

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Deres ref
02/227 811.1

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2002/3550 NR NOK RMY

Dato
12.12.2002

SPØRSMÅL OM POSTEN NORGE AS OMFATTES AV REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Det vises til Deres brev av 9. september 2002 hvor det bes om en vurdering av om Posten Norge AS omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og til kopi av brev fra Posten Norge AS om forholdet til WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA).

Nærings- og handelsdepartementet er i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 1-2 (6) gitt myndighet til å avgjøre i tvilstilfelle hvorvidt et organ skal anses som oppdragsgiver etter regelverket. Fordi det er forventet en liberalisering av markedet for brevdistribusjon og fordi Posten Norge AS er i en omstillingsfase er det hensiktsmessig å ikke "låse" rettstilstanden gjennom et bindende vedtak. Vår uttalelse er derfor en vurdering av dagens rettstilstand, og er ikke i seg selv ment å gi nye rettigheter eller plikter.

1. Bakgrunn:

Posten ble fra 1. juli 2002 omdannet fra særlovselskap til aksjeselskap. I henhold til § 3 i vedtektene skal selskapet "drive post- og logistikkvirksomhet basert på så vel fysisk som elektroniske løsninger og annen virksomhet som står i direkte sammenheng med dette." Videre heter det at: "Selskapet skal utføre samfunnsplågte oppgaver i henhold til lovgivning og konsesjon".

Posten har fått konsesjon for enerettsområde fra 1. oktober 2001 til 31. desember 2005. Enerettsområdet omfatter formidling mot vederlag av lukket adressert innenriks brevpost inntil 350 g og formidling i Norge av tilsvarende sendinger til/fra utlandet.

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

Posten Norge AS

Eneretten omfatter bare brevpost med pris inntil 5 ganger grunntaksten for et innenriks prioritert brev innenfor første vektklasse (20g). I konsesjonen beskrives de samfunnspålagte oppgavene når det gjelder leveringspliktige tjenester og spesifikke krav til service og kvalitet. Gjennom statlige kjøp av posttjenester betaler staten for de samfunnspålagte bedriftsøkonomiske ulønnsomme posttjenestene selskapet utfører i henhold til konsesjonen.

I tråd med EUs endringsdirektiv for å liberalisere postmarkedet i Europa reduseres enerettsområdet fra 1. januar 2003 til 100 g og 3 ganger grunntaksten. Ytterligere liberalisering vil skje 1. januar 2006.

2. Vurdering av anvendelsesområdet for regelverket for offentlige anskaffelser

2.1. Rettsgrunnlag

Forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser får anvendelse på egne rettssubjekter (herunder aksjeselskaper) forutsatt at det foreligger en offentlig kontroll over selskapet som nevnt i § 1-2 (2) bokstav c og at selskapet "tjener allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. § 1-2 (2) bokstav a.

2.2. Kontrollert av det offentlige

Selskapet er 100 prosent eid av staten og Samferdselsministeren er generalforsamling i selskapet. Vilåret 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.

2.3. Tjener allmennhetens behov

Det neste spørsmålet er om selskapet "tjener allmennhetens behov", jf. § 1-2 (2) bokstav a. Begrepet avgrenser mot virksomheter som kun utøves i en begrenset persongrupperes interesse. Det følger av EF-domstolens praksis at vilåret skal tolkes vidt, slik at det i praksis sjeldent vil være tilfeller hvor dette vilåret ikke er oppfylt. Posten er opprettet for å sikre distribusjon av brev i samfunnet og må således klart anses å tjene allmennhetens behov.

2.4. Ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter

Det siste vilåret er at virksomheten ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, jf. § 1-2 (2) bokstav a. 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.

Formålet bak reglene

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. Dette får betydning for tolkningen, idet EF-domstolen har lagt til grunn at vilkåret skal tolkes formålsbestemt, jf. sak C-353/96.

Vurderingen må skje i forhold til aktiviteter knyttet til Postens eneretter

Postens aktiviteter er rettet både inn mot områder som er utsatt for reell konkurranse og mot områder hvor Posten er gitt eneretter. Det følger av rettspraksis, jf. sak C-44/96, at 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. Det avgjørende vil derfor fortsatt være en vurdering av Postens aktiviteter knyttet til området hvor Posten har eneretter (formidling av lukket brevpost). Dette gjelder selv om den delen av virksomheten utgjør en relativt ubetydelig del vil selskapets aktiviteter.

En helhetsvurdering av virksomheten:

Spørsmålet er om *selskapet* er av industriell eller forretningsmessig karakter. Etter ordlyden er det ikke tilstrekkelig med en isolert vurdering av bransjen selskapet opererer i. I en helhetsvurdering vil imidlertid sætrekk ved bransjen være relevante momenter sammen med særtrekk 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.

Behov staten ønsker å imøtekomme selv eller å ha avgjørende kontroll over

I sak C-360/96 (Arnhem) art. 50 og 51 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 er dette behov staten ønsker å bevare en avgjørende innflytelse over, eller å imøtekomme behovene selv, fordi det av hensyn til allmennheten ikke er tilstrekkelig med de tjenester som tilbys av private næringsdrivende.

EF-domstolens avgjørelse i sak 44/96 (Mannesmann) gir et eksempel på at det offentlige av samfunnsmessige hensyn har sikret seg slik kontroll. Saken gjaldt trykking av offisielle dokumenter som pass, førerkort og id-kort. Trykkingen var etter domstolens oppfatning forbundet med offentlige orden og statsinstitusjonenes arbeid, idet det var nødvendig med en sikker forsyning og at produksjonen foregår under vilkår som sikret at sikkerhets- og taushetspliktsregler ble overholdt. Trykkingen falt derfor utenfor det industrielle og forretningsmessige området.

Tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende for området for brevdistribusjon. Det offentlige har tradisjonelt ønsket en sterk styring og kontroll over brevdistribusjonen for å sikre forsyningen og at sikkerhets- og taushetspliktregler overholdes. Dette trekker derfor i

retning av at brevdistribusjon faller utenfor det industrielle og forretningsmessige området.

Konkurransesituasjonen og betydningen av denne

Selv om det finnes private leverandører på samme marked er dette ikke tilstrekkelig til at virksomheten faller utenfor regelverket. En sterk og reell konkurransesituasjon kan imidlertid være et indisium på at man er utenfor det industrielle eller forretningsområdet, jf. sak 360/96 Arnheim, art. 47.

I sakene C-223/99 og C-260/99 (Agora) kom EF-domstolen til at aktiviteter knyttet til organisering av messer og utstillinger var industrielle og forretningsmessige aktiviteter og derfor falt utenfor regelverket. Vurderingen er knyttet nært opp til konkurransesituasjonen i messeområdet og Kommisjonens vurdering av denne (EFT 1998 C 143 s. 2).

En konkurranse fra andre, likeverdige produkter vil være relevant i vurderingen av konkurransesituasjonen. Vi kan imidlertid ikke se at dagens alternative kommunikasjonsformer fullt ut kan anses for likeverdige for forbrukerne. Posten har derfor også reelt sett en monopolstilling.

Dersom konkurransesituasjonen på området for brevdistribusjon utvikles videre vil dette etter hvert medføre at vurderingen kan bli annerledes og at brevdistribusjon anses industrielle og forretningsmessige aktiviteter.

Betalingen av ytelsene

Det er et moment i vurderingen i hvilken grad organet tilbyr sine tjenester og produkter mot betaling, jf. sak C-223/96 og 260/99 Agora art. 39. I C-353/96 (Irish Forestry Board) ga skogselskapet gratis adgang til nasjonalparkene, noe som synes å ha blitt tillagt vekt. I sak C-44/96 (Mannesmann) ble det tillagt vekt at prisene på trykksakene ble fastsatt av et organ med medlemmer fra ulike departementer. Dersom prisene ikke fastsettes etter et rent markedsøkonomisk prinsipp taler dette derfor for at det ikke tale om behov innenfor det industrielle eller forretningsøkonomiske området. Så langt vi kan se skjer ikke prissettingen på porto etter en ren markedsmessig kalkyle, slik at dette heller i retning av at Posten anses omfattet av regelverket.

Krav til overskudd, effektivitet og rentabilitet

I sak 223/96 og 269/99 la domstolen vekt på at det i vedtektene var stilt krav om at det skulle drives etter kriterier om overskudd, rentabilitet og effektivitet, jf. art. 40. Et slikt krav vil motvirke at selskapet tar andre hensyn enn de økonomiske, men vil ikke alene kunne være avgjørende.

Staten som eier stiller krav til avkastning og utbytte i Posten. Hovedgrunnlaget for statens eierskap i Posten er likevel de sektorpolitiske målsettingene for å sikre et landsdekkende tilbud av posttjenester til en rimelig pris og god kvalitet. Vi kan derfor ikke se at kravene som stilles til overskudd kan tillegges særlig stor vekt i vurderingen.

Hvem har den økonomiske risikoen forbundet med aktivitetene

I C-223/99 og 286/99 la domstolen vekt på om det var fastsatt en ordning for å dekke eventuelt økonomiske tap, eller om selskapet selv bar den økonomiske risiko knyttet til sine aktiviteter, jf. art. 40. Selv om prisen på porto fastsettes administrativt vil det neppe være praktisk mulig å dekke inn vesentlige økonomiske tap gjennom en forhøyelse av denne. Til en viss grad vil derfor Posten selv bære den økonomiske risikoen for sine disposisjoner. Til tross for at Posten formelt sett kan gå konkurs kan det vel stilles spørsmål ved om dette er en politisk realitet. En viss vekt finner vi at etter dette at argumentet har i vurderingen, uten at vi kan se at det kan bli avgjørende.

3. Forholdet til WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA)

I brev til Samferdselsdepartementet datert 19.09.2002 har Posten tatt opp forholdet til WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA-avtalen). Det vises til at Posten ikke er omtalt i vedlegg 1 til avtalen, og videre at annet enn forvaltningsbedrifter faller utenfor det GPA er ment å dekke. Etter Postens oppfatning vil det derfor ikke være i strid med GPA-avtalen om NHD skulle komme til at lov om offentlige anskaffelser ikke omfatter Posten AS.

Vi vil i denne forbindelse vise til at listen over forvaltningsenheter som omfattes av kun er veiledende, og ikke uttømmende opplisting. Dette fremkommer av bindingslistene til avtalen, og er uttrykt i fotnoten til vedlegget i den uoffisielle norske oversettelsen. At Posten AS ikke er nevnt i listen er derfor ikke et avgjørende argument for at selskapet ikke omfattes av avtalen¹.

Som eget rettssubjekt må Posten Norge AS vurderes mot bindingslistene til vedlegg 2 til GPA-avtalen, jf. "offentligrettslige organ". Tilsvarende begrep er benyttet i forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 1-2 (2). Dersom et selskap vurderes å falle innenfor GPA-avtalen som et "offentligrettslig organ" er dette et tungt argument for at selskapet også vil falle innenfor begrepet "offentligrettslig organ" i anskaffelsesforskriften. En slik tolkning vil sikre at Norge ivaretar sine folkerettslige forpliktelser etter GPA-avtalen.

Det kan imidlertid ikke trekkes den motsatte slutningen slik det synes som Posten legger til grunn. At et selskap faller utenfor GPAs dekningsområde er ikke et argument for at det også faller utenfor det nasjonale anskaffelsesregelverket. Det nasjonale anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde har således et selvstendig virkeområde og et eget, nasjonalt formål.

¹ Det vises videre til at det er tre vedlegg til avtalen som omtaler hvilke organer som omfattes av avtalen. Skillet mellom de ulike vedleggene vedrører terskelverdiene for avtalens anvendelse. Statlige organer omfattes av vedlegg 1 til avtalen. Vedlegg 2 til avtalen omfatter fylker og kommuner, i tillegg til offentligrettslige organer og sammenslutninger. Vedlegg 3 omfatter organer og foretak innenfor forsyningssektorene. Som et aksjeselskap må derfor vurdering skje i forhold til begrepet "offentligrettslig organ" i vedlegg 2.

4. Vurderinger gjort av Postbolaget AB

Nemnden for offentlig upphandling i Sverige har i betenkning 172/98-28 gjort en vurdering av det svenske postselskapet. Konklusjonen i vurderingen er at Postbolaget AB omfattes av anskaffelsesregelverket. Selv om betenkningen er fra 30.11.1998 og at markedet for brevdistribusjon kan være endret i mellomtiden var det svenske postselskapet et eget rettssubjekt på vurderingstidspunktet. Betenkningen er derfor fortsatt interessant i vurderingen av Posten Norge AS sin stilling.

5. Konklusjon:

Etter en konkret vurdering av konkurransesituasjonen i markedet for brevdistribusjon, de politiske målsettinger for eierskapet i Posten Norge AS og departementets vurdering av om Posten Norge AS "tjener allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", har Nærings- og handelsdepartementet kommet til at Posten Norge AS faller inn under regelverket for offentlige anskaffelser. Vurderingen gjelder ikke de øvrige av Postens datterselskaper, idet det må gjøres en konkret vurdering av hvert enkelte selskap.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver