



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede inngikk i 2007 en avtale med Bodø pensjonskasse om organisering av tjenestepensjon for flere av kommunens ansatte. Klagenemnda kom til at avtalen var unntatt anskaffelsesregelverket fordi unntaket for utvidet egenregi i anskaffelsesforskriften § 3-1 fikk anvendelse. Klagen om at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ble derfor avvist. Saken ble behandlet i stornemnd.

Klagenemndas avgjørelse 29. mars 2023 i sak 2021/1924

Klager: Piratpartiet

Innklaget: Bodø kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg, Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus.

Bakgrunn:

- (1) Bodø kommune (heretter *innklagede*) inngikk 7. november 2007 avtale med Bodø kommunale pensjonskasse (heretter *pensjonskassen*) om organisering av tjenestepensjon for flere av Bodø kommunes ansatte. Avtalen trådte i kraft 1. januar 2008, er tidsbegrenset og løper til den sies opp.
- (2) Bodø pensjonskasse ble opprettet 1. juli 1927 av bystyret i Bodø. Pensjonskassens formål er å yte pensjon til medlemmene og deres etterlatte. Pensjonskassen leverer alderspensjon, AFP, uførepensjon, oppsatt pensjon og etterlattepensjon. Den nåværende ordningen er at alle ansatte i Bodø kommune blir meldt inn i pensjonskassen, med unntak av lærere og sykepleiere som blir meldt inn i andre pensjonskasser. I tillegg til ansatte i Bodø kommune, tilbyr innklagede pensjonsordning til andre kommunale foretak og aksjeselskap, andre selskaper og stiftelser med tilknytning til kommunen, jf. vedtektene § 1-1. Per 31. desember 2020 var det 16 744 aktive medlemmer i pensjonskassen.
- (3) Fra og med 1. januar 2020 har kommunal tjenestepensjon vært regulert av en egen sentral særavtale om pensjonsordninger – «SGS 2020». Den nye tjenestepensjonsordningen gjaldt for arbeidstakere født i 1963 eller senere, og innebar at disse arbeidstakerne fra dette tidspunkt gikk fra opptjening av bruttopensjon til opptjening av påslagspensjon.
- (4) Utgangspunktet er at hver enkelt kommune kan bestemme hvordan tjenestepensjonsordningen organiseres, herunder om den organiseres som en egen pensjonskasse, eller om den kjøpes av en utenforstående tjenesteleverandør opprettet som et livsforsikringselskap. Myndighetenes reguleringer og tariffavtaler gjelder uavhengig av hvilket selskap som tilbyr tjenesten. Alle aktørene i markedet tilbyr derfor lik pensjon, men kostnadene knyttet til driften av pensjonsordningen er ikke den samme. Bodø

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

kommune har valgt å organisere sin tjenstepensjonsordning gjennom Bodø pensjonskasse, som er underlagt forsikringsvirksomhetsloven og finansforetaksloven med tilhørende forskrifter.

- (5) Bodø pensjonskasse er en selveiende institusjon, jf. forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd. Pensjonskassens funksjoner er skilt ut fra kommunens øvrige virksomhet. Pensjonskassens midler holdes atskilt fra kommunens, og pensjonskassen hefter ikke for kommunens og øvrige medlemsbedrifters forpliktelser. Pensjonskassens drift reguleres av dens vedtekter.
- (6) Pensjonskassen ledes av et eget styre. Frem til 15. desember 2020 besto styret av seks personer, jf. vedtektene § 3-1. Fire av styremedlemmene ble oppnevnt av bystyret. To styremedlemmer ble oppnevnt av arbeidstakernes organisasjoner blant innskuddspliktige medlemmer og pensjonister i pensjonskassen. Etter 15. desember 2020 skal styret bestå av åtte personer, jf. ny § 3-1, der økningen skyldtes at det fra dette tidspunktet skal oppnevnes fire styremedlemmer av arbeidstakernes organisasjoner blant medlemmer, pensjonister eller andre de ønsker skal representere rettighetshaverne.
- (7) Piratpartiet (heretter *klager*) brakte 10. november 2021 inn en klage for Klagenemnda for offentlige anskaffelser, med påstand om at innklagedes løpende kjøp av pensjonstjenester fra Bodø pensjonskasse er ulovlige direkte anskaffelser. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 17. november 2021.
- (8) Klager hadde i forkant påklaget Bodø Pensjonskasses avtaler med Griff Kapital AS, Gabler AS, Ernst & Young AS og KLP, om pensjonskassens kjøp av henholdsvis investeringsrådgivning, revisjonstjenester og aktuertjenester. Klager har også påklaget pensjonskasses kjøp av lønnstjenester og IKT-tjenester fra Bodø kommune. Klagenemnda behandler disse klage i de forente sakene 2021/1132, 2021/1180, 2021/1181 og 2021/1182.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. februar 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Avtalen om kjøp av tjenstepensjonsordning fra Bodø pensjonskasse har ikke vært gjenstand for kunngjøring, og utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.
- (11) Endringen av tjenstepensjonsordningen i 2020, som innebar at ordningen gikk fra bruttopensjon til påslagspensjon, har medført at avtalen mellom innklagede og pensjonskassen er vesentlig endret. Den vesentlige endringen kan likestilles med inngåelse av en ny kunngjøringspliktig kontrakt, og innebærer at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (12) Pensjonskassen drives ikke i utvidet egenregi, jf. forskriften § 3-1. Endringen av vedtektene i desember 2020 der styrets sammensetning ble endret, ledet til at innklagedes mulighet til å utøve kontroll over pensjonskassen ble redusert. Kontrollvilkåret er derfor ikke oppfylt, med den følge at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse og innklagedes kjøp av pensjonstjenester er kunngjøringspliktige.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Klagen skal avvises som for sent fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (14) Dersom klagenemnda likevel tar klagen til behandling, anføres det at organiseringen av kommunal tjenstepensjon gjennom pensjonskassen omfattes av unntaket for utvidet egenregi. Kontrollvilkåret i forordningen § 3-1 (1) bokstav a anses oppfylt, selv etter endringen av styresammensetningen i 2020. Anskaffelsesregelverket kommer derfor ikke til anvendelse.
- (15) Dersom klagenemnda mener at vilkårene for utvidet egenregi ikke er oppfylt, anføres det at innklagedes tjenstepensjonsordning gjennom pensjonskassen uansett omfattes av unntaket for enerett i forordningen § 2-3. Anskaffelsesregelverket kommer heller ikke på dette grunnlag til anvendelse.
- (16) Det foreligger uansett ingen vesentlig endring av pensjonsavtalen i 2020 ved overgangen fra bruttopensjon til påslagspensjon. Overgangen har ikke medført behov for endringer i avtaleforholdet mellom innklagede og pensjonskassen, og det foreligger derfor heller ikke på dette grunnlag en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forordning om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd.
- (18) En forutsetning for at det kan foreligge en ulovlig direkte anskaffelse, er at den påklagede avtalen er omfattet av anskaffelsesregelverket. Innklagede anfører at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse fordi avtalen mellom innklagede og pensjonskassen er omfattet av unntaket om utvidet egenregi i forordningen § 3-1.
- (19) Det offentlige har adgang til å organisere egen virksomhet på den måten som finnes mest hensiktsmessig. Dersom oppdragsgiveren dekker sitt behov for varer eller tjenester gjennom å benytte egen organisasjon, foreligger det ikke en gjensidig bebyrdende avtale mellom to ulike rettssubjekt. Anskaffelsesregelverket kommer da heller ikke til anvendelse.
- (20) For at det skal foreligge utvidet egenregi mellom to ulike rettssubjekt, må vilkårene i forordningen § 3-1 (1) bokstavene a til c være oppfylt. Vilket i bokstav a (kontrollvilkåret) innebærer at oppdragsgiver må kunne utføre en kontroll over leverandøren som svarer til den kontrollen oppdragsgiver har over egen virksomhet. Videre innebærer vilkåret i bokstav b (aktivitetsvilkåret) at leverandøren må utføre mer enn 80 prosent av sin virksomhet for oppdragsgiveren, eller virksomheter oppdragsgiveren kontrollerer. Vilket i bokstav c fastslår at det heller ikke kan være direkte private eierandeler i rettssubjektet oppdragsgiveren inngår avtale med. I følge EU-domstolens avgjørelse i sak C-26/03 (*Stadt Halle*) avsnitt 46 skal vilkårene for egenregi tolkes restriktivt.
- (21) Bodø pensjonskasse er et eget rettssubjekt i form av å være en selveiende institusjon. Pensjonskassen er atskilt fra kommunen som har etablert den, jf. forsikringsvirksomhetsloven § 7-1 første ledd. Pensjonskasser er unntatt stiftelsesloven, jf. stiftelsesloven § 6 bokstav b. Det er dermed ikke tvilsomt at avtalen mellom pensjonskassen og innklagede er inngått mellom to ulike rettssubjekt.

- (22) Klagenemnda går så over til å vurdere om kontrollvilkåret i forskriften § 3-1 er oppfylt.
- (23) Innholdet i kontrollvilkåret i forskriften § 3-1 (1) bokstav a presiseres gjennom forskriften § 3-1 (2), der det fremgår at det er et vilkår at det aktuelle selskapet må være underlagt slik kontroll at det er mulig for oppdragsgiveren å ha «*bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet.*»
- (24) I følge EU-domstolens avgjørelser i sakene C-324/07 (*Coditel Brabant*) avsnitt 43 flg. og sak C-458/03 (*Parking Brixen*), behøver ikke kontrollen å være identisk med den kontrollen oppdragsgiver utøver over egne organer, men kontrollen må være effektiv, se førstnevnte sak avsnitt 46. Kontrollen må være videre enn den kontrollen selskapsretten gir selskapsdeltakerne i flertall, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-340/04 (*Carbotermo*) avsnitt 38. Avgjørelsene viser at det skal gjøres en konkret vurdering av den faktiske kontrollen oppdragsgiver utøver.
- (25) Når en kommune organiserer sine pensjonsforpliktelser gjennom en pensjonskasse, følger det av forsikringsvirksomhetsloven at pensjonskassen må være rettslig og økonomisk atskilt fra kommunen, slik at midlene som skal dekke pensjonsforpliktelsene ikke kan blandes med kommunens øvrige midler. Selv om Bodø pensjonskasse dermed ikke er underlagt kommunens formelle kontroll, er pensjonskassens eksistens like fullt betinget av kundeforholdet med innklagede. Pensjonskassen må nedlegges dersom innklagede beslutter å flytte tjenestepensjonen til et annet selskap, og pensjonskassen må derfor drives i tråd med innklagedes interesser. Avtalen mellom pensjonskassen og innklagede inneholder heller ingen oppsigelsesrett for pensjonskassen, men innklagede kan avslutte kundeforholdet. Avtalen inneholder heller ingen misligholdsbeføyelser, slik tilfellet er i ordinære kontraktsforhold. Avtaleforholdet er dermed lagt opp slik at kommunen ensidig kan hevde sine interesser. Etter nemndas syn gir dette innklagede i realiteten bestemmende innflytelse over pensjonskassens strategiske mål.
- (26) Det samme gjelder for pensjonskassens viktige beslutninger. Pensjonskassens formål er å yte pensjon til medlemmene og etterlatte, og det ligger i dette at beslutninger knyttet til premieinnbetaling er av særlig betydning for pensjonskassen. Det er pensjonskassens styre som etter vedtektene § 3-3 har myndighet til å fastsette premieinnbetalingene. Slik nemnda forstår det, betinges imidlertid denne fastsettelsen av innklagedes aksept, fordi pensjonskassen ikke kan eksistere uten innklagedes fortsatte kundeforhold. Det er for nemnda også fremlagt dokumentasjon som viser at foreslåtte endringer i premieinnbetalingen i praksis forelegges innklagede for godkjenning. Dette viser også at innklagedes kontroll over pensjonskassens viktige beslutninger er effektiv og uavhengig av den konkrete styresammensetningen.
- (27) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at kontrollvilkåret i forskriften § 3-1 (1) bokstav a, jf. § 3-1 (2), er oppfylt.
- (28) Det neste vilkåret som må være oppfylt for at utvidet egenregi anses å foreligge, er at pensjonskassen må utføre mer enn 80 prosent av sin virksomhet for innklagede, eller virksomheter innklagede kontrollerer, jf. § 3-1 (1) bokstav b.
- (29) Aktivitetsvilkåret er begrunnet i hensynet til konkurranse i det åpne markedet. Formålet med dette vilkåret er å sørge for at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse på tilfeller der et selskap som kontrolleres av det offentlige, og samtidig opptrer som en aktør i et konkurranseutsatt marked, ikke får en konkurransefordel.

- (30) Innklagede har i denne sammenheng vist til at pensjonskassen ikke opererer i et åpent marked og at innklagede står for ca. 87 prosent av premieinnbetalingene til pensjonskassen. I tillegg kontrollerer innklagede flere av de øvrige virksomhetene som benytter pensjonskassen.
- (31) Basert på dette finner klagenemnda at også aktivitetsvilkåret er oppfylt, jf. forskriften § 3-1 (1) bokstav b.
- (32) Det tredje og siste vilkåret som må være oppfylt for at det skal foreligge utvidet egenregi, er fravær av private eierandeler i pensjonskassen, jf. forskriften § 3-1 (1) bokstav c.
- (33) Dette vilkåret er begrunnet i at private forfølger andre formål enn det offentlige, i tillegg til at det kan virke konkurransevridende dersom det åpnes for egenregi når private aktører er inne på eiersiden.
- (34) I følge vedtektene § 5-1 består pensjonskassen av ansvarlig kapital i henhold til finansforetaksloven § 14-16 og forskrift av 1. juni 1990 nr. 435 § 2, om beregning av ansvarlig kapital for finansinstitusjoner, oppgjørssentraler og verdipapirforetak. Den ansvarlige kapitalen skal bestå av kjernekapital (egenkapital) og eventuell tilleggskapital. Kjernekapitalen kan bestå av innskutt kjernekapital og overført andel av overskudd. Eventuell tilleggskapital skal tilfredsstillere kravene i forskrift av 1. juni 1990 nr. 435 § 4.
- (35) Pensjonskassen er selveiende og kan dermed hverken ha offentlige eller private eiere. Slik nemnda ser det, åpner heller ikke vedtektene for at pensjonskassen kan bestå av innskutt privat kapital. Det er dermed ikke direkte private eierandeler i pensjonskassen, og vilkåret i forskriften § 3-1 (1) bokstav c er oppfylt.
- (36) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at vilkårene for utvidet egenregi i forskriften § 3-1 (1), jf. § 3-1 (2) er oppfylt. Dette medfører at avtalen mellom innklagede og pensjonskassen ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket. Dette innebærer at klagen om ulovlig direkte anskaffelse avvises fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6.

Konklusjon:

Klagen om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse avvises fra behandling i klagenemnda.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk