



Pensjonskontoret
Her

Att.: Kristin Kvanum Hestnes

Advokater MNA

Tor Allstrin – avd.dir.
Elisabeth Aasheim (adv.flm.)
Nina Ramstad Aatlo (H)
Gry Brandshaug Dale
Øyvind Gjelstad
Solfrid Vaage Haukaas
Hakon Huus-Hansen
Erna Larsen
Elisabeth Jordan Ramstad
Øyvind Renslo
Jostein Selle
Hanne Lyngstad Solberg
Cecilie R. Sæther
Siri Tofte
Kristine Vigander
Geir S. Winters

Frode Lauareid

H: Møterett for Høyesterett

Marion Gjerdrum (konsulent)
Kristine Kragseth (adv.sekr.)

Dato:	Vår referanse:	Arkivkode:	Ansvarlig advokat:	Deres referanse:
01.07.2013	13/01089-3	0	Nina Ramstad Aatlo	

Markedssituasjonen på området for offentlig tjenstepensjon - forholdet til anskaffelsesregelverket

1. Innledning

Vi viser til brev av 20. juni d.å., der Pensjonskontoret ber om KS Advokatenes vurdering av spørsmålet om hvordan kommunene skal forholde seg til regelverket for offentlige anskaffelser nå og fremover gitt at man i praksis kun har en leverandør av offentlig tjenstepensjon.

For ordens skyld presiserer vi at vår vurdering er gjort på grunnlag av de faktiske opplysninger som fremkommer nedenfor. Andre faktiske opplysninger kunne ført til andre konklusjoner enn de nedenfor følgende.

2. Sakens faktum og de juridiske rammene

Det er flere faktiske forhold som har betydning for den juridiske vurderingen av spørsmålet. For det første vil kravet til konsesjon ha betydning for vurderingen av om det kan finnes flere leverandører i markedet.

Kun virksomheter med konsesjon har rett til å levere pensjonstjenester, jfr. forsikringsvirksomhetsloven § 2-1. Konsesjon gis av Finanstilsynet. Tilsynet har seks måneder på å behandle en søknad beregnet fra tidspunktet for innkommet søknad.

Pr i dag er det tre foretak som har konsesjon for levering av pensjonstjenester; KLP, DnB og Storebrand. De to sistnevnte foretakene har uttrykkelig informert markedet om at de vil legge ned sin virksomhet innen offentlig tjenstepensjon. Dette betyr både at kommuner som har avtale med disse leverandørene har fått beskjed om at de må skifte leverandør innen oppgitte frister og at leverandørene ikke vil delta i nye konkurranser som utlyses. Hvorvidt dette betyr at de for all fremtid utelukker å konkurrere i dette markedet, er uvisst. Men det må kunne legges til grunn at Storebrand og DnB ikke vil delta i dette årets konkurranse. Kommunene kan derimot, etter vår vurdering, ikke uten nærmere undersøkelser legge til grunn at foretakene ikke vil levere tilbud i neste års konkurranse.

Vi har ved telefonisk kontakt med Finanstilsynet fått bekreftet at det ikke foreligger nye konsesjonssøknader som behandles av tilsynet pr. dags dato. Det betyr at det ikke vil være mulig for nye leverandører å legge inn tilbud i årets konkurranser.

For det andre har HTA og TPO-vedtektene bestemmelser om når kommunen kan skifte pensjonsleverandør og hvilke prosedyrer som må være ivarettatt. Det viktigste er her kravet til at skifte av leverandør skal skje ved nyttår og kravet til oppsigelse av eksisterende pensjonstjeneste. Kravet om tidspunkt for skifte av tjenesteleverandør betyr at kommunene må gjennomføre konkurransene i løpet av sommeren/høsten for skifte som skal skje ved nyttår 2013/2014.

3. Vurdering

Spørsmålet som skal vurderes er hvilke betydning det har for kommunenes plikt til å kunngjøre og gjennomføre anbudskonkurranser når markeds situasjonen er slik som beskrevet foran.

Anskaffelse av tjenstepensjonsordning omfattes av lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Utgangspunktet er da at anbudskonkurransen må kunngjøres i Doffin. Tjenstepensjonsordning er en prioritert tjeneste og de langt fleste anskaffelsene av tjenstepensjonsordninger har en verdi som overstiger 1,6 mill NOK. Det betyr at det er forskrift om offentlige anskaffelser del I og III som kommer til anvendelse.

Dersom kommunene skal ha rett til å unnlate kunngjøring av konkurransen, må det vises til en hjemmel som gir rett til å inngå direkte kontrakt. I dette tilfellet er det spørsmål om forskriftens § 14-4 c) gir tilstrekkelig hjemmel til å unnlate kunngjøring av anbudskonkurransen.

Bestemmelsen lyder:

«Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i følgende tilfeller:

c. dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør,»

Det avgjørende spørsmålet i saken er dermed om anskaffelsen av de angitte årsaker bare kan foretas hos en bestemt leverandør.

Det er klart at bestemmelsen må tolkes restriktivt. Det skal mao mye til før bestemmelsen kan

benyttes. Det er videre klart at det er oppdragsgiver som har risikoen for at det kan dokumentere at kravet er oppfylt.

Bestemmelsen er omtalt i veilederen utarbeidet av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet. Her heter det:

«Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver er av den formening at kun én leverandør kan oppfylle deres behov, eller at de kun vet om én leverandør fordi de har manglende kunnskap om markedet. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det må foreligge objektive årsaker, for eksempel rettslige skranker, til at kun én leverandør kan oppfylle ytelsen.

Det er ikke tilstrekkelig å bevise at én leverandør kan levere ytelsen mer effektivt enn andre, det må bevises at det kun er én leverandør som kan produsere det som er etterspurt.

Oppdragsgiver må kunne godtgjøre at det kun er én leverandør i hele EØS-området. Det er altså ikke tilstrekkelig at den kun er én leverandør i Norge som kan levere ytelsen. For at oppdragsgiver skal kunne sannsynliggjøre at denne bestemmelsen er oppfylt, kreves det derfor inngående innsikt i alle potensielle leverandører i hele EØS-området.

Årsaken til at kun én leverandør kan oppfylle må enten skyldes tekniske eller kunstneriske grunner, eller for å beskytte en enerett.

Det kan for eksempel tenkes at kun én leverandør har teknisk kompetanse til å utføre arbeidet, eller at det kun er én leverandør som produserer produktet. Ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling skal det svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke kan eller ikke vil kunne bli i stand til å levere den aktuelle ytelsen.

De kunstneriske grunnene som kan begrunne at det kun er én leverandør, vil typisk gjelde kjøp av kunst og utsmykking. Kjøp av kunst kan enten gjelde kjøp av et ferdig produkt, for eksempel et maleri, eller et arbeid som en kunstner skal utføre, for eksempel utsmykning av en bygning. Bakgrunnen for unntaket er at valg av slike ytelser som oftest vil basere seg på oppdragsgivers subjektive oppfatning, mer enn hva som er mest økonomisk fordelaktig.

Dersom én leverandør har enerett på ytelsen, og ytelsen derfor kun kan leveres av denne, vil vilkåret være oppfylt. Med enerett siktes det typisk til immaterielle rettigheter som patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse mv. Det er antatt at det ikke er tilstrekkelig at leverandøren har enerett i juridisk forstand, det kreves også at det faktisk ikke er andre leverandører som kan tilby ytelsen. Unntaket gjelder ikke dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, ettersom det da vil være flere leverandører som kan tilby ytelsen."

Bestemmelsen er også behandlet i Kofasak 280 fra 2011. Saken gjaldt klage med anførsel om ulovlig direkteanskaffelse av rotenon for bekjempelse av Gyrodactylus salaris i Vefsna-regionen".

Kofa definerer selv problemstillingen i saken som følger:

«(37) Sakens problemstilling er hvorvidt innklagede lovlig kunne anskaffe produktet CFT-Legumin fra valgte leverandør ved å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 bokstav c.

Problemstillingen i saken er følgelig den samme som i vår sak. Kofa ser så nærmere på unntaket for enerett til å utføre ytelsen. Fra avgjørelsen hitsettes:

«(41) Unntaket for beskyttelse av "enerett" i forskriften § 14-4 bokstav c peker på tilfeller hvor det er på det rene at det kun er én leverandør som har enerett på å utføre ytelsen, herunder eksempelvis hvor ytelsen er beskyttet av patentrettigheter eller andre immaterielle rettigheter som varemerker eller copyright eller lignende, jf. klagenemndas sak 2011/85 premiss (30) om tilsvarende unntak fra kunngjøringsplikt i forsyningsforskriften § 8-2 (3) bokstav c, samt Arrowsmith side 615 og Dragsten/Lindalen side 723. I klagenemndas sak 2011/85 premiss (30) fremgikk det at "Det er ikke tilstrekkelig at én leverandør har enerett i juridisk forstand, det er et krav at det faktisk ikke er andre leverandører som kan tilby ytelsen". I Steinicke/Groesmeier legges det til grunn på side 849 at "Enerettigheter må forstås som lovbestemte monopoler", og at det er en betingelse at ingen andre kan levere varen for eksempel som følge av "erhvervede licensrettigheter".

Etter å ha Kofa fortsetter så:

«(44) For å kunne benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring må innklagede dokumentere at det kun er én aktuell leverandør i det relevante markedet. Dette innebærer at det må bevises at ikke noen annen tilbyder vil kunne oppfylle kravene, jf. i denne retning Arrowsmith i "The Law of Public and Utilities Procurement" side 612.

Kofa viser så til departementenes veileder, jfr. sitat foran. Deretter fortsetter Kofa:

«(45) Innklagede har i denne relasjon anført at det ikke fantes andre leverandører, og at det heller ikke kunne tenkes andre leverandører som ville kunne produsere et produkt som oppfylte innklagedes krav innen kontraktoppfyllestedstidspunktet, blant annet som følge av krav om utprøving. Klagenemnda er enig i at dersom det på grunn av de krav som stilles til produktet kan dokumenteres at ingen andre leverandører kunne tenkes å kunne tilby et tilsvarende produkt, vil dette vil kunne anses som en teknisk grunn i relasjon til forskriften § 14-4 bokstav c.»

Kofa ser så på praksis fra EU-domstolen og trekker frem avgjørelsen i den såkalte Farmainustria-saken:

«(47) I EU-domstolens avgjørelse i C-328/92 (Farmainustria) i premiss (17) ble det lagt til grunn at kravet om at produktene bare kunne produseres eller leveres av én bestemt leverandør bare var oppfylt "with respect to those products and specialities for which there is no competition in the market".»

I vår sak er det tre virksomheter som har konsesjon til å levere de aktuelle tjenestene. To av leverandørene har uttrykkelig fraskrevet seg retten til å levere tilbud. Det må kunne legges til grunn at disse virksomhetene ikke vil legge inn tilbud i årets konkurranse. Selv om to andre virksomheter har konsesjon, er det på grunn av virksomhetenes egne erklæringer oppstått en situasjon der KLP er eneste virksomhet som defakto har en konsesjon som vil kunne bli benyttet i årets konkurranser.

På grunn av behandlingstiden for konsesjon, sammenholdt med det faktum at det pt ikke foreligger noen nye konsesjonssøknader til behandling, vil ingen nye leverandører, hverken fra Norge eller EØS-området, kunne oppnå konsesjon i tilstrekkelig tid til å være med i årets konkurranser.

Det finnes således kun en leverandør som er eller kan bli i stand til å levere tilbud i årets konkurranser. Det foreligger dermed ingen konkurranse i det aktuelle markedet p.t. Ut i fra den gjennomgangen som er foretatt over, må det bety at vilkåret i § 14.4 bokstav c) er oppfylt.

Kommunene må dermed i utgangspunktet kunne gjennomføre anskaffelsen av tjenstepensjonsordning uten kunngjøring i årets konkurranse.

Spørsmålet er så hvor langt dette unntaket rekker. Den manglende konkurransen i markedet gjelder med sikkerhet kun for konkurranser som gjennomføres dette året. Det vil derfor kunne tolkes som en omgåelse av regelverket, hvis kommuner som ikke allerede har vedtatt å gjennomføre en konkurranse, «benytter» anledningen og inngår ny kontrakt uten at konkurranse kunngjøres i henhold til regelverket. Dette må også gjelde for kommuner som har fått varsel om oppsigelse av eksisterende avtaler, forutsatt at oppsigelsen ikke gjelder fra årsskiftet 2013/2014. For disse kommunene må konkurransesituasjonen vurderes når kommunen faktisk må skifte leverandør eller når det av anskaffelsesfaglige/økonomiske årsaker foreligger en situasjon der det kan forsvares at kommunen bør foreta et skifte av leverandør.

4. Oppsummering og konklusjon

Etter gjennomgangen over kan vi oppsummere og konkludere på følgende måte:

Pt finnes det kun en mulig leverandør av pensjonstjenester. Det er ikke mulig for andre leverandører å komme inn på markedet tidsnok til å kunne delta i årets konkurranser.

For kommuner som har vedtatt skifte av leverandør/gjennomføring av konkurranse dette året, kan anskaffelsen skje som en direkte anskaffelse med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 14-4 c).

For kommuner som ikke har fattet vedtak om konkurranseutsetting av pensjonsordningen i år, men som har fått melding om at eksisterende pensjonsleverandør trekker seg ut av markedet, må markedssituasjonen vurderes på nytt det år skifte av pensjonsleverandør blir aktuelt. Dersom det på dette tidspunkt er kommet flere leverandører på markedet, må konkurranse avholdes på ordinær måte.

Med vennlig hilsen


Nina Ramstad Aatlo
Advokat