

Kultur- og kirke departementet
Steinar Lien
Postboks 8030 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref
200304084-2/JHB

Dato
10.06.2003

Regelverket for offentlige anskaffelser - Norsk Tipping AS

Det vises til brev datert 3 juni, hvor Kultur og kirke departementet ber Næringsdepartementet om å vurdere hvorvidt Norsk Tipping AS omfattes av anskaffelsesregelverket. Det vises også til brev fra Nærings- og energidepartementet datert 1 februar 1995, hvor departementet anså at Norsk Tipping AS ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket.

Departementet har vurdert spørsmålet på nytt i lys av nyere rettspraksis på området og er av den oppfatning at Norsk Tipping AS i dag er å anse som et offentligrettslig organ iht anskaffelsesforskriften § 1-2 annet ledd. Dette innebærer at Norsk Tipping AS må følge fremgangsmåten i forskriften ved kjøp av varer, tjenester og bygg/anlegg.

Nedenfor følger en redegjørelse for hvilke momenter som er lagt til grunn i vurderingen.

Ordlyden i forskriften

I henhold til forskriften § 1-2 (2), må følgende kumulative kriterier være oppfylt for å anse virksomheten å være et offentligrettslig organ¹:

Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

- a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*
- b. som er et selvstendig rettssubjekt og*

¹ Se sak 31/87 pkt. 11 og General advokatens forslag til avgjørelse i sak 353/96 pkt 34 at pliktsubjektet skal fortolkes "formålsbestemt". Formålet med reglene er å skape en konkurranse som er fri for forskjellsbehandling, herunder bedre kontrollen for fri vare- og tjenestehandel ved offentlige innkjøp.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Johan Henrik Bjørge
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246696
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

c. som i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer.

Når det gjelder vilkårene i b og c legger departementet til grunn at disse er oppfylt, fordi virksomheten er en egen juridisk person og at selskapet er helhetlig eiet av staten der "over halvparten av (styre)medlemmene" er oppnevnt av et statelig organ.

Spørsmålet er således om Norsk Tipping tjener allmennhetens behov og ikke er av forretningsmessig karakter. Da Nærings- og energidepartementet i 1995 vurderte dette spørsmålet, ble Norsk Tipping AS ansett å "tjene allmennhetens behov". Departementet vurderte imidlertid selskapet til å være av "forretningsmessig karakter" og at selskapet av den grunn ikke var omfattet av forskriften.

Allmennhetens behov

Relevant for vurderingen om selskapet anses å imøtekomme allmennhetens behov, er både formålet med opprettelsen av selskapet og formålet med den virksomhet som drives i dag. Det følger av nyere og relevant EU-rettspraksis at kriteriet er oppfylt selv om kun en mindre del av virksomheten bedriver aktiviteter som tjener "allmennhetens behov", jf Mannesmanddommen c-44/99. Det vises også til at det faktum at andre virksomheter kan imøtekomme behovet, ikke utelukker at virksomheten tjener "allmennhetens behov", jf Arnhemdommen c- 360/96².

Det fremgår av Ot.prp til lov om tipping av 1946 at Norsk Tipping (NT) ble opprettet for å skaffe inntekter til finansiering av idretten. Dette med henblikk på den samfunnsmessige betydningen av idretten som helse og kultursak. Selskapets overskudd fordeles i dag ihht pengespillovens § 10 på følgende måte:

"Etter at det er foretatt fondsavsetninger, skal selskapets overskudd fordeles med en halvdel til idrettsformål og en halvdel til kulturformål. Midlene til idrettsformål fordeles av Kongen. Av midlene til kulturformål fordeles 2/3 av Stortinget og 1/3 av Kongen."

I brev fra Kulturdepartementet til Nærings- og handelsdepartementet datert 30 januar 2002, sies følgende om bakgrunnen for statlig eierskap;

"Forbudet mot pengespill har alltid vært et prinsipp i norsk lovgivning, og det har vært bred politisk enighet om adgangen til at pengespill skal være positivt regulert og ha krav til hjemmel i lov. I Ot.prp nr 52 (1991-92) om lov om pengespill m.v. angis det i pkt 2.3 Mål og idegrunnlag at " moralske hensyn har alltid vært sentrale elementer for lovgivningen for spill og lotterier i Norge". Samtidig har de politiske myndigheter til alle tider erkjent at det vil være en viss interesse for pengespill i samfunnet. Kanalisering av spillelyst gjennom offentlige selskap er blitt ansett som den

² "Begrebet almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, udelukker ikke behov, som ligeledes imødekommes eller kunne imødekommes af private virksomheder."

mest tjenelige organisering av pengespill, fordi det skjer i betryggende former under full offentlig kontroll og innsyn innenfor et fastsatt lovverk. Den sektorpolitiske rollen er fortsatt like aktuell.

Etableringen av et offentlig tippeselskap i 1946 springer således ut myndigheters ønske om å etablere et forsvarlig pengespilletilbud, samt ønske om å ha kontroll over overskuddsfordelingen mellom aktørene”

”Norsk Tipping AS som statseid selskap fungerer som politiske myndigheters hovedinstrument i det norske pengespillmarkedet og i utforming av pengespillpolitikken”.

I denne sammenheng vises også til lov om pengespill av 28 januar 1992 §3 (3) gir Kongen hjemmel til å pålegge selskapet å

” ta på seg oppdrag for andre selskaper, foreninger eller institusjoner som med hjemmel i lov har tillatelse til å formidle spill eller vedemål eller drive lotteri”.

Ovennevnte opplysninger, viser etter departementets syn, at Norsk Tipping AS har som hovedformål å ivareta ”allmennhetens behov” innenfor et avgrenset område, herunder å implementere en forsvarlig pengespillpolitikk i overensstemmelse med samfunnets interesser.

Forretningsmessig karakter

Spørsmålet som gjenstår er om Norsk Tipping AS anses for å være av ”forretningsmessig karakter” i henhold til forskriften. EU domstolen (sak c- 18/01), sier i domskonklusjonen at dette spørsmålet må vurderes ut fra en helhetsvurdering hvor de betingelser som gjelder for virksomhetens aktiviteter (deriblant konkurransesituasjonen), kommersiell risiko og omstendighetene ved stiftelse av virksomheten står sentralt i vurderingen. Domstolen uttrykker dette slik i ovennevnte sak:

”...För att bedöma huruvida detta behov saknar industriell eller kommersiell karaktär, ankommer det på den nationella domstolen att bedöma de omständigheter som var aktuella vid bildandet av detta bolag och de villkor på vilka det utövar sin verksamhet, vilket bland annat innefattar en bedömning av huruvida det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, huruvida det inte står risken för den verksamhet som utövas liksom huruvida den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering.”

Når det gjelder omstendighetene rundt selskapets stiftelse, må både omstendighetene rundt stiftelsen av selskapet i 1946 og nyetableringen i 1992 tas i betraktning. Ot. prp. nr 52 (1991-92), legger i hovedsak til grunn en videreføring av selskapet som ble stiftet i 1946 (herunder formålet med selskapet). Se nærmere beskrivelse av formålet med etableringen ovenfor.

En sentral vurdering er i følge ovennevnte rettspraksis om selskapet operer i et marked med reell kommersiell- og markedsrisiko eller er skjermet for konkurranse. Lov om pengespill, sier følgende;

”§ 2. Uten hjemmel i lov er det ikke tillatt å formidle pengespill i forbindelse med idrettskonkurranser og andre konkurranser, og tallspill. Det er like ens forbudt å selge eller falby kuponger og lignende i slike tiltak.

Idrettsforeninger, humanitære foreninger og andre foreninger med allmennyttige formål og selskapets forhandlere har adgang til å opprette spillelag, som på medlemmenes vegne deltar i spill i selskapet. Departementet kan gi nærmere regler om slike spillelag, og avgjør i tilstilfelle om en forening går inn under bestemmelsen her.

Det er forbudt å innta i aviser og tidsskrifter, utlegge for offentligheten eller på annen måte spre bekjentgjørelser om utenlandske tallspill og pengespill i forbindelse med idrettskonkurranser og andre konkurranser, om salg av kuponger og lignende eller om innløsning av gevinster.

Gjennom denne loven og konsesjonspraksis, er Norsk Tipping AS skjermet med hensyn til konkurranse på et betydelig økonomisk område. Selv om selskapet i prinsippet er utsatt for en viss konkurranse i kampen om spillernes penger, må det antas at den særlige posisjon som Norsk Tipping AS nyter, ikke gir grunn til å hevde at selskapet operer under ordinær kommersiell risiko (som f.eks. risikoen for å gå konkurs). I tillegg vises det til instruks til styret § 1 (2) hvor det er åpnet for at selskapet kan gjøre bruk av statens forskjellige servicetilbud. Det faktum at Norsk Tipping AS har fått tildelt et omfattende monopol og andre særlige rettigheter, innebærer at den reelle kommersielle risikoen for virksomheten er redusert og insitamentet for kun å ta forretningsmessig hensyn ved anskaffelser og andre beslutninger er begrenset.

Av instruks til styret § 1 (2), fremgår det at *”Styret skal fatte vedtak på fritt grunnlag etter alminnelige forretningsmessige prinsipper”*. Departementet vil peke på at rettspraksis legger til grunn at det ikke er avgjørende for spørsmålet om virksomheten har som mål gå med overskudd eller at virksomheten i praksis har en forretningsorientert innretning. I denne sammenheng må dessuten instruksens sees i lys av ovennevnte brev fra Kulturdepartementet til Nærings- og handelsdepartementet, hvor det uttales:

”Det har likevel vært sektorpolitiske/sosialpolitiske hensyn (som ivaretas gjennom reguleringspolitikken) som først og fremst har vært styrende for utøvelse av eierpolitikken og dermed selskapets utvikling og ikke eierutøvelsen ut fra et forretningsmessig grunnlag”.

”Salg/nedsalg av statens interesser i Norsk Tipping vil først og fremst være aktuelt dersom en ønsker en sterkere rendyrking av kommersielle element i selskapet, noe som overhodet ikke er aktuell politikk.”

Det kan også tilføyes at det i Ot.prp nr 44 (2002-2003) om lov om endringer i pengespill – og lotterilovgivning foreslås en utvidelse av monopolet. Uavhengig om forslaget til ny lov vedtas, er Norsk Tipping i dag et selskap som gjennomfører politiske målsetninger og med eksklusive rettigheter, og karakteren av dette endres ikke med mindre Norsk Tipping AS skal drive i konkurranse med andre virksomheter på tilnærmet like vilkår.

Departementet gjør oppmerksom på at det også kan være andre forhold, som reduserer Norsk Tipping AS kommersielle risiko eller gjør at selskapet nyter særlige fordeler (f.eks. skattelovgivning). Departementet har imidlertid ikke funnet det nødvendig å gå inn på slike forhold.

Ellers viser vi til at Nemden for Offentlig Upphandling i Sverige i en betenkning nr 172/98-28 konkluderer med at Svenska Spel AB, som i hovedsak har sammenlignbar virksomhet og betingelser som Norsk Tipping AS, er et offentligrettslig organ iht regelverket. Rapporten følger vedlagt.

Konklusjon

Nærings- og handelsdepartementet er av den oppfatning at Norsk Tipping AS at selskapet er ikke av forretningsmessig karakter i forskriftens forstand. Departementet mener derfor at Norsk Tipping AS, under dagens rammebetingelser, er å anse som omfattet av regelverket.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
rådgiver