

Eigersund kommune
John Øyvind Auestad
Postboks 580
4379 Eigersund

Deres referanse

Vår referanse
200503953

Dato
19.06.06

Forespørsel om avklaring vedrørende krav om pensjonsordning i forbindelse med konkurranseutsetting

Det vises til brev av 13. mai 2004 fra Eigersund kommune hvor kommunen ber departementet om å utrede lovligheten av en innkjøpspraksis som innebærer at det stilles følgende kvalifikasjonskrav til deltagere i en konkurranse om offentlig tjenestekontrakt:

”Det stilles krav om pensjonsordning (tjenstepensjon like god som den kommunale, før kontrakt undertegnes), som kvalifikasjonskrav for private som deltar i kommunal anbudskonkurranse hvor kommunens egne ansatte også leverer tilbud”

I brevet fra Eigersund kommune fremgår det at man har ønsket å rette fokus mot pensjonsrettigheter for kommunalt ansatte ved evt. overgang til ny arbeidsgiver.

Det skal innledningsvis bemerkes at det er domstolen, og ikke departementet, som har den rettslige kompetansen til å fortolke regelverket med bindende virkning. Som forvalter av regelverket ønsker likevel departementet å kommentere spørsmålet som Eigersund reiser. Saken har reist mange kompliserte spørsmål, og har derfor tatt lang tid å behandle. Departementet beklager den lange saksbehandlingstiden.

Krav til pensjonsordning hos leverandøren kan være aktuelt både som et kvalifikasjonskrav eller som en kontraktsbetingelse (krav som kun stilles til vinneren av kontrakten), og departementet vil derfor vurdere dette kravet både som kvalifikasjonskrav (som kommunen har lagt opp til), og som kontraktsbetingelse. Departementet vil i det følgende gi noen generelle kommentarer til regelverkets krav til gjennomsiktighet og forutberegnlighet, og vurdere spørsmål om krav til pensjon både som kvalifikasjonskrav og som kontraktsvilkår i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser. Departementet vil også avslutningsvis knytte noen kommentarer til forholdet hvor konkurranseutsetting resulterer i virksomhetsoverdragelse.

I vurderingen er det tatt utgangspunkt i formuleringen som kommunen har foreslått om å stille krav om tjenstepensjon "like god som den kommunale". Departementet gjør oppmerksom på at utfallet av vurderingen vil kunne bli en annen ved et mer generelt krav til pensjon. Alle norske virksomheter vil naturligvis også måtte overholde krav til pensjon som følger av den nye loven om tjenstepensjon, lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenstepensjon. For nærmere informasjon om den nye loven om tjenstepensjon vises det til Ot.prp. nr. 10 (2005-2006).

Regelverkets krav til forutberegnlighet og gjennomsiktighet

I lov om 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det i § 5 nedfelt enkelte grunnleggende krav som gjelder ved gjennomføring av anskaffelser. Det stilles blant annet krav om at det ikke skal foregå forskjellsbehandling mellom leverandører, og at oppdragsgiver sikrer at hensynet til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet blir ivaretatt gjennom anskaffelsesprosessen.

Dette innebærer blant annet at det må fremkomme tydelig i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget om krav som oppdragsgiver stiller må oppfylles for å kvalifisere seg for deltagelse i konkurransen, eller om det er et krav som kun stilles til vinneren av kontrakten. Departementet vil også bemerke at kravet "tjenstepensjon like god som den kommunale" er et type krav som krever en utførlig forhåndsbeskrivelse av den kommunale ordningen, og hva som skal til for å betrakte en privat pensjonsordning som like god, før kravet kan sies å tilfredstille regelverkets krav til gjennomsiktighet.

Krav om pensjonsordning som kvalifikasjonskrav

I forslag til vedtak som er gjengitt i brevet fra kommunen, er det foreslått å stille krav om pensjon med et spesifikt innhold (like god som den kommunale) som kvalifikasjonskrav i forbindelse med konkurranseutsettingen. I denne sammenheng vises det til forskrift om offentlige anskaffelser §§ 5-5 og 12-5.

§§ 5-5 og 12-5 i forskriften lyder som følger :

Kvalifikasjonskrav

(1) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene, herunder til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Vurdering av leverandørenes tekniske kvalifikasjoner skal særlig baseres på kriterier som faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet.

(2) Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres.

(3) Kravene skal ikke diskriminere leverandørene på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet.

Bestemmelsen setter skranker for hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles, og skal tolkes uttømmende, jf Beentjes saken (31/87) premiss 17 :

Nevertheless, it is clear from these provisions that the authorities awarding contracts can check the suitability of the contractors only on the basis of criteria relating to their economic and financial standing and their technical knowledge and ability.

Som det fremgår av ordlyden i §§ 5-5 og 12-5, 2 ledd, skal kvalifikasjonskravene som stilles i forbindelse med offentlige anskaffelser, bidra til å sikre at leverandøren er egnet til å gjennomføre kontrakten. I tillegg må kravene stå i forhold til ytelsen som skal leveres.

Hvilke tekniske, finansielle og økonomiske forhold som er relevante å stille krav om, vil variere fra kontrakt til kontrakt, og vil avhenge av hva som er nødvendig for å sikre at leverandøren er egnet til å gjennomføre kontrakten. Formålet med kommunens krav om pensjon er, etter det departementet forstår, å sikre de ansatte hos leverandøren pensjon, samt unngå konkurransefortrinn for private tilbydere som ikke tilbyr sine ansatte sammenlignbare pensjonsrettigheter.

Etter departementets vurdering kan krav til pensjoner for ansatte verken plasseres i sammenheng med leverandørens tekniske kvalifikasjoner, finansielle eller økonomiske stilling, jf § 5-5 og 12-5 første ledd. Krav til pensjonsordninger for de ansatte har etter departementets vurdering heller ingen sammenheng med leverandørens egnethet til å utføre kontrakten. På denne bakgrunn har departementet kommet til at krav til pensjonsordningen som kommunen beskriver ikke kan stilles som et kvalifikasjonskrav.

Krav til pensjonsordning som kontraktsbetingelse

Departementet vil også vurdere hvorvidt oppdragsgivere kan stille krav til at leverandøren tilbyr spesifikke pensjonsvilkår for de ansatte i forbindelse med gjennomføring av kontrakten.

I utgangspunktet omfatter lov og forskrift om offentlige anskaffelser kun selve konkurransefasen frem til kontraktstildeling, og ikke forhold knyttet til kontraktsbetingelsene. EØS-avtalens diskrimineringsforbud i artikkel 4, samt læren om de fire friheter setter imidlertid skranke for hvilke kontraktsbetingelser oppdragsgivere kan stille. I det nye direktivet¹ om offentlige anskaffelser som skal gjennomføres i Norge, er det en bestemmelse i artikkel 26 om kontraktsbetingelser. Bestemmelsene er foreslått implementert i utkast til ny forskrift om offentlige anskaffelser, jf. forskriftsutkastet § 3-8. Bestemmelsene er i stor grad en kodifisering av praksis om at det er tillatt å stille særlige betingelser om miljøhensyn og sosiale forhold ved gjennomføringen av kontrakten, under forutsetning av at kontraktsbetingelsene ikke har en effekt som er i strid med EØS-avtalen.

Departementet vil i det følgende gi noen kommentarer til krav om spesifikke pensjonsytelser og forholdet til EF-retten. Departementet viser til EF-domstolens uttalelse i Beentjes saken² hvor domstolen i premiss 29 sier noe om hvilke krav som stilles for at kontraktsbetingelser (i denne saken ansettelse av langtidsledige i forbindelse med offentlige anskaffelser) skal være i samsvar med EF-retten:

29 It follows from the judgment of 9 July 1987, cited above, that in order to be compatible with the directive such a condition must comply with all the relevant provisions of Community law, in particular the prohibitions flowing from the principles laid down in the Treaty in regard to the right of establishment and the freedom to provide services

I premiss 30 peker domstolen på at krav ansettelse av langtidsledige kan være diskriminerende og i strid med forbudet mot diskriminering på nasjonalt grunnlag:

¹ Direktiv nr. 2004/18/EF

² Sak 31/87

30 The obligation to employ long-term unemployed persons could inter alia infringe the prohibition of discrimination on grounds of nationality laid down in the second paragraph of Article 7 of the Treaty if it became apparent that such a condition could be satisfied only by tenderers from the State concerned or indeed that tenderers from other Member States would have difficulty in complying with it. It is for the national court to determine, in the light of all the circumstances of the case, whether the imposition of such a condition is directly or indirectly discriminatory

Kravet til pensjonsordning gjelder for både norske og utenlandske leverandører, og vil derfor i utgangspunktet ikke være direkte diskriminerende i forhold til EØS-avtalen artikkel 4 ,tilsvarende EF-traktatens artikkel 7 (nåværende artikkel 12).

Selv om kravet stilles både ovenfor norske og utenlandske tilbydere, kan kravet til pensjon innebære en hindring som er strid med bestemmelsen om fri flyt av tjenester i EØS-avtalen artikkel 36 :

Art 36. 1. Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.

2. Vedlegg IX til XI inneholder særlige bestemmelser om adgangen til å yte tjenester.

Bestemmelsen forbyr både diskriminerende handelshindringer og nasjonale ordninger som virker handelshindrende uten å innebære diskriminering.

Pensjonssystemene i Europa er av svært ulik karakter. Tjenstepensjonsordninger i enkelte andre land er omtalt i Ot.prp. 10 (2005-2006) Om lov om obligatorisk tjenstepensjon:

”Tjenstepensjonsordninger innenfor privat sektor har varierende utbredelse i Europa. Kvaliteten og typen pensjonsordninger varierer også i betydelig grad. I tillegg varierer grunnlaget for pensjonsordningene. I enkelte land er det opp til den enkelte arbeidsgiver å bestemme om det skal etableres tjenstepensjonsordning for foretakets arbeidstakere og hvordan denne skal utformes. I en rekke andre land er tjenstepensjonsordningene avtalebasert gjennom tariffavtaler inngått mellom partene i arbeidslivet. Det finnes også enkelte land hvor tjenstepensjoner er gjort obligatoriske gjennom lovverket.”

Utenlandske vil kunne være bundet av andre krav til pensjonsordninger i sitt hjemland som gjør det ekstra vanskelig eller umulig å oppfylle kravet til pensjonsordning ”like god som den kommunale”. Den kan etter departementets vurdering tale for at det foreligger en indirekte diskriminering som er i strid med artikkel 36.

I rettspraksis fra EF-domstolen ³ har domstolen slått fast at det er også ordninger som gjør tjensteyting over landegrensene mindre attraktivt i utgangspunktet er forbudt, selv om de

³ Se blant annet Arblade-saken, (C-369/96) og Mazzoleni (C-165/98)

ikke er diskriminerende. Departementet viser til følgende uttalelse i premiss 22 i Mazzolenisaken:

Det fremgår af fast retspraksis, at traktatens artikel 59 ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion - også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater - der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende (jf. dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12, af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 14, af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905, præmis 10, og af 23.11.1999, sag forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade m.fl., Sml. I, s. 8453, præmis 33). Anvendelsen af modtagelsesmedlemsstatens nationale lovgivning på tjenesteydere kan i denne forbindelse være til hinder for, indebære ulemper for eller gøre disse tjenesteydelser mindre tiltrækkende, i det omfang denne lovgivning medfører udgifter samt yderligere administrative og økonomiske omkostninger.

Praksis fra EF-domstolen viser at terskelen er lav for å forby ordninger som diskriminerer andre leverandører eller gjør at det blir ”mindre tiltrekkende”. Domstolen legger også vekt på om ordningen medfører administrative og økonomiske omkostninger.

Et krav til en spesifikk pensjonsordning i forbindelse med offentlige anskaffelser vil etter departementets vurdering kunne by på store utfordringer for leverandørene. De praktiske problemene med ulike pensjonsordninger blir også omtalt i er i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven):

”Overføringer av pensjonsordninger fra offentlig til privat sektor reiser imidlertid fremdeles problemer. Dette har både sammenheng med at det er begrenset hvem som kan få tilgang til disse ordningene (medlemskap), og ulikheten mellom ordningene.”

Dersom det i det hele tatt er mulig for andre leverandører å oppfylle dette kravet (for eksempel gjennom å bli medlem av en kommunal pensjonsordning), vil det antagelig kreve store endringer i virksomheten. Leverandøren vil måtte fortsette å betale premier i pensjonsordningen også etter opphør av kontrakten med den offentlige virksomheten. Leverandørene vil kunne bli møtt med ulike krav til pensjoner i forbindelse med ulike konkurranser fra offentlige virksomheter, noe som vil kunne påføre leverandørene store administrative og økonomiske byrder.

Departementet viser til Kommisjonens fortolkningsmeddelelse ⁴ om muligheten til å ta hensyn til sosiale aspekter i offentlige kontrakter. Kommisjonen viser på side 17 og 18 til enkelte eksempler som er mulig å stille krav om (for eksempel ansettelse av funksjonshemmede). Kommisjonen bemerker i denne sammenheng at det vil være vanskeligere å kreve endringer i organisasjonen, strukturen eller politikken i en virksomhet, dette vil kunne være diskriminerende eller utgjøre en hindring for samhandelen. På grunn av de store administrative byrdene et slikt krav vil ha, og at det antagelig vil være svært vanskelig for andre enn kommunale virksomheter å oppfylle kravet, er departementets vurdering at et krav til pensjonsytelser ”like god som den kommunale” er en restriksjon som er i strid med EØS-avtalens artikkel 36.

Enkelte restriksjoner vil likevel kunne være lovlig etter læren om ”allmenne hensyn” som er utviklet gjennom rettspraksis i EF-domstolen. Dersom restriksjonen er et såkalt allment

⁴ KOM (2001) 566

hensyn, er det også et krav om proporsjonalitet mellom tiltaket og formålet med det. I dette tilfelle vil det etter departementets vurdering, uansett være grunn til å stille spørsmål ved proporsjonaliteten ved kravet som er stilt til pensjoner. Som nevnt tidligere er kravet til pensjon et svært inngripende tiltak. Det kan også stilles spørsmål ved om man ikke bør vurdere arbeidsvilkårene samlet sett i forbindelse med en konkurranseutsetting, og ikke bare pensjonsrettigheten. Departementet viser her til premiss 35 i Mazzolinisaken:

Modtagelsesmedlemsstatens formål om at sikre sådanne tjenesteyderes ansatte den samme sociale beskyttelse som den, der gælder på dens område for arbejdstagere inden for den samme branche, kan nemlig anses for opfyldt, når alle de berørte arbejdstagere samlet set befinder sig i en tilsvarende situation med hensyn til løn, skat og sociale omkostninger både i modtagelsesmedlemsstaten og i etableringsmedlemsstaten.

Etter departementets vurdering vil krav til spesifikke pensjonsytelser innebære en restriksjon i henhold til EØS-avtalens artikkel 36. Departementet antar også at det ved en eventuell tvist om dette spørsmålet vil bli stilt spørsmål ved om kravet til proporsjonalitet er oppfylt. På denne bakgrunn mener departementet at det er tvilsomt om krav til pensjonsordninger "like god som den kommunale" er i overensstemmelse med EØS-avtalen artikkel 36. Som nevnt innledningsvis vil utfallet av vurderingen kunne bli en annen ved et mindre presist krav til pensjonsordning. Departementet understreker også at dette området er under stadig utvikling, og departementet vil jobbe videre for å klargjøre disse spørsmålene i tiden fremover.

Særlig om virksomhetsoverdragelse

I noen situasjoner vil det være aktuelt med virksomhetsoverdragelse i forbindelse med konkurranseutsetting av tjenester. Reglene om virksomhetsoverdragelse er fastsatt i arbeidsmiljøloven. Det er vedtatt en ny arbeidsmiljølov som trådte i kraft 1. januar 2006, jf lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven).

Formålet med lovens regler om virksomhetsoverdragelser er å sikre at arbeidstakernes arbeidsforhold videreføres uendret hos ny arbeidsgiver etter en virksomhetsoverdragelse. Det grunnleggende vilkåret for at en overføring av virksomhet omfattes av reglene, er at det foreligger en selvstendig økonomisk enhet som beholder sin identitet. Departementet går ikke nærmere inn på de grunnleggende vilkårene for reglenes anvendelse. Poenget her er at det i den nye arbeidsmiljøloven er fastsatt følgende nye regler om lønns- og arbeidsvilkår ved virksomhetsoverdragelse av betydning i forhold til pensjon:

§ 16-2. Lønns- og arbeidsvilkår

(1) Tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye arbeidsgiver. Krav etter første punktum kan fortsatt gjøres gjeldende overfor den tidligere arbeidsgiver.

(2) Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet. De overførte arbeidstakerne har likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere.

(3) Arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon, overføres til ny arbeidsgiver etter reglene i første og andre ledd. Ny arbeidsgiver kan velge å gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende for de overførte arbeidstakerne. Dersom arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger ikke kan videreføres etter overdragelsen, skal ny arbeidsgiver sørge for at de overførte arbeidstakerne sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv pensjonsordning

I henhold til hovedregelen i arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd vil rettigheter i forhold til individuelt avtalte pensjonsordninger normalt overføres til den nye arbeidsgiveren etter en virksomhetsoverdragelse. På dette punkt er det ingen endring i forhold til reglene i tidligere arbeidsmiljølov.

Bestemmelsen i § 16-2 tredje ledd er ny og fastsetter at kollektive pensjonsordninger, dvs supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte tjenstepensjonsordninger, skal overføres til ny arbeidsgiver. Denne bestemmelsen gjelder de tilfeller der pensjonsordningen lar seg overføre etter sitt eget innhold/grunnlag og den nye arbeidsgiveren ikke har pensjonsordning fra før. Dette innebærer at arbeidstaker som hovedregel har rett til å få overført avtale om kollektiv tjenstepensjon ved en virksomhetsoverdragelse. Dersom den nye arbeidsgiveren har en pensjonsordning for sine arbeidstakere, kan vedkommende velge å gjøre denne eksisterende ordningen gjeldende også for de overførte arbeidstakerne. Bestemmelsen stiller ikke nærmere krav til pensjonsordningens innhold/rettighetsnivå. Dette innebærer at man heller ikke ved virksomhetsoverdragelse etter de nye reglene i arbeidsmiljøloven alltid vil kunne sikres en pensjonsordning med et helt bestemt innhold. For nærmere informasjon om de nye reglene om virksomhetsoverdragelse viser departementet til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) og Innst. O. nr. 100 (2004-2005).

Med hilsen

Jan Halvorsen (e.f.)
ekspedisjonssjef

Bente Hagelien
rådgiver

Kopi:
Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Utenriksdepartementet
Justisdepartementet