



## Pensjonskontoret

Att.: Anne Karin Andreassen

### **Advokater MNA**

*Tor Allstrin – avd.dir.  
Elisabeth Aasheim (adv.flm.)  
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*

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

<i>Dato:</i>	<i>Vår referanse:</i>	<i>Arkivkode:</i>	<i>Ansvarlig advokat:</i>	<i>Deres referanse:</i>
11.02.2014	13/01089-4	0	Kristine Vigander	

## **Markedsituasjonen på området for offentlig tjenstepensjon- forholdet til anskaffelsesregelverket**

### **1. Innledning**

Vi viser til Pensjonskontorets brev av 15.1.2014 og telefonsamtaler knyttet til oppdraget.

Som førstedel av ovennevnte oppdrag, har Pensjonskontoret bedt KS – advokatene, om en oppfølging av vår redegjørelse av 1.7.2013 om anskaffelse av offentlig tjenstepensjon og markedssituasjonen.

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**

I KS Advokatenes vurdering av 1.7.2013 ble det redegjort for hvordan kommunene skal forholde seg til regelverket for offentlige anskaffelser nå og fremover gitt at en i praksis kun har en leverandør av offentlig tjenstepensjon.

I konklusjonen fra denne vurdering hitsettes:

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

*For kommunen 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 bokstav c.*

*For kommunen 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 tidspunktet er kommet flere leverandører på markedet, må konkurranse avholdes på ordinær måte».*

KS Advokatene har pr 11.2.2014, fått opplyst fra Finanstilsynet at ikke foreligger nye konsesjonssøknader for å tilby kommunal pensjon. Finanstilsynet forventer heller ikke at dette vil skje i nærmeste fremtid.

Det er heller ikke mottatte opplysninger som tilsier at DNB og Storebrand vil gjenoppta sin aktivitet i markedet for offentlig tjenstepensjon.

### **3. Vurdering**

Det er fra 1.7.2013 til i dag ikke funnet sted endringer i lovverket eller i rettspraksis/Kofa-praksis med betydning for dette spørsmålet.

Det er fortsatt bruken av unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser (foa) § 14-4 bokstav c, som eventuelt kan hjemle fritak fra kunngjøringsplikten/hjemle inngåelse av kontrakt direkte med gjenværende leverandør.

For den rettslige fremstillingen av bruken av dette unntaket vises i sin helhet til vurdering av 1.7.2013 punkt 3.

Som det fremgår av tidligere utredning, er det oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene i unntaket er oppfylt.

Oppdragsgivere som er i prosess for skifte, må kunne dokumentere at de har foretatt undersøkelser i forhold til hvordan den konkrete markedssituasjonen er på tidspunkt for vedtak om skifte. Det må gjøres undersøkelser i forhold til om det er innkommet nye konsesjonssøknader og om evt. vil kunne bli tildelt konsesjon i tide til deltakelse i en evt. konkurranse. Det bør også gjøres undersøkelser i forhold til leverandører som har konsesjon, i forhold til om de vil/har revurdert sitt standpunkt om å tilby tjenester innenfor offentlig tjenstepensjon.

En slik vurdering må foretas i forbindelse med at det skal fattes endelig vedtak om flytting. Slikt vedtak kan i praksis skje gjennom hele året, men må jf, PTO-vedtektene § 14-1 litra a, skje senest pr 1.12.

Hva oppdragsgiver har foretatt seg av undersøkelser og resultatene av disse må protokollføres, jf. krav om anskaffelsesprotokoll i foa § 3-2. Anskaffelsesprotokollen skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen. Begrunnelse for bruk av unntaksbestemmelse i forhold til kunngjøringsplikten, vil utgjøre et vesentlig forhold/viktig beslutning som må kunne dokumenteres, jf krav om bla. etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Hvorvidt de undersøkelser som er foretatt og den faktiske situasjonen vil hjemle bruk av unntaket, vil bli vurdert konkret dersom det evt. blir reist spørsmål om unntaksbestemmelsen lovlig er benyttet.

Som det fremgår av vurderingen av 1.7.2013, er det usikkert om unntaket i foa § 14-4 bokstav c, gir tilstrekkelig hjemmel til å inngå direkte kontrakt slik situasjonen er i markedet for offentlig tjenstepensjon.

For å sikre seg mot den foreliggende rettsusikkerheten, kan oppdragsgiver foreta en intensjonskunngjøring, jf. foa § 18-3a.

En intensjonskunngjøring er en kunngjøring om at oppdragsgiver har til hensikt å inngå kontrakt direkte med en leverandør uten forutgående kunngjøring av konkurransen.

Oppdragsgiver som etter å ha undersøkt markedet mener at vilkårene for å benytte unntaksbestemmelsen i foa § 14-4 bokstav c er oppfylt, kan etter at tildeling av kontrakt er besluttet, kunngjøre at kontrakt vil bli inngått.

En slik kunngjøring skal skje på fastsatte kunngjøringsskjemaer og må inneholde oppdragsgivers begrunnelse for at det kan skje direkte tildeling. Her må oppdragsgiver både krysse av et felt med den relevante hjemmel og i fritekst gi en nærmere redegjørelse for de faktiske og juridiske omstendigheter som ligger til grunn for vurderingen.

For at unntaket skal komme til anvendelse må oppdragsgiver i tillegg vente med å inngå inngå/signere kontrakten til etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter kunngjøringen.

Følgen av at oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunngjøring, er at retten ikke kan ilegge sanksjoner for ulovlig direkte anskaffelse, selv om det senere skulle vise seg at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse (vilkårene for bruk av unntaket ikke var oppfylt).

En intensjonskunngjøring sikrer gjennomsiktighet og gir leverandørene mulighet til å stoppe en kontraktstildeling dersom leverandørene mener at det ikke er grunnlag for å gjennomføre anskaffelsen uten å følge de ordinære kunngjøringsreglene i anskaffelsesregelverket.

Dersom ingen leverandører begjærer midlertidig forføyning innen fristen, vil oppdragsgiver være sikret mot at kontrakten på et senere tidspunkt kan bli kjent uten virkning eller bli ilagt alternative sanksjoner.

For nærmere informasjon om intensjonskunngjøring vises til sist oppdaterte versjon av departementets (nå Nærings- og Fiskeridepartementet) veileder til anskaffelsesregelverket punkt 18.5.4, side 258 flg. Se link under.

[http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveilederer_2013.pdf)

#### 4. Oppsummering

De vurderinger som er gjort i brev av 1.7.2013, kan fortsatt legges til grunn.

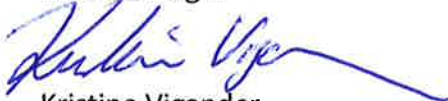
De kommuner som har fattet vedtak før 1.12.2013 og som er i flytteprosess og har inngått kontrakt med ny leverandør må kunne fullføre sine prosesser. Det antas at disse har gjennomført en konkret vurdering av markedet i forbindelse med vedtak om flytting.

For de kommunene som har fattet vedtak om flytting men som ennå ikke har inngått kontrakt med ny leverandør, kan intensjonskunngjøring benyttes som en sikkerhetsventil.

For de kommuner og bedrifter som ennå ikke har fattet vedtak om flytting av sin pensjon, må på tidspunkt forut for vedtak om flytting foreta en undersøkelse av markedet. Dersom forholdene er uendrete, jf. dagens markedssituasjon, kan unntaket i foa § 14-4 bokstav c, legges til grunn for en direkte anskaffelse. Oppdragsgiver bør vurdere om han er tjent med å foreta en intensjonskunngjøring før kontraktsinngåelse.

Dersom markedsundersøkelser viser at det er kommet flere leverandører på markedet, må det avholdes konkurranse på ordinær måte.

Med vennlig hilsen



Kristine Vigander  
advokat

Tlf. dir. innvalg 24 13 26 62

Kristine.Vigander@ks.no