

Statskog SF
Serivceboks 1016
7809 Namsos

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2002/1262 NR NOK RMY

Dato
12.12.2002

VEDTAK: STATSKOG SF OG SB SKOG – FORHOLDET TIL REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Det vises til tidligere korrespondanse og Deres brev av 8. juli 2002 som inneholder en redegjørelse om selskapenes eierforhold og forretningsdrift. Spørsmålet er om Statskog SF og SB Skog omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Det ble i vårt brev av 30.04.02 opplyst at vi vil treffe bindende vedtak i saken, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 1-2 (5).

1. Hovedproblemstilling og rettslig utgangspunkt

Statskog SF og SB Skog er begge selvstendige rettssubjekter. Spørsmålet er derfor om henholdsvis Statsskog SF og SB Skog er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser som "offentligrettslige organ" etter forskriftens § 1-2 (2). Som "offentligrettslige organ" anses egne rettssubjekter som "tjener allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. bestemmelsens bokstav a) og som det offentlige i tillegg har en kontroll over som nevnt i bokstav c).

Selskapene skal vurderes på selvstendig grunnlag. Selv om regelverket gjelder for morselskapet medfører ikke dette at også datterselskaper automatisk omfattes. Ovennevnte problemstilling må derfor vurderes konkret for hvert selskap.

2. SB Skog

2.1. Faktagrunnlag:

SB Skog er eid av Statskog og Borregaard Skoger med 50% hver. Borregaard Skoger er heleid av Orkla.

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 66 69

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

Statskog SF

Selskapet selger kompetansebaserte tjenester (driftsplanlegging og driftsgjennomføring, analyser, forretningsførsel, miljøsikring, virkeomsetning), driver skogsdrift og skogkultur (hogst, kjøring, planting, ungskogpleie og transport), samt i noe beskjedent omfang tømmer. Kundemassen består av SB skog sine eiere (50% av omsetningen, herav 60% hos Statskog SF), andre private og offentlige skogeiere (enkeltpersoner, kommuner, aksjeselskaper), skogindustri og annen industri (E-verk, Jernbaneverk).

For eierne er det inngått en 10-årig driftsavtale der pris fastsettes etter selvkostprinsippet. Det beregnes med andre ord ikke fortjeneste for SB Skog ved salg til Statskog SF. Ovenfor andre kunder er det full konkurranse. Pris fastsettes pris ut fra gjeldende markedspriser der dette er etablert, og ellers etter anbudkonkurranse/forhandlinger. Videre stiller både aksjonær- og driftsavtalen krav om forretningsmessig drift.

2.2. Kontrollert av det offentlige

2.2.1. Innledning:

Offentlig kontroll foreligger når selskapet enten "i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer", forvaltningen av selskapet "er underlagt slike organers kontroll", eller når selskapet har et "administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer", jf. § 1-2 bokstav c. Vilåarene er alternative, og det er derfor tilstrekkelig at minst ett av de er oppfylt.

2.2.2. Offentlig oppnevning av styrets organer:

Spørsmålet er om offentlige organer oppnevner over halvparten av medlemmene i selskapets "administrasjon-, ledelses- eller kontrollorgan". Statskog SF og Borregaard Skoger oppnevner like mange styremedlemmer i SB Skog. I tillegg skal det velges to styrerepresentanter av og blant de ansatte. Dette innebærer at Statskog alltid oppnevner mindre enn 50% av styrerepresentantene og dette vilkåret er ikke oppfylt i forhold til SB Skog.

2.2.3. Finansiert av det offentlige:

Spørsmålet er så om selskapet "i hovedsak" er finansiert av det offentlige.

I sak C-380/98 (Cambridge) art. 26 definerte EF-domstolen kravet til finansiering til å ikke å omfatte betalinger som foretas av det offentlige som en motytelse i forbindelse med en tjenesteytelsesavtale. Så langt vi kan se skjer finansieringen av selskapet gjennom ordinær drift og forretningsøkonomisk begrunnede disposisjoner, og det legges derfor til grunn at selskapet i hovedsak ikke er finansiert av det offentlige.

2.2.4. Kontroll over selskapets forvaltning:

Det siste spørsmålet er om det foreligger en "offentlig kontroll" med forvaltningen av selskapet, jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav c). Lov om offentlige anskaffelser § 2 bokstav b) tredje kulepunkt bruker terminologien "bestemmende innflytelse" over selskapet.

Det er ikke enhver kontroll som derfor vil være relevant eller tilstrekkelig. Tolket i sammenheng med de alternative vilkårene for at det skal foreligge en offentlig kontroll, må vilkåret forstås som at det må foreligge en like sterk innflytelse over selskapet som om selskapet for mer enn halvdel var finansiert av det offentlige eller de ledende organer for mer enn halvparten var oppnevnt av det offentlige. Så langt vi kan se foreligger det ingen slik ekstraordinær offentlig kontroll med selskapet.

2.3. Konklusjon:

SB Skog anses ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

3. Statskog SF

3.1. Faktagrunnlag:

Statskog SF er statens grunneierselskap. Konsernet kjernevirksomhet er knyttet til to virksomhetsområder: grunneirvirksomhet og skogbruket. Grunneirvirksomheten omfatter utnyttelse av grunnen gjennom tomtefeste, fallrettigheter, grus/malm, utleie av hytter og salg av jakt/fiskekort. I tillegg representerer dette virksomhetsområdet drift av statens skoger i Nord-Norge og Sør-Vestlandet, samt tjenestesalg/oppdrag for andre. Tjenesteytelse/oppdrag for andre omfatter bl.a. eiendomsforvaltning, skogforvaltning og administrasjon av jakt og fiske for andre grunneiere, samt lovpålagte og ikke lovpålagte forvaltningsoppgaver for staten.

Virksomhetsområdet skog representerer utnyttelse av skogeiendommer i Midt- og Sør-Norge, hvor driftsmessige oppgaver langt på vei ivaretas av SB Skog. Kundemassen relatert til utnyttelse av grunn består i alle hovedsak av private personer/virksomheter. For enkelte større transaksjoner er også staten/statlig eid virksomhet blant konsernets kunder. De viktigste kundene er Landbruksdepartementet, Miljøverndepartementet, Statens Naturoppsyn, Forsvarsbygg og Opplysningsvesenets Fond. I noen grad selges også tjenester til private. Inntekter fra tjenesteyting for staten utgjorde i 2001 ca. 13,2% av Statskog SF samlede inntekter foregående år. Tidsforbruk ved tjenesteyting til statlige kunder utgjorde ca. 20% av samlet timeforbruk i Statskog SF.

Det er et grunnleggende prinsipp for Statskog SF at foretakets priser skal være på markedsnivå uten å være prisledende/prisdrivende. Ved utnyttelse av grunn fastsettes prisene av Statskog, eventuelt etter forhandlinger med kunder, med utgangspunkt i markedsnivå. For enkelte typer utnyttelse av grunnen har myndighetene særskilt adgang til å regulere Statskogs priser. Statskog får særskilt vederlag for tjenesteytelse/oppdrag for Landbruksdepartementet, Miljøverndepartementet og Statens Naturoppsyn. Vederlag fastsettes med utgangspunkt i et "kostnadsdekningsprinsipp". Vederlag for tjenesteyting til Forsvarsbygg er fastsatt i forhandlinger, mens vederlag for tjenesteyting til Opplysningsvesenets fond er fastsatt gjennom anbudskonkurranse. Pris for salg av tjenester fastsettes rent kommersielt.

3.2. Offentlig kontroll over selskapet:

Selskapet er 100 prosent eid av staten. Det vil være Landbruksdepartementet som utøver øverste myndighet i foretaket i foretaksmøtet, jf. statsforetakslovens § 38.

Vilkåret i § 1-2 (2) bokstav c, jf. alternativet: "...eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter...", anses derfor oppfylt.

3.3. Tjener allmennhetens behov

Spørsmålet er om Statskog SF "tjener allmennhetens behov", § 1-2 (2) bokstav a. Det følger av EF-domstolens praksis at vilkåret skal tolkes vidt. Statskog SF er pålagt å utføre visse forvaltningsoppgaver utover ordinær forretningsdrift. Dette gjelder både sektorpolitiske mål avtalt med Landbruksdepartementet og oppgaver knyttet til oppsyn i nasjonalparker og andre verneområder, oppsyn rettet mot motorferdsel i utmark og faunakriminalitet, dokumentasjon av rovviltskader, naturveiledning, informasjon og sjølakseoppsyn. Statskog SF sin virksomhet må derfor anses å tjene allmennhetens behov.

3.4. Ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter

Spørsmålet er om Statskog SF er av industriell eller forretningsmessig karakter, § 1-2 (2) bokstav a. EF-domstolen har lagt til grunn at vilkåret skal tolkes formålsbestemt, jf. sak C-353/96. Det følger av EF-domstolens avgjørelse i sak 360/96 (Arnhem) at det skilles mellom allmennhetens behov på det ervervsmessig og industrielle området og allmennhetens behov utenfor det industrielle eller forretningsmessige området. Selv om selskapet er opprettet i allmennhetens interesse kan således selskapet anses for å være forretningsmessig og derfor falle utenfor regelverkets anvendelsesområde.

Hensikten med avgrensningen er å fange opp de virksomheter som kan la seg lede av andre hensyn enn de økonomiske, jf. C-360/96 art. 43. Dette har sammenheng med formålet med EUs innkjøpsdirektiver; å fjerne risikoen for at innenlandske leverandører gis en fortrinnsstilling ved inngåelse av kontrakter, jf. C-44/94 Mannesmann, art. 33.

3.4.1. Vurderingen må skje i forhold til aktiviteter knyttet til Statskogs forvaltningsoppgaver

Statskog SF har aktiviteter både innenfor ordinær forretningsdrift og innen offentligrettslig forvaltning. Enkelte av forvaltningsoppgavene er lovpålagte (blant annet etter fjelloven, statsallmenningsloven, jordsalgløven og utmarkskommisjonsloven). Selskapet har blant annet myndighet til å fatte enkeltvedtak samt myndighet til å gi forskrifter på avgrensede områder. Selskapet skal også forberede og uttale seg i klagesaker som etter lov og forskrift skal behandles av Statens Landbruksforvaltning. Selskapet er videre tillagt forvaltningsoppgaver som ikke er lovpålagte, men som følger av avtale med Landbruksdepartementet. Dette gjelder blant annet tilrettelegging for bruk av fiskeressurser for Finnmarks befolkning og allmennheten for øvrig, legge til rette for friluftsliv, merking av stier og løyper, bygging av fiskebrygger for handikappede og barnefamilier mv. Kostnadene i forbindelse med oppgavene dekkes ved Stortingets årlige bevilgninger over kapittel 1161 post 70.

Dersom selskapets aktiviteter dels faller inn under, og dels faller utenfor, det industrielle og forretningsmessige område skal det ikke foretas en vurdering av den

samlede virksomheten, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-44/96. Det avgjørende vil derfor være en isolert vurdering av de aktiviteter Statskog SF utfører som ikke er ordinær forretningsdrift. Dette gjelder selv om dette skulle utgjøre en relativt ubetydelig del vil selskapets aktiviteter.

3.4.2. En helhetsvurdering av virksomheten:

Spørsmålet er om *selskapet* er av industriell eller forretningsmessig karakter. Det er derfor ikke tilstrekkelig med en isolert vurdering av bransjen selskapet opererer i. I en helhetsvurdering vil imidlertid sætrekk ved bransjen være relevante momenter sammen med sætrekk ved selskapet. Idet bestemmelsen må tolkes formålsbestemt vil det avgjørende være om det samlet sett foreligger risiko for at selskapet kan ledes til å andre hensyn enn de rent økonomiske.

3.4.3. Momenter i den nærmere vurderingen

EF-domstolen har i sin praksis fremhevet flere momenter som vil være relevante i vurderingen av om selskapet kan la seg lede av andre hensyn enn de rent økonomiske. Dette er med andre ord momenter som kan tale for eller mot at selskapet omfattes av regelverket.

1. I sak C-360/96 (Arnhem) uttalte EF-domstolen at behov som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter vanligvis oppfylles på en annen måte enn ved leveranser av varer og tjenester i et marked. Vanligvis vil staten av hensyn til allmennheten ønske å bevare en avgjørende innflytelse over, eller å imøtekomme behovene selv. Domstolen kom i denne konkrete saken til at fjerning og behandling av husholdningsavfall er en aktivitet utenfor det industrielle eller forretningsmessige området, fordi det av hensyn til folkehelsen og miljøet ikke er tilstrekkelig med de tjenesteytelser som tilbys av private næringsdrivende.

Etter vår vurdering ligger lignende betraktninger bak opprettelsen av Statskog SF. Opprettelsen av Statskog SF må etter vår vurdering anses begrunnet ut i fra et ønske om å ivareta også andre hensyn i skogsforvaltningen enn de rent kommersielle. Av hensyn til allmennheten har således staten valgt å bevare en avgjørende kontroll over skogsforvaltningen. Med bakgrunn i EF-domstolens uttalelser i Arnhem-dommen er dette derfor et viktig indisium på at man er utenfor det industrielle eller forretningsmessige området.

2. Konkurransesituasjonen selskapet opererer i vil videre være et viktig kriterium, jf. sak 360/96 Arnhem, art. 47. Desto sterkere konkurranse selskapet er eksponert for, jo mer trekker dette i retning av at selskapet er innenfor det industrielle eller forretningsmessige området. Statskog SF er i realiteten gitt en monopolstilling i forvaltningen av sentrale statlige skogsområder. Selskapet er derfor ikke eksponert for en reell konkurranse som kunne sikret at selskapet ikke tok andre hensyn enn de rent kommersielle i sine beslutninger. Mangel på konkurranse er derfor et indisium på at selskapet omfattes av anskaffelsesregelverket.

3. I hvilken grad organet tilbyr sine tjenester og produkter mot betaling vil også være relevant, jf. sak C-223/96 og 260/99 Agora art. 39. I C-353/96 (Irish Forestry Board) ga det irske statsskogselskapet gratis adgang til nasjonalparkene, noe som synes å ha blitt tillagt vekt. I sak C-44/96 (Mannesmann) ble det tillagt vekt at prisene ble fastsatt av et organ med medlemmer fra ulike departementer. Dersom prisene ikke fastsettes etter en ordinær prising i markedet taler dette for at det ikke er tale om behov innenfor det industrielle eller forretningsøkonomiske området.

Selskapet mottar også midler direkte over statsbudsjettet, og ikke uvesentlige deler av selskapets inntekter er derfor ikke fastsatt ut fra rene markedsøkonomiske prinsipper. Også dette mener vi derfor trekker i retning av at selskapet omfattes av anskaffelsesregelverket.

4. Det er videre relevant hvilke krav til overskudd, rentabilitet og effektivitet som er fastsatt for selskapet, jf. sak C-223/96 og C-269/99. Statskog SF har stilt krav til avkastningen i Konsernstrategi pkt 5, og til en viss grad trekker dette i retning av at selskapet faller utenfor anskaffelsesreglene.
5. Videre er det relevant om det er etablert ordninger for å dekke eventuelt økonomiske tap, eller om selskapet selv bær den økonomiske risiko knyttet til sine aktiviteter, jf. I sak 223/96 og 269/99. Som statsforetak kan Statskog SF ikke gå konkurs, noe som derfor klart trekker i retning av at selskapet omfattes av reglene.

Ut fra de momenter EF-domstolen har lagt vekt på i vurdering av om et selskap kan la seg lede av andre hensyn enn de rent økonomiske og dermed omfattes av regelverket er vår vurdering at Statskog SF omfattes av regelverket. Særlig vekt må det legges på at selskapet ikke kan gå konkurs, at det bevilges penger over statsbudsjettet og i realiteten er gitt en monopolstilling i forvaltningen av statens skoger. Denne monopolstillingen er gitt for å sikre at andre hensyn enn de rent kommersielle blir ivare tatt. Krav til overskudd i selskapets strategidokumenter og salg av tjenester på kommersielle vilkår er ikke tilstrekkelig til å oppveie dette.

Dette støttes også av en sammenligning med sak C-353/96 (Irish Forestry Board). Saken gjaldt spørsmålet om det irske statsskogselskapet var omfattet av EUs anskaffelsesregelverk. Selskapet drev ordinær forretningsmessig drift innen skogbruksindustrien i tillegg til at det eide og forvaltet tolv nasjonalparker hvor allmennheten hadde gratis adgang. Selskapets aktiviteter, å stille til rådighet installasjoner til fritids- og rekreativt bruk for allmennheten, falt etter domstolens vurdering utenfor det industrielle og forretningsmessige området. Så langt vi kan se er situasjonen for Statskog SF til en viss grad sammenlignbar med det irske statsskogselskapet.

3.5. Konklusjon:

Statsskog SF anses for å være et offentligrettslig organ, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (2).

4. Klageadgang og retten til å se dokumenter

Vedtaket kan påklages av en part eller en annen med rettslig klageinteresse til Kongen i statsråd, jf. forvaltningslovens § 28. Klagen skal fremsettes for Nærings- og handelsdepartementet. Frist for å klage over vedtaket er tre uker fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part, eller fra det tidspunkt vedkommende har fått eller burde ha skaffet seg kjennskap til vedtaket. Partene har adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, jf. forvaltningslovens §§ 18 og 19.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver

Kopi: Maskinentreprenørenes forbund