



DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Troms fylkeskommune
Innkjøpssjef Helene Lockertsen
Postboks 6600
9296 TROMSØ

Deres referanse
03/364-49

Vår referanse
200801618-/CPM

Dato
1. august 2008

Spørsmål om opptak av lån omfattes av anskaffelsesregelverket

Det vises til brev fra Troms fylkeskommune av 3. juni 2008 om spørsmålet om hvorvidt et opptak av lån er omfattet av anskaffelsesregelverket.

Det skal innledningsvis bemerkes at det er domstolen, og ikke Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD), som har den rettslige kompetansen til å fortolke regelverket med bindende virkning. FAD vil derfor ikke foreta en konkret vurdering av den forelagte problemstilling. Som forvalter av regelverket vil FAD likevel gi følgende generelle kommentarer til spørsmålet:

Forskriftens unntak for visse finansielle tjenester

Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) inneholder i § 1-3 (2), bokstav e) et unntak for visse finansielle tjenester. Bestemmelsen lyder:

"Forskriften får ikke anvendelse på 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 sentralbanktenester."

Bakgrunn for bestemmelsen finnes i fortalen til det tidligere såkalte tjenstedirektiv, Rådets direktiv 92/50/EØF av 18. juni 1992 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige tjenesteavtaler (i dansk versjon):

"De finansielle tjenesteydelser, der er omhandlet i dette direktiv, omfatter ikke

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Konkurransopolitisk avdeling	Saksbehandler
Postboks 8004 Dep	Akersg. 59	22 24 90 90	Telefaks	Christina Paludan
N-0030 OSLO		Org no.	22 24 27 23	Melson

instrumenter i forbindelse med penge- og valutapolitik, statsgældspolitik, valutareservepolitik og andre politikker, som indebærer handel med verdipapirer eller andre finansielle instrumenter; aftaler om udstedelse, køb, salg eller overførsel af verdipapirer eller andre finansielle instrumenter er således ikke omfattet af direktivet; centralbankers tjenesteydelser er ligeledes udelukkede;”

Begrunnelsen for unntaket, er således at disse tjenestene kan ha særlig konstitusjonell og politisk betydning og at det derfor kan være ønskelig å unnta disse fra anskaffelsesprosedyrene. Unntaket kan også begrunnes med at åpenhet rundt rådgivningstjenester kan vanskeliggjøre den finansielle transaksjonen som skal utføres.

Unntaket omfatter både rådgivning og selve avtalen om emisjon, kjøp, salg og overførsel av verdipapirer. Unntaket må således – som også beskrevet i FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser – i hvert fall omfatte:

- obligasjonsbaserte lån (lån skaffet til veie gjennom salg av obligasjoner)
- rådgivning vedrørende salg av aksjer
- børsmeglervirksomhet og annen meglervirksomhet
- avtaler om emisjon av verdipapirer
- avtaler om handel med og overførsel av verdipapirer
- handel med investeringsforeningsbeviser og lignende.

Oppdragsgivere er således ikke forpliktet til å følge reglene i FOA for slike tjenester. Kontrakter om slike tjenester vil imidlertid i utgangspunktet fremdeles være omfattet av lov om offentlige anskaffelser (LOA), herunder av de grunnleggende krav i LOA § 5 om god forretningsskikk, likebehandling av leverandører, gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet, forutberegnelighet og forbud mod diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Det følger også av denne bestemmelsen at anskaffelser så langt det er mulig skal være basert på konkurranse.

Øvrige finansielle tjenester, herunder forsikringstjenester og øvrige bank- og investeringstjenester så som for eksempel vanlige låneopptak, betalingsformidling og sikkerhetsstillelse er derimot omfattet av FOA.¹

Kjøp av finansielle tjenester omfattet av FOA

At en finansiell tjeneste som for eksempel et vanlig låneopptak er omfattet av FOA innebærer at kontraktinngåelse skal skje i tråd med prosedyrereguleringene i FOA.

¹ Se også den danske veiledning til anskaffelsesreglene, kapittel 5.3 (<http://www.ks.dk/udbudsomraadet/vejledninger/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006-pdf-format-2523-kb/>) samt juridisk litteratur som f.eks. Offentlige anskaffelser, kommentarutgave av Dragsteen og Lindalen, Universitetsforlaget 2005.

Anskaffelser til en verdi over 500 000 kr. skal skje etter FOA del II. Anskaffelser over EØS-terskelverdien som for perioden 2008-2009 er 1 650 000 kr. skal skje etter FOA del III. Både FOA del II og III stiller krav om at en kontrakt forutgående må lyses ut på Databasen for offentlige anskaffelser (DOFFIN).

Reglene om beregning av terskelverdier finnes i FOA § 2-3. Det følger av denne bestemmelsen at anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eks. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen. Særlig for anskaffelser av banktjenester og andre finansielle tjenester sier § 2-3 (13), bokstav b), at ved beregning av den anslåtte verdi skal gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag tas med i beregningen.

FAD oppfatter dette således at det utelukkende er vederlaget, altså gebyrer, provisjoner, renter, mv. som skal medtas ved beregning av kontraktverdien. Selve lånebeløpet er derimot i seg selv uten betydning for beregning av kontraktverdien. Oppdragsgiver må således forut for inngåelse av kontrakt foreta en beregning av størrelsen på det forventede vederlag basert på forsvarlig skjønn for å vurdere hvilken del av FOA anskaffelsen faller inn under.

Konkurransen med parallelle tekniske spesifikasjoner

Regelverket om offentlige anskaffelser er ikke til hinder for at oppdragsgivere avholder konkurranse med parallelle tekniske spesifikasjoner. Herved forstås at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget fastsetter at det kan eller skal gis tilbud på for eksempel forskjellige løsninger eller utførelse av en tjeneste under anvendelse av forskjellige metoder, materialer eller lignende.²

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har således også ved flere anledninger akseptert at det kan avgis parallelle tilbud. Se for eksempel KOFAs avgjørelser av 15. januar 2007 i sak 2006/11 og av 4. juli 2007 i sak 2007/13.

I førstnevnte 2006/11 uttaler KOFA følgende:

”Dersom en tilbyder leverer inn flere tilbud som alle fullt ut oppfyller konkurransegrunnlagets kravspesifikasjoner, anses ikke dette som alternative tilbud i anskaffelsesregelverkets forstand. Det kan derimot sies at tilbyderen har inngitt parallelle tilbud.

Slik klagenemnda oppfatter konkurransegrunnlaget og innklagedes e-post av 20. oktober 2005, åpnes det ikke for at det kan inngis alternative løsninger, men derimot at leverandørene kan opplyse om øvrige produkter som også oppfyller konkurransegrunnlagets

² Når det gis inn flere parallelle tilbud i en slik konkurranse anses de forskjellige tilbudene i utgangspunktet ikke som alternative tilbud etter FOA §§ 11-4 og 20-4, idet de forskjellige løsninger faktisk etterspørres av oppdragsgiver.

krav. Leverandørene kan altså levere såkalte parallelle tilbud. Parallelle tilbud betyr i dette tilfellet ikke annet enn at leverandørene kan levere tilbud på et bredt spekter av produkter som alle oppfyller konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon.”

I sak 2007/13 uttaler KOFA følgende:

”Med parallelle tilbud menes at det inngis flere tilbud fra samme leverandør i en bestemt konkurranse, hvor samtlige tilbud er, eller pretenderer å være, i samsvar med samtlige av konkurransegrunnlagets spesifikasjoner.

Siden det verken i regelverket eller i konkurransegrunnlaget/kunngjøringen var oppstilt noe forbud mot å innlevere parallelle tilbud, er utgangspunktet at leverandøren fritt kan levere inn flere tilbud. Ut fra dette kan det ikke pålegges oppdragsgiver noen særskilt plikt til å opplyse om dette.”

FAD mener derfor ikke at det i henhold til anskaffelsesregelverket er noe til hinder for at Troms fylkeskommune avholder en konkurranse der det etterspørres tilbud på flere forskjellige former for låneopptak.

Ved evalueringen av tilbudene kan oppdragsgiver i en slik situasjon ta hensyn til kostnadene (for eksempel den effektive renten) og de generelle fordelene ved de forskjellige formene for låneopptak. Kontrakten må naturligvis i en slik situasjon tildeles den leverandør som har gitt de beste tilbud i henhold til tildelingskriteriene innen for den valgte låneform.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Christina Paludan Melson
rådgiver