst enn i dag som følge av nye leverandørordninger. Den faktiske premiebelastningen vil imidlertid kunne avvike dersom HSØ med underliggende helseforetak skulle gå inn i et større utjevningsfelleskap hvor den øvrige medlemsmasse gjennomsnittlig er eldre enn deres egne medlemmer fra HSØ. HSØ vil da kunne komme til å subsidiere øvrige medlemmer gjennom premien.

6.4.3 *Administrative kostnader*

Foretakene har i dag betydelige stordriftsfordeler gjennom samlingen av pensjonsavtalene i KLP. Om det her vil være ytterligere gevinster å hente gjennom konkurranseutsetting er usikkert. Willis AS antyder i sin rapport at stordriftsfordeler kombinert med konkurranseutsetting vil kunne bidra til en reduksjon av administrasjons- og forvaltningskostnadene fra gjennomsnittlig 0,64 pst. av pensjonsgrunnlaget til, ca. 0,5 pst. Dette utgjør i så fall en årlig besparelse på ca. 45 mill. kr. Innenfor rammen av denne beregningen kan det anslås at HSØ gjennom en forenkling av sine leverandørordninger og etablering av en ny større ordning for helseforetakene i hovedstadsområdet vil kunne realisere stordriftsfordeler og redusere administrasjons- og forvaltningskostnader. Disse kan anslås å være i størrelsesorden 10 mill. kr, jf. alternativ 3 "*Konkurransealternativet*". Arbeidsgruppen vil imidlertid presisere at dette må anses som meget usikre anslag. Tallene fra Willis AS viser videre blant annet at SPK har lave administrasjonskostnader. Dette må ses i sammenheng med at de ikke har markedsføringskostnader og ikke kapitalforvaltningskostnader siden de ikke må legge opp fond.

Stordriftsfordeler og mindre markedsføringskostnader mv forventes ved etablering av egen kasse å gi innsparing på administrasjons- og forvaltningskostnader, som ifølge konsulentselskapet Willis AS vurderes til å kunne bli noe større enn ved

konkurransetsetting. Spesielt for hovedstadsområdet anslås at kostnadene kan reduseres fra 0,61 pst. av pensjonsgrunnlaget til, skjønnsmessig, ca. 0,4 pst. Det utgjør ca. 20 mill. kr. Det er imidlertid også her grunn til å være varsom så lenge en ikke har et mer konkret administrasjons- og forvaltningsopplegg, jf. alternativ 1 ”.. Videreførings- og forenklingalternativet” og alternativ 4 ”Egen pensjonskasse”.

6.4.4 Økonomiske og administrative konsekvenser av SPK som leverandør ved egen regi

Ved en eventuell lukking av de nåværende pensjonskassene og innmelding av alle nyansatte i SPK vil foretakenes innskudd i nåværende ordninger i KLP og AFPK (her også opptjent egenkapital) forbli i ordningene og tapes ikke.

De lukkede ordningene vil gradvis bli dyrere fordi medlemmene gjennomsnittlig blir eldre og premiene øker. Ordningen i SPK vil i gjennomsnitt ha yngre medlemmer. Dette bør gjenspeile seg i premiene slik at foretakene samlet ikke får høyere premier i nye og gamle ordninger.

Modellen vil løse innmeldingsproblematikken ved at de får én leverandør å forholde seg til for nye ansatte (utenom sykepleierne), men vil ikke gi foretakene færre leverandører å forholde seg til i overskuelig framtid. De RHF som i dag kun har KLP som leverandør vil få én ekstra leverandør å forholde seg til.

Løsningen vil være administrativ håndterbar for SPK innenfor gjeldende rammebetingelser.

Virkningene beskrevet ovenfor vil i hovedsak gjøre seg gjeldende for så vel et alternativ med foretakene samlet, enkelte av de regionale helseforetakene eller et alternativ med hovedstadsområdet i SPK.

7. Organisatoriske og administrative konsekvenser

7.1 Administrative konsekvenser – oppsummert

Administrative aspekter ved de ulike leverandørmodeller er nærmere drøftet i tilknytning til gjennomgangen av alternativene i kapittel 6. Gjennomgangen belyser at med de føringer som følger av anskaffelsesregelverket også for valg av pensjonsleverandørordning må en påregne at alle de aktuelle modeller vil medføre administrative konsekvenser sammenliknet med dagens situasjon enten en velger konkurranseutsetting eller egne pensjonskasser. Arbeidsgiverne må rette større oppmerksomhet mot administrasjon og forvaltning av pensjonsordningene i framtiden. Pensjonsordningene krever stadig mer økonomiske ressurser og omfatter et økende antall medlemmer. Effektiv administrasjon og forvaltning må med de krav som anskaffelsesregelverket setter vies større oppmerksomhet. Kravene til administrativ kapasitet og kompetanse vil imidlertid variere med modellvalg.

Dersom en baserer seg på konkurranseutsetting av pensjonsleverandørordningene, vil en måtte ha både kompetanse og arbeidskapasitet generelt på å gjennomføre anskaffelses-

prosesser. Det er noe de regionale helseforetakene forutsetningsvis bør ha i dag, men det vil kunne kreve mer kapasitet ved store anskaffelser. I tillegg bør en ha mer kompetanse på å gjennomføre anskaffelsesprosesser spesielt knyttet til forvaltning og administrasjon av tjenestepensjoner. Offentlige tjenestepensjonsordninger omfatter store verdier for foretakene. De bør derfor generelt ha solid kompetanse på området for å ivareta sine oppgaver. Slik kompetanse kan kjøpes i et konsulentmarked, men foretakene bør også selv ha kompetanse på dette for å bedømme råd og analyser og ta beslutninger. Arbeidsgruppen har vært i kontakt med to kommuner som sist år har gjennomført anskaffelsesprosesser for levering av tjenestepensjon. Erfaringene var at anskaffelsesprosessen krevde gode forberedelser, gjerne med en egen prosjektgruppe og innleid konsulentbistand.

Etablering av egen pensjonskasse vil tilsvarende kreve oppbygging av en selvstendig administrasjon av pensjonskassen og forvaltning av dens midler. Her bør en imidlertid kunne konkurranseutsette ulike funksjoner, slik både for eksempel VVP og AFPK gjør i dag. For å ha god kontroll og oppfølging av kassen bør imidlertid foretakene eventuelt ha administrerende direktør og en begrenset stab ansatt i en selvstendig administrasjon.

7.2 Ansattes medvirkning til valg av pensjonsleverandør – tariffpartenes rolle

Ifølge forsikringsvirksomhetsloven § 11-4 har medlemmene anledning til å uttale seg før en pensjonsordning flyttes. Arbeidstakerorganisasjonene kan uttale seg på vegne av sine medlemmer. Ifølge § 8 i vedtektene for de regionale helseforetakene skal ansattevalgte styrerepresentanter, med utgangspunkt i de partsforhold som foreligger, ikke delta i behandlingen av saker som gjelder arbeidsgivers forberedelse til forhandlinger med arbeidstakere, arbeidskonflikter, rettstvister med arbeidstakerorganisasjoner eller oppsigelse av tariffavtaler.

Pensjonsordningene i helseforetakene er forankret i avtalene mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og arbeidstakerorganisasjonene i helsesektoren. Som nevnt i kapittel 2, ble det ved innføring av foretaksmodellen i 2002 enighet mellom partene om at en beholdt de daværende pensjonsavtalene og videreførte ordningene hos de eksisterende leverandørene. Nye ansatte er blitt meldt inn i de samme ordningene, med de unntak som er beskrevet foran for sykehusene i hovedstadsområdet. I forbindelse med tariffoppgjøret våren 2010 ble partene enige om en ny avtale som innebærer frys av de ansattes pensjonsforhold med mindre partene er enige om noe annet, fram til mai 2012.

I perioden 2002-2009 har det vært uenighet mellom partene om valg av pensjonsleverandør omfattes av overenskomsten. Det har derfor vært flere saker for Arbeidsretten hvor dette har vært et tema, senest i 2009 i forbindelse med etableringen av VVP. Uansett eventuell uenighet mellom partene om hvordan overenskomsten er å forstå, må saken tas opp mellom partene før det foretas et valg av pensjonsleverandør. Arbeidsgruppen vil her vise til omtalen under kapittel 2.2.1 hvor det er gitt eksempler på forskjeller mellom ordningene. Dersom en skal flytte ordninger mellom leverandører, må det tas standpunkt til disse nyanseforskjellene mellom ordningene og hvordan de skal håndteres. Det må avklares hva som følger av flytteregler og hva som følger av avtaler mellom partene i arbeidslivet, av

arbeidsrettslige og kontraktsrettslige forhold. Arbeidsgruppen legger til grunn at partene i arbeidslivet her selv har best forutsetninger for å finne egnet samarbeidsform.

Pensjon er basert på prinsipper om langsiktig planlegging og sparing. Det vil kunne skape usikkerhet rundt håndtering av eventuelle ansattegoder hos leverandørene, slik som rimelige låneordninger, dersom leverandøravtalen er gjenstand for hyppig konkurranseutsetting. Premissene for håndtering av slike ansattegoder og eventuelle andre servicetiltak overfor pensjonsordningens medlemmer bør gjennomgås mellom partene på et tidlig stadium i en anskaffelsesprosess og tydeliggjøres i leverandørordningen.

7.3 Konsekvenser for leverandørmarkedet

Gjennomgangen av nåværende pensjonsleverandører i kapittel 2 viste at de regionale helseforetakene og deres medlemmer i pensjonsordningene utgjorde en stor kundegruppe og har en betydelig andel av forvaltningskapitalen. Dersom større deler av medlemmene og forvaltningskapitalen eventuelt flyttes til andre leverandørordninger, vil det med stor sannsynlighet medføre konsekvenser for tjenstepensjonsmarkedet. Det gjelder så vel de leverandører som eventuelt mister medlemsgrupper, som de leverandørene som får tilført nye medlemmer. Omstillingene vil kunne bli krevende. Hvilke strukturelle endringer det vil få på sikt er usikkert og avhenger eventuelt blant annet av omfang, tidsperspektiv for flyttinger og eventuelle tilpasninger den enkelte leverandør foretar i forhold til markedet. Blant annet vil det i de ordninger som eventuelt lukkes kunne bli frigjort arbeidskapasitet som kan nyttes for andre formål. Hvordan konkurransen i pensjonsmarkedet vil kunne utvikle seg vil avhenge av om en velger videreføring av nåværende leverandører, omfanget av konkurranseutsetting eller etablering av egen pensjonskasse som hovedmodell. Også ved egen kasse som hovedmodell vil det kunne utvikles et betydelig marked for forvaltnings- og administrasjonstjenester til kassene.

8. Arbeidsgruppens anbefalte løsningsmodell

8.1 Innledning

Ifølge mandatet skal arbeidsgruppen anbefale en løsningsmodell for valg av tjenstepensjonsleverandør. I dette kapittelet presenteres den løsningsmodellen arbeidsgruppen anbefaler.

I kapittel 6 gjør arbeidsgruppen rede for de aktuelle løsningsmodellene som vurderes å være innefor det rettslige handlingsrommet. Som det fremgår av framstillingen, har de enkelte modellene ulike fordeler og ulemper som må avveies ut fra hvilke hensyn som anses som viktigst. Det er også ulik grad av prosessrisiko for de enkelte modellene selv om arbeidsgruppen vurderer at alle modellene i utgangspunktet er rettslig gjennomførbare.

Ut fra de anslag og vurderinger arbeidsgruppen har hatt tilgang til, fremstår det i noen grad som usikkert hvordan de ulike løsningsmodellene vil påvirke helseforetakenes langsiktige

økonomiske situasjon. En sammenligning av de økonomiske konsekvensene for løsningene full konkurranseutsetting og etablering av egen pensjonskasse, gir ut fra de anslag og vurderinger arbeidsgruppen har hatt tilgang til, ikke en klar indikasjon på hvilket alternativ som framstår som mest hensiktsmessig.

Arbeidsgruppen mener derfor at valg av løsningsmodell særlig må bero på prosessrisiko ved modellen, at den gir foretakene administrative forenklinger, er forutsigbar for foretakene og deres ansatte, og at leverandørmodellen er robust overfor eventuelle framtidige omstruktureringer i spesialisthelsetjenesten.

Et annet viktig hensyn arbeidsgruppen vil framheve er at dagens situasjon for enkelte helseforetak, blant annet av historiske årsaker, er svært uoversiktlig:

- flere forskjellige pensjonsordninger
- flere forskjellige pensjonsleverandører
- enkelte ordninger er tariffestet mens andre er lovfestet
- enkelte ordninger er profesjonsbasert mens andre er virksomhetsbasert.

Den komplekse situasjonen gjør at en løsningsmodell vanskelig kan løse alle identifiserte problemstillinger. Man bør imidlertid velge den løsningsmodellen som best ivaretar de viktigste kriteriene.

I denne sammenheng står HSØ – og spesielt helseforetakene i hovedstadsområdet – i en særstilling. For de øvrige helseregionene, og HSØ utenom hovedstadsområdet, er dagens pensjonsforhold mer oversiktlig og i hovedsak knyttet til KLP. Arbeidsgruppens anbefalte løsningsmodell retter derfor oppmerksomheten primært mot hovedstadsområdet. I samsvar med mandatet anbefales imidlertid også en løsning for foretakene i de øvrige helseregionene i kapittel 8.4.

8.2 Nærmere om løsningsmodellen for hovedstadsområdet

Arbeidsgruppen anbefaler en løsningsmodell basert på alternativ 1 i kapittel 6.3.1 - Videreføring av eldre avtaler og forenkling i hovedstadsområdet.

Løsningsmodellen innebærer følgende for hovedstadsområdet:

- SPK lukkes, nåværende medlemmer forblir der
- Medlemmer i OPF (som er lukket) forblir der
- Avtaler inngått med KLP fra 1994 og senere sies opp og medlemmene flyttes til ny leverandørordning
- Medlemmer i AFPK flyttes:
 - Sykepleiere flyttes til Pensjonsordningen for sykepleiere i KLP
 - Øvrige medlemmer flyttes til ny leverandørordning
- Medlemmer i VVP flyttes til ny leverandørordning
- Nyansatte sykepleiere ved Ahus og Bærum sykehus under Vestre Viken HF meldes inn i Pensjonsordningen for sykepleiere

- HSØ RHF etablerer en egen felles pensjonskasse for HSØ RHF med de underliggende helseforetakene i hovedstadsområdet. Pensjonskassen skal omfatte:
 - Alle nyansatte ved helseforetakene i hovedstadsområdet, med unntak av sykepleierne
 - Medlemmer i KLP omfattet av avtaler inngått fra 1994 og senere
 - Medlemmer i AFPK (eksklusive sykepleierne)
 - Medlemmer i VVP
- Den nye pensjonskassen som opprettes baseres på at hoveddelen av kassens administrasjons- og forvaltningsoppgaver konkurranseutsettes.

Arbeidsgruppen foreslår at SPK lukkes for nye medlemmer fra helseforetakene og at nåværende medlemmer forblir i ordningen. Som vist i kapittel 6, innebærer flytting ut av SPK at det må etableres en ny fondert finansieringsordning som vil øke finansieringsbehovet. Etter arbeidsgruppens forståelse ligger en slik løsning utenfor arbeidsgruppens mandat.

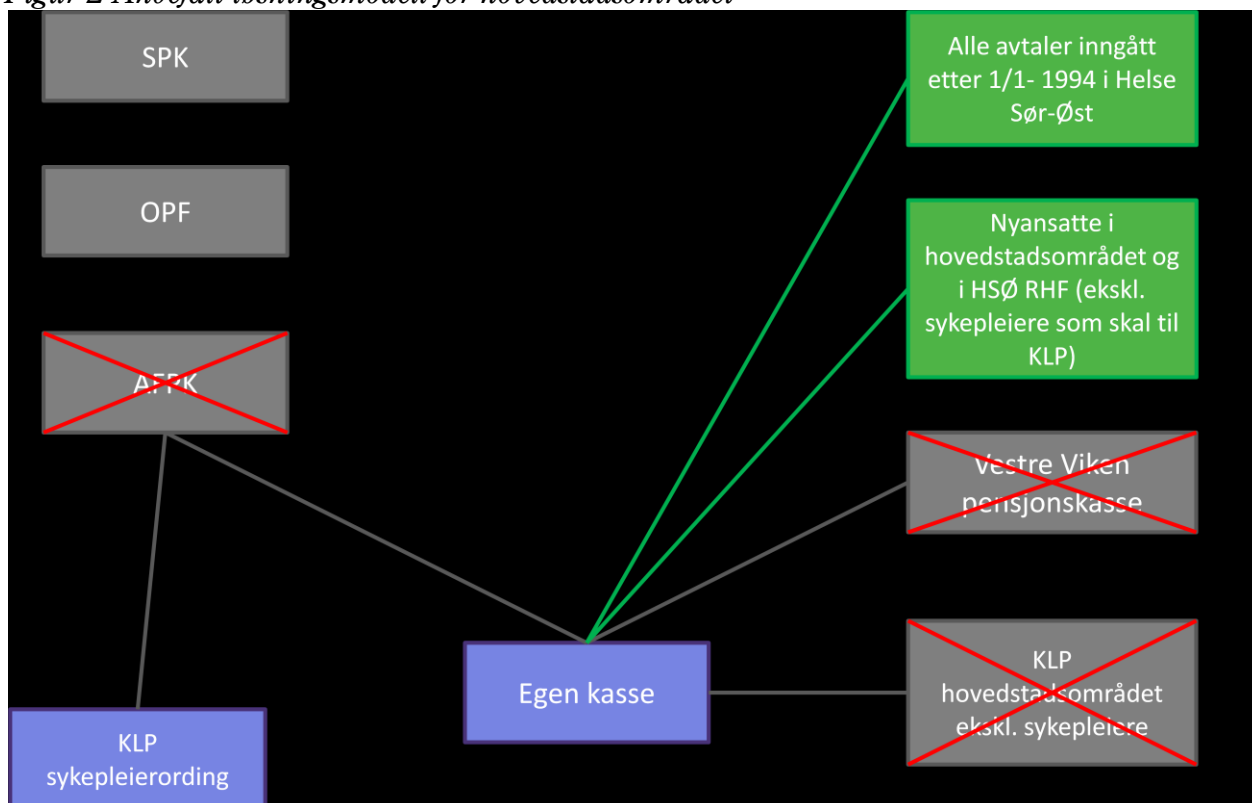
De ansatte som er medlemmer i OPF forblir i denne ordningen. På den måten unngås spørsmålet om håndtering av ulikt ytelsesnivå ved flytting knyttet til at OPF har en dekningsgrad på 70 pst.

Medlemmene i AFPK flyttes ut av denne ordningen og inn i den nye pensjonskassen. Sykepleierne i ordningen er unntatt fra Pensjonsordningen for sykepleiere i sykepleierpensjonsloven på bakgrunn av dispensasjon fra daværende Sosialdepartementet i 1962. Arbeidsgruppen mener at sykepleierne ved flytting ut av AFPK bør tilføres lovens ordning, Pensjonsordningen for sykepleiere, administrert av KLP.

VVP var ment som en midlertidig ordning. I følge de opplysningene arbeidsgruppen har er ingen sykepleiere medlem av denne ordningen i dag. Arbeidsgruppen foreslår derfor at alle medlemmene meldes inn i den nye pensjonskassen.

Den nye pensjonskassen kan organiseres på flere måter. Enten ved fullstendig egen forvaltning og administrasjon, eller ved at disse tjenestene i større eller mindre grad konkurranseutsettes. Arbeidsgruppen mener flere argumenter taler for at det etableres en begrenset administrasjon for pensjonskassen, hvor fokus rettes mot stifternes/foretakenes og medlemmenes behov for kontakt med pensjonsordningen. Øvrige forvaltnings- og administrasjonsoppgaver bør konkurranseutsettes. En slik løsning vil innebære at pensjonskassen raskere vil bli operativ enn dersom pensjonskassen selv skal bygge opp egen kapasitet for administrasjon og forvaltning. Videre begrenses oppbyggingen av administrasjon i helseforetakene som ikke er knyttet til foretakenes kjernevirksomhet. I tillegg vil en slik løsning i noen grad ivareta konkurransepolitiske hensyn. Det konkrete omfanget av en slik konkurranseutsetting bør vurderes nærmere av stifterne og pensjonskassens styre.

Figur 2 Anbefalt løsningsmodell for hovedstadsområdet



8.3 Begrunnelse for løsningsmodellen

I vurderingen som ligger til grunn for anbefalingen om en egen, felles pensjonskasse for Helse Sør-Øst har arbeidsgruppen spesielt lagt vekt på følgende forhold:

- En egen pensjonskasse for Helse Sør-Øst vil langt på vei løse de praktiske og administrative problemstillingene helseforetakene står overfor i hovedstadsområdet. Det skapes forutsigbarhet med hensyn til innmelding, og antall leverandører reduseres på kort sikt fra fem til fire, og på lang sikt videre fra fire til to.
- En egen pensjonskasse for Helse Sør-Øst vil være robust overfor omorganiseringer / funksjonsfordeling i hovedstadsområdet.
- En egen pensjonskasse for Helse Sør-Øst har lav prosessrisiko med hensyn til det rettslige handlingsrommet.
- En egen pensjonskasse for Helse Sør-Øst vil ha god egenkapitaldekning (om lag 25 pst.)
- Pensjonskassen vil være tilstrekkelig stor til å oppnå et hensiktsmessig utjevningsfellesskap når det gjelder premier og risiko.
- Pensjonskassens størrelse bør ligge til rette for realisering av stordriftsfordeler på administrasjon og kapitalforvaltning.
- En egen pensjonskasse for Helse Sør-Øst understøtter foretaksmodellen og tydeliggjør Helse Sør-Østs ansvar for de samlede pensjonsforpliktelsene og fondsmidlene. Samtidig bidrar løsningsmodellen til at foretaket får god kontroll over pensjonsmidlene.

- En egen pensjonskasse for Helse Sør-Øst, hvor administrasjon og kapitalforvaltning settes ut på anbud, vil i noen grad ivareta konkurransepolitiske hensyn.
- En egen pensjonskasse for Helse Sør-Øst legger til rette for ivaretagelse av arbeidsgiverpolitiske hensyn. Arbeidsgiver kan klarere definere kvaliteten på medlemservice og eventuelle tilleggstjenester.

Samtidig har løsningsmodellen noen begrensninger:

- Anbefalt løsningsmodell er ikke en helhetlig løsning for Helse Sør-Øst, ved at pensjonskassen avgrenses til hovedstadsområdet.
- Løsningsmodellen ivaretar ikke konkurransepolitiske hensyn fullt ut.
- Løsningsmodellen er ikke nødvendigvis robust overfor omfattende strukturelle endringer i helsesektoren.
- Ved at OPF og SPK lukkes (ikke flyttes), og at sykepleierne holdes utenfor vurderingen i sin helhet, må helseforetakene fortsatt forholde seg til flere leverandører i relativt lang tid fremover.

Som arbeidsgruppen har redegjort for tidligere, vil alle løsningsmodeller ha både fordeler og ulemper og oppfylle de oppstilte kriteriene i ulik grad. Samlet sett mener arbeidsgruppen at den foreslåtte modellen ivaretar de mest sentrale og viktigste hensynene, og at løsningen vil være mulig å implementere innen kort tid.

8.4 Øvrige helseregioner – videre prosess

8.4.1 Helse Sør-Øst utover hovedstadsområdet

Eventuelle avtaler inngått fra 1994 og senere forutsettes lagt inn i egen pensjonskasse for hovedstadsområdet. Arbeidsgruppen mener det på sikt bør vurderes om det vil være naturlig å utvide pensjonskassen til også å omfatte de øvrige avtalene helseforetakene innenfor regionen har. Etablering av egen pensjonskasse for hovedstadsområdet vil kunne gi nyttig erfaring for den videre prosessen.

8.4.2 De øvrige helseregionene (HMN, HN og HV):

For disse regionale helseforetakene med underliggende helseforetak innebærer løsningsmodellen følgende:

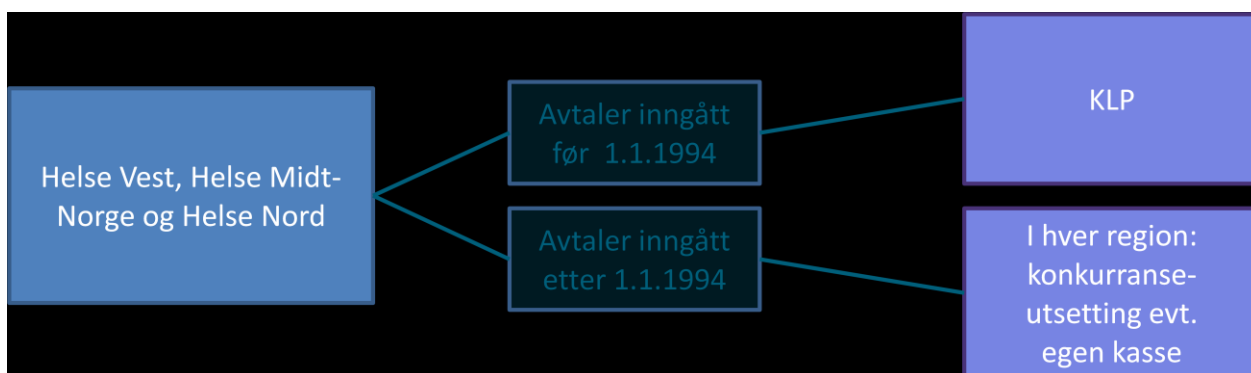
- Leverandøravtaler med KLP inngått av fylkeskommunen før EØS-avtalen trådte i kraft fra 1994 videreføres ("gamle avtaler")
- Helseforetakene må selv foreta en særskilt vurdering av om avtaler inngått etter 1994 ("nye avtaler") kan samles under andre ordninger eller om de må konkurranseutsettes.

De øvrige regionale helseforetakene med underliggende helseforetak har en ryddig leverandørsituasjon, og har dermed ikke de samme praktiske utfordringene som helseforetakene i hovedstadsområdet. Arbeidsgruppen har i kapittel 4 konkludert med at de øvrige regionale helseforetakene og deres underliggende helseforetak har rettslig adgang

til å videreføre avtaler fra før 1994, dersom det ikke har skjedd vesentlige endringer i avtalene. Arbeidsgruppen anbefaler at de regionale helseforetakene selv foretar en særskilt gjennomgang av disse avtalene.

For avtaler som er inngått etter 1994 og senere er det lite trolig at disse kan videreføres uten konkurranseutsetting med visse mellomrom. Disse avtalene har svært begrenset omfang (omfatter totalt ca. 1000 medlemmer pr. utgangen av 2009).¹⁶⁶ Det må vurderes om disse avtalene kan samles under andre ordninger, herunder gjennom eventuelt samarbeid mellom regionene, eller om de må konkurranseutsettes, jf. det rettslige handlingsrommet som beskrives i kapittel 4. En slik tilnærming gir tid til å vurdere aktuelle løsninger nærmere, blant annet i lys av erfaringene fra HSØ.

Figur 3 løsningsmodell for de øvrige helseregionene



¹⁶⁶ Etter de opplysninger arbeidsgruppen har fått ble det bare foretatt mindre tekniske endringer i avtalene mellom 1994 og 2002. Dersom det legges til grunn at det verken har skjedd vesentlige endringer i avtalen inngått før 1994 og at det ikke er inngått avtaler i perioden 1994-2002, vil i praksis skille mellom ”gamle avtaler” og ”nye avtaler” for levering av tjenestepensjon til helseforetakene være 2002.