

Datum
2002-09-30
Ert datum

Vår beteckning
2001/0185-26
Er beteckning

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
405 44 GÖTEBORG

Västra Götalandsregionens direktupphandling av ratingundersökning

I skrivelser, som kom in till NOU den 21 september 2001 och den 10 oktober 2001, anmälde A, B och C Västra Götalandsregionens upphandling av en s.k. kreditratingundersökning från företaget Standard & Poor's.

Anmälarna anför bl.a. följande. Kostnaden för kreditratingundersökningen har angivits till ca 500 000 kr. Regionen har meddelat att inköpet gjordes "via en direktupphandling" och att Standard & Poor's "är den enda leverantören i Sverige." Anmälarna betvivlar denna uppgift och ifrågasätter hur den verifierats. Regionen anser vidare att det är fråga om upphandling av en finansiell tjänst som inte omfattas av LOU. Anmälarna anser att beloppet vida överstiger den gräns som gäller för direktupphandling och att tjänsten omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

I yttrande över anmälan anför Västra Götalandsregionen bl.a. följande. Regionen har under våren 2001 utsett Standard & Poor's att bedöma regionens ekonomiska styrka, en s.k. rating. Rating är en bedömning av en organisations (t.ex. ett landstings) ekonomiska styrka och förmåga att fullfölja sina åtaganden. Den rating (bedömning) som kan erhållas är nationell och/eller internationell. Regionen förvaltar en låneskuld som är upplånad både inom Sverige och internationellt. Regionen har ett certifikatprogram som riktar sig till placerare på den svenska penningmarknaden. Regionen har för närvarande en nettoskuld på ca 3 miljarder kr och olika derivat på 1,4 miljarder kr samt omfattande kreditlimiter hos olika banker. Det anges ofta i finansiella aktörers placeringspolicier att placering endast kan ske hos låntagare med rating från vissa ratinginstitut. Inför regionens upphandling och marknadsundersökning sammanställdes ett antal kriterier. De ratinginstitut som kunde komma ifråga är Standard & Poor's och Moody's. Vid bedömning av kriterierna kom regionen fram till att endast en leverantör kan uppfylla kraven, nämligen Standard & Poor's. En ratingprocess är starkt kopplad till de övriga finansiella tjänster som regionen utnyttjar. Praxis bland kommuner och landsting är att rating inte upphandlas. Det är för regionen inte känt att någon annan kommun eller landsting skulle ha upphandlat rating genom ett anbudsförfarande. Även om NOU:s bedömning skulle vara att en ratingprocess omfattas av reglerna i LOU finns det endast en leverantör, nämligen Standard & Poor's, som uppfyller de krav som regionen ställt.

Datum
2002-09-30

Vår beteckning
2001/0185-26

NOU:s bedömning

Den fråga som är aktuell i ärendet är om Västra Götalandsregionens köp av en ratingtjänst är undantagen från tillämpning av LOU.

Den rättsliga regleringen

I 5 kap. 1 § andra stycket LOU föreskrivs bl.a. följande.

Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas i fråga om

[...]

5. finansiella tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument,

Av Regeringsrättens dom i rättsfallet RÅ 1999 ref. 16 framgår att sådana upphandlingar som enligt 5 kap. 1 § undantas från tillämpningen av 5 kap. LOU inte heller omfattas av reglerna för förenklad upphandling i 6 kap. LOU.

I ingressen till Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (tjänstedirektivet) anges bl.a. följande.

Detta direktiv omfattar inte sådana finansiella tjänster som rör instrumenten för valuta- och penningpolitiken, statsskuldsförvaltning, valutapolitik och annan politiskt beslutad verksamhet som innefattar transaktioner med värdepapper och andra finansiella instrument. Avtal i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av säkerheter och andra finansiella instrument ligger således utanför detta direktivs tillämpningsområde. Likaledes undantas verksamhet, som utförs av centralbanker.

I artikel 1 tjänstedirektivet anges bl.a. följande.

I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) offentliga tjänsteavtal: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av

[...]

vii) kontrakt avseende finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av värdepapper eller andra finansiella instrument samt centralbankstjänster

Utgångspunkten i ingressen synes vara att undantaget för finansiella tjänster främst skall omfatta sådan handel med finansiella instrument som har anknytning till medlemsstaternas centrala finans- och penningpolitik. I artikel 1 a) vii) görs däremot inte någon sådan begränsning, utan där anges endast karaktären av den verksamhet som skall vara undantagen, nämligen sådan som har samband med transaktioner med finansiella instrument.

I artikel 1.4 c) iv) Rådets direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-,

transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningsdirektivet) anges undantag för ”kontrakt avseende utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av värdepapper eller andra finansiella instrument”.¹ Formuleringen i försörjningsdirektivet har tolkats så att t.ex. konsulttjänster i samband med omsättning av värdepapper omfattas av detta direktiv.²

NOU anser att tjänstedirektivet skall tolkas så att i vart fall offentliga myndigheters upphandling av tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper eller finansiella instrument skall vara undantagna från tillämpning av tjänstedirektivet. Undantaget skall alltså inte endast anses omfatta förvaltningen av statskulden.³

Begreppet ”värdepapper eller finansiella instrument” definieras inte i direktivtexten. I 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument anges att med finansiellt instrument avses fondpapper och annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden. Med fondpapper avses bl.a. aktier, obligationer och delägarätter eller fordringsrätter som är utgivna för allmän omsättning. Kännetecknande för ett finansiellt instrument är att det är löpande, d.v.s. att det fritt kan omsättas på marknaden utan att omsättningen påverkar rättsförhållandet mellan utgivaren och förvärvaren.

Den svenska definitionen av finansiella instrument kan givetvis inte direkt åberopas då det gäller att tolka tjänstedirektivet. Så mycket torde dock stå klart som att aktier, obligationer och andra kapitalmarknadsinstrument som är avsedda för allmän omsättning omfattas av direktivets begrepp ”värdepapper och andra finansiella instrument”. Denna tolkning vinner stöd av de engelska, franska och tyska språkversionerna.⁴ Mer tveksamt är om ett lån direkt från en kreditgivare till en upphandlande enhet kan anses som ett finansiellt instrument. Det rör sig då om en enkel fordran som inte är avsedd för omsättning.

Undantaget i tjänstedirektivets artikel 1 a) vii) omfattar sådana finansiella tjänster som utnyttjas ”i samband med” transaktioner av finansiella instrument. Vid t.ex. aktie- och skuldebrevsemissioner – såväl i den privata som den offentliga sektorn – kan det komma i fråga att anlita corporate finance-konsulter. Vidare förekommer det att emissionerna garanteras av finansinstitut. För detta erlägger emittenten en ersättning. Vid förvärv eller försäljning av finansiella instrument

¹ Den engelska versionen talar om ”contracts for the issue, sale, purchase or transfer of securities or other financial instruments”. I försörjningsdirektivets ingress p. 20 talas dock åter om undantag för kontrakt ”i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper eller andra finansiella instrument”

² Se Hentze/Sylvén, Lagbokskommentaren – offentlig upphandling, 1998, s. 266 f.

³ Se Wahl/Melbye Eide/Roll-Matthiessen, Lov om offentlige anskaffelser, 1994, s. 334 ff. Ytterligare stöd för en sådan tolkning kan hämtas i tjänstedirektivets engelska och franska versioner, där det i ingressen talas om ”public debt” respektive ”dette publique”, vilket torde omfatta all skuldsättning i offentliga rättssubjekt.

⁴ ”Securities and other financial instruments”; ”Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten”; ”Titres ou d'autres instruments financiers”

anlitas vanligtvis mäklare. Denna typ av tjänster har givetvis ett nära samband med transaktionen och torde täckas av undantaget i direktivet.

Bilaga 1 A till tjänstedirektivet, punkt 6 a), omfattar bank- och investeringstjänster. I fotnot d) anges dock ett undantag motsvarande det i artikel 1 a) vii). I CPV-nomenklaturen nämns inte uttryckligen ratingtjänster. Denna typ av tjänster synes närmast falla in under kategori 67121000, Tjänster avseende värdepappershandel, vilka enligt denna nomenklatur klassificeras som Övriga tjänster, punkt 27 i bilaga 1 B till tjänstedirektivet.

Andra tänkbara CPV-kategorier är 67130000, Finansiell rådgivning. Även denna kategori klassificeras under punkt 27. Däremot faller ratingtjänsten säkerligen inte in under 74141200, Finansiella konsulttjänster. I motsvarande CPC-kategori, 86502, anges nämligen att det är fråga om rådgivning till företag om kapitalstruktur, kassaflöde, ekonomisystem o.d.

CPV-nomenklaturen stöder således uppfattningen att ratingtjänster inte skall upphandlas enligt bestämmelserna för A-tjänster. Det framstår emellertid som tveksamt om det vid utarbetningen av CPV-nomenklaturen beaktats de uttryckliga undantagen från tjänstedirektivets tillämpningsområde i artikel 1 a).

Västra Götalandsregionens direktupphandling av kreditratingtjänst

Västra Götalandsregionen är en myndighet. Den har behörighet att själv uppta lån och ge ut penningmarknadsinstrument under de förutsättningar som anges i 8 kap. kommunallagen (1991:900). Det står klart att regionens penningmarknadscertifikat utgör värdepapper. NOU anser, mot bakgrund av det som anförts ovan, att undantaget i artikel 1 a) vii) tjänstedirektivet omfattar de finansiella tjänster som regionen beställer i samband med emission av penningmarknadscertifikat.

Frågan blir då om kreditratingtjänsten kan anses vara en sådan finansiell tjänst som utnyttjas i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument.

Som regionen anført utgör en fastställd kreditrating av ett erkänt ratingföretag ofta en förutsättning för att kunna emittera penningmarknadsinstrument till större institutionella placerare. Enligt NOU:s mening har kreditratingtjänsten en så nära förbindelse med regionens emission av certifikat att den kan sägas utnyttjas i samband med utgivning av värdepapper, även om det inte är fråga om en tjänst som har samband med en särskild emission eller transaktion. Kreditratingtjänsten bör således enligt NOU:s bedömning vara undantagen från tillämpningen av LOU enligt 5 kap. 1 § andra stycket 5 LOU.

Sammanfattningsvis anser NOU att Västra Götalandsregionen i det aktuella fallet inte har varit skyldig att tillämpa LOU vid inköpet av kreditratingtjänsten.

Datum
2002-09-30Vår beteckning
2001/0185-26

Direktupphandling på det sätt som skett har därmed varit ett tillåtet förfarande. Det bör dock betonas att tolkningen av tjänstedirektivets undantag för finansiella tjänster fortfarande måste anses oklar i flera avseenden. Endast EG-domstolen kan slutligt avgöra hur direktivet skall tolkas.

NOU avslutar ärendet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 24 september 2002, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, rättssakkunniga Gunilla Hulting, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson, chefsjuristen Erland Olausson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Per Andersson.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Per Andersson