



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Griff Kapital AS
Stranden 57
N-0250 Oslo

Deres ref.

Vår ref.
13/791

Dato
18.06.2013

Spørsmål om unntaket for finansielle tjenester i forskrift om offentlige anskaffelser

Det vises til brev fra Griff Kapital AS av 28. februar 2013, med flere spørsmål knyttet til anvendelsen av forskrift om offentlige anskaffelser (foa) ved kjøp av finansielle tjenester.

Vi bemerker innledningsvis at det er domstolene, og ikke Fornyings-, Administrasjons- og kirkedepartementet (FAD), som har den rettslige kompetansen til å fortolke regelverket med bindende virkning. Som forvalter av regelverket vil FAD likevel gi følgende kommentarer til spørsmålene:

Spørsmål 1, 2 og 3

Griff Kapital AS spør om hvilke finansielle tjenester som omfattes av unntaket etter foa § 1-3, 2. ledd bokstav e. Blant annet er det spørsmål om disse er begrenset til transaksjoner som gjennomføres i "verdipapirisert" form, eller om direkte lån også vil kunne omfattes, samt om hva som ligger i begrepet "finansinstrumenter".

Videre, i relasjon til omtalen av ordinære banktjenester i FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser, er det spørsmål om hvordan "låneopptak" skal defineres, og hvordan et lån i bank skiller seg fra lån fra markedet eller lån i "livselskap" i denne sammenheng.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3, 2.ledd bokstav e lyder:

Forskriften får ikke anvendelse på:

Postadresse
Postboks 8004 Dep
N-0030 OSLO
postmottak@fad.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90
Org. nr.
972 417 785

Konkurransopolitisk
avdeling
Telefaks
22 24 27 23

Saksbehandler
Tonje Areng Skaara
22 24 46 53
tas@fad.dep.no

..e. kontrakter om finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansinstrumenter, særlig transaksjoner utført av offentlige oppdragsgivere for å skaffe til veie penger eller kapital, samt sentralbanktjenester,

Bestemmelsen gjennomfører EU-direktiv om offentlige anskaffelser, direktiv 2004/18/EC, artikkel 16, i norsk rett. Artikkel 16 lyder (dansk oversettelse):

Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter:

..d) om finansielle tjenesteydelser vedrørende emission, køb, salg og overførsel af værdipapirer eller andre finansielle instrumenter, navnlig transaktioner med henblik på den ordregivende myndigheds penge- eller kapitalanskaffelse samt tjenesteydelser leveret af centralbanker.

Hva slags finansielle tjenester og verdipapirer som omfattes av unntaket er ikke nærmere definert av EU.

Unntaksbestemmelsen er omtalt i juridisk teori. I norsk teori¹ er det vist til at begrepene ”finansielle instrumenter” og ”omsettelige verdipapirer” er definert i lov om verdipapirhandel (lov om verdipapirhandel av 29. juni 2007 nr. 75), og at disse definisjonene må legges til grunn for tolkningen av hvilke tjenester som omfattes av foa § 1-3, 2.ledd bokstav e.

I ”EUs Udbudsdirektiver. Med kommentarer”, Steinicke og Groesmeyer 2008, uttales det for det første at *”Et væsentlig uafklaret punkt er hvorledes ”verdipapirer eller andre finansielle instrumenter” skal afgrænses”*. Videre fremgår det at unntaket gjelder: *”..der sigtes til den type af verdipapirer og finansielle instrumenter som normalt omsettes. Hvilken grad af omsettelighet der skal foreligge, kan ikke siges med sikkerhet F.s.v. angår afgrænsningen overfor almindelig låne- og kreditoptagelse, gælder det formentlig at der skal være et marked for omsætning af de omhandlede værdipapirer, og at muligheten for omsætning af papirerne heller ikke konkret må være usandsynlig, således at videreoverdragelse må forventes først at ske ved ustederens tilbagekøb.”* Endelig vises det til en uttalelse fra EU-Kommisjonen², der kommisjonen bla. uttaler at unntaket ikke omfatter låneopptak *”med mindre lånet er emittered af en sentralbank”*...

FAD legger etter dette til grunn at definisjonene i lov om verdipapirhandel er viktig i avgrensningen av hvilke tjenester som omfattes av unntaket i foa § 1-3, 2. ledd e. Videre, at oppdragsgiver må foreta en konkret vurdering når det gjelder hvorvidt tjenester som ikke er omhandlet i denne loven omfattes, der blant annet momentene som er nevnt ovenfor må inngå i vurderingen.

EU-kommisjonen har nå lagt frem forslag til nytt direktiv om offentlige anskaffelser. I forslaget til ny bestemmelse om unntaket for visse finansielle tjenester (artikkel 10 d) er

¹ Både i ”Kommentarutgave til lov og forskrift om offentlige anskaffelser”, Dragsten og Lindalen 2005, og i ”Offentlige anskaffelser”, Bakken og Nordby 2013,

² Uttalelsen var svar på et spørsmål fra et parlamentsmedlem, gjengitt i EF Tidende 1998 C 82/146.

rammen for unntaket definert slik: *"finansielle tjenesteydelser i forbindelse med udstedelse, salg, køb eller overførsel af værdipapirer eller andre finansielle instrumenter som nævnt i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF, centralbankers tjenesteydelser og operationer, der udføres med den europæiske finansielle stabilitetsfacilitet".*

Kommisjonens forslag har senere vært til førstegangs behandling i Europaparlamentet, som har foreslått at "ordinært" låneopptak også skal omfattes. Hvordan ordlyden i unntaksbestemmelsen blir til slutt, er per i dag uvisst. Det foregår nå forhandlinger mellom Europaparlamentet, -Kommisjonen og Rådet, og endelig vedtak foreligger forhåpentligvis i løpet av sommeren 2013. Etter at direktivet er vedtatt i EU vil vi endre de norske reglene for å sikre etterlevelse av våre EØS-rettslige forpliktelser, så da kan det bli tale om endring av foa § 1-3, 2. ledd bokstav e.

Spørsmål 4

Vedrørende unntaksbestemmelsen i FOA § 14-4 g): dersom varene noteres og kjøpes på varebørs, og omtalen i FADs veileder. Det er spørsmål om hva som ligger i "liknende markeder" og "etablerte markedsplasser".

Også her må oppdragsgiver foreta en konkret vurdering av om den aktuelle "markedsplassen", varebørsen, m.v. tilfredstiller kravene i det enkelte tilfelle. Formålet med reglene – sikre effektiv konkurranse om offentlige anskaffelser – kan bidra i avgrensningen av hva slags "markedsplasser" dette unntaket omfatter: bakgrunnen for reglene om kunngjøring av konkurransen, og forbudet mot å gå direkte til en leverandør, er å sikre at flere leverandører konkurrerer om kontrakten. For de varer og tjenester der det eksisterer markedsplasser som en børs, råvarebørs, auksjon, etc., antas det at konkurransen er sikret gjennom denne. Det vil derfor ikke bidra til mer konkurranse og effektive anskaffelser dersom oppdragsgiver foretar en kunngjøring av konkurransen i forkant, dette vil tvert i mot være unødvendig offentlig ressursbruk. I beskrivelsen av at markedsplassen skal være "etablert" ligger det at unntaket ikke omfatter enhver tilfeldig auksjon e.l., men at det må være en markedsplass som er kjent og akseptert både blant kjøpere og selgere som et sted der den aktuelle varen omsettes, og at alle både på kjøper og selgersiden har tilgang til markedsplassen.

Spørsmål 5

Griff Kapital AS spør om det vil kunne etableres en rammeavtale med et stort antall tilbydere av ulike finansieringstyper, som oppdragsgiver så kan velge eller avrope fra, når de trenger finansiering.

FAD ser ingen prinsipiell grunn til at det ikke kan etableres en slik rammeavtale innenfor rammene av reglene. Forutsetningen for dette er at gjenstand for kontrakten(e) som skal inngås kan beskrives på en ikke-diskriminerende måte ved kunngjøring av konkurransen. Videre må det være en forutsetning at (hele) rammeavtalen/-kontrakten lyses ut i henhold til reglene i anskaffelsesforskriften, til tross for at den enkelte kontrakt under rammeavtalen vil kunne gjelde

finansieringstyper som både faller innenfor og utenfor anskaffelsesforskriftens virkeområde, eller begge deler, jf. omtalen overfor.

Med hilsen

Monica Auberg (e.f.)
avdelingsdirektør

Tonje Areng Skaara
seniorrådgiver