

CargoNet AS
Platousgt 14-16
0048 OSLO

Deres ref
04/59

Vår ref
200402967-2/MEA

Dato
12.07.2004

CargoNet AS - Forholdet til regelverket for offentlige anskaffelser

Det vises til deres brev av 8. juni 2004 hvor det bes om en vurdering av om CargoNet AS faller innenfor forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) eller forskrift 5. desember 2003 nr. 1224 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften). Vedlagt deres brev følger en betenkning fra advokatfirmaet Wikborg Rein av 1. mars 2004.

Bakgrunn

CargoNet AS er et datterselskap i NSB-gruppen som den 1. januar 2002 overtok virksomheten til NSB Gods. NSB AS eier 55 prosent av selskapet, mens svenske Green Cargo AB, som er den tidligere godsdivisjonen til Statens Järnväger, eier 45 prosent. Siden 1. juni 2002 er NSB AS organisert som et aksjeselskap der staten ved Samferdselsdepartementet eier hele aksjekapitalen. Green Cargo AB er eid av den svenske staten. CargoNet AS er således heleid av det offentlige.

Den 21. desember 2001 fikk CargoNet AS tillatelse til trafikkvirksomhet knyttet til godstransport på det nasjonale jernbanenettet og drift av egen kjørevei. Kjernevirksomheten til selskapet er kombinerte transporter. Videre har CargoNet AS praktisert et særlig ansvar for Vognregisteret, hvor alle norske vogner registreres. Som registeransvarlig har selskapet ment at de har hatt en plikt til å sørge for at alle registrerte vogner er i forsvarlig stand, samt at de har kunnet gi vogneiere pålegg om nødvendig vedlikehold. Det opplyses i brev av 8. juni 2004 at det har vært en skriftlig korrespondanse med Samferdselsdepartementet og Statens jernbanetilsyn, der CargoNet AS har bedt om at ansvaret for vognregisteret overføres til en statlig virksomhet.

Postadresse
Postboks 8014 Dep

0030 Oslo

Kontoradresse
Einar Gerhardsens plass 1

Telefon
22 24 90 90

Org no.
972 417 890

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart
Telefaks
22 24 66 69

Saksbehandler
Monica Auberg-
Slettebø
22 24 02 63

Hvorvidt CargoNet AS har ansvar for et nasjonalt vognregister eller ikke, vil være et moment i vurderingen av om selskapet omfattes av anskaffelsesregelverket. I følge brev av 2. april fra Statens jernbanetilsyn til Samferdselsdepartementet har det imidlertid vært en "misforståelse" at CargoNet AS har praktisert ansvaret for et nasjonalt vognregister. I følge tilsynet er det kun den som skal bruke det rullende materialet på den norske kjøreveien som kan søke om godkjenning av materialet. Dette vil være virksomheter som har tillatelse til å drive jernbanevirksomhet eller virksomheter som har sikkerhets sertifikat til å trafikkere i Norge. Jernbanelovgivningen er altså mer restriktiv når det gjelder anledning til å fremme sak om godkjenning av rullende materiell enn hva som har vært praktisert av CargoNet AS. CargoNet AS er etter dette kun forpliktet etter forskrift 4. desember 2001 nr. 1334 om krav til jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (kravforskriften) § 13-5 til å føre register over alt rullende materiell som virksomheten er ansvarlig for, hvilket vil si alt rullende materiell selskapet har i bruk. Dette gjelder enten selskapet eier materialet selv eller ikke.

Ut fra ovennevnte opplysninger oppfatter departementet det slik at CargoNet AS ikke er ansvarlig for å føre et nasjonalt vognregister. Dette legges følgelig til grunn for vurderingene nedenfor.

Omfattes CargoNet AS av forsyningsforskriften?

Utgangspunktet er at oppdragsgivere som omfattes av forsyningsforskriften ikke omfattes av anskaffelsesforskriften, jf. anskaffelsesforskriften § 1-2 fjerde ledd. For at CargoNet AS skal falle innenfor forsyningsforskriften, må selskapet utøve en virksomhet som omfattes av forskriften. I henhold til forskriftens § 4 bokstav c) kommer forskriften til anvendelse på virksomheter som har til formål

"å drive rutenett beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med transport med:

- 1. automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss, kabel eller*
- 2. jernbane*

Et rutenett antas å foreligge dersom driftsvilkårene for tjenesten er fastlagt av vedkommende myndighet i en EØS-stat. Driftsvilkår kan for eksempel være hvilke ruter som skal betjenes, hvor stor kapasiteten skal være og hvor ofte rutene skal betjenes."

Oppdragsgivere som driver nett til betjening av offentligheten innenfor transport med jernbane er altså omfattet av regelverket. Dette gjelder også for godstransport. Det forutsettes imidlertid at driften foregår på betingelser som er fastsatt av offentlige myndigheter. Departementet har gått gjennom tillatelsen fra Statens jernbanetilsyn av 21. desember 2001, samt sportilgangsavtalen med Jernbaneverket, og kan ikke se at det er fastsatt betingelser som kvalifiserer til å være driftsvilkår i henhold til forsyningsforskriften § 4 bokstav c). Det fremgår for øvrig av betenkningen fra

Wikborg Rein at myndighetene ikke setter krav til tjenesteomfang til operatørene og at disse har frihet til å fastsette prisnivå og strekninger som skal trafikkeres. Med bakgrunn i den informasjon som har vært tilgjengelig for departementet, synes CargoNet AS' virksomhet å falle utenfor virkeområdet til forsyningsforskriften.

Omfattes CargoNet AS av anskaffelsesforskriften?

Forutsatt at CargoNet AS ikke omfattes av forsyningsforskriften, oppstår spørsmålet om anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse. For at anskaffelsesforskriften skal komme til anvendelse må selskapet være en oppdragsgiver som omfattes av forskriften. Spørsmålet blir derfor om CargoNet AS er å anse som et "offentligrettslig organ" i henhold til anskaffelsesforskriften § 1-2. Som offentligrettslig organ regnes ethvert organ:

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

Selvstendig rettssubjekt

CargoNet AS er et aksjeselskap og følgelig et selvstendig rettssubjekt, jf. § 1-2 bokstav b.

Offentlig finansiering/kontroll

I følge betenkningen fra Wikborg Rein fastslår aksjonæravtalen av 2. juli 2001 mellom NSB AS og SJ Green Cargo AB at styret i CargoNet AS utpekes av NSB AS og Green Cargo AB i fellesskap. Nærings- og handelsdepartementet har tidligere vurdert NSB AS til å være et offentligrettslig organ i anskaffelsesforskriftens forstand. Når det gjelder Green Cargo AB sies det i den nevnte betenkningen at også dette selskapet er omfattet av anskaffelsesregelverket. På bakgrunn av at begge eierselskapene er å anse som offentligrettslige organer, må CargoNet AS anses underlagt slike organers kontroll. Det tredje kriteriet i bokstav c er følgelig oppfylt.

Allmennhetens behov

Når det gjelder "allmennhetens behov" er dette et begrep som i følge EF-domstolens praksis skal fortolkes vidt¹. Det skal følgelig lite til for at en virksomhet kan sies å ha

¹ Jf. bl.a. C-18/01 Taitotalo-avgjørelsen, premiss 41-45

allmenntilganglig formål. En sentral vurdering her er om selskapet skal ivareta behov i samfunnet fremfor juridiske eller enkeltpersoners interesse.

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. Det presiseres her at det faktisk at andre virksomheter kan imøtekomme behovet, ikke utelukker at virksomheten tjener "allmennhetens behov"².

I St.meld. nr. 48 (2000-2001) Om NSB AS' virksomhet 2001-2003 uttrykte Regjeringen at det ut fra samfunnsøkonomiske vurderinger er viktig å opprettholde toget som et betydningsfullt transportmiddel i Norge, også der dette ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomt. Dette gjelder innen både person- og godstransportmarkedet. I følge stortingsmeldingen er det også et politisk mål å få til en overføring av godstransport fra veg til bane. Viktige hensyn her er trafikksikkerhet og miljø. For å kunne nå målet er det ifølge Samferdselsdepartementet en forutsetning at det er en sterk godsaktør i Norge. Det er etter dette Nærings- og handelsdepartementets vurdering at CargoNet AS' virksomhet tjener "allmennhetens behov".

Ikke av industriell eller forretningsmessig karakter

Det siste kriteriet som må være oppfylt for at CargoNet AS kan sies å være et offentligrettslig organ, er at virksomheten ikke er av "industriell eller forretningsmessig karakter".

Spørsmålet her er om selskapet er av en slik karakter at det samlet sett foreligger en risiko for at det kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske.

Departementet har ikke tilstrekkelig informasjon om CargoNet AS til å vurdere om det samlet sett foreligger en risiko for at selskapet kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske. For å legge til rette for at selskapet selv skal være i stand til å gjøre denne vurderingen, gjøres det her rede for momenter som er viktige i en slik vurdering.

For å avgjøre om en virksomhet ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter må det foretas en konkret helhetsvurdering hvor betingelsene for virksomhetens aktiviteter (deriblant konkurransesituasjonen), kommersiell risiko og omstendighetene ved stiftelsen av virksomheten er sentrale momenter. EU domstolen uttrykker dette slik i domskonklusjonen i Taitotalo-avgjørelsen³:

"Med henblik på at vurdere, om disse behov falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, skal den nationale ret vurdere de omstændigheder, der gikk forud for opprettelsen af selskabet, og de betingelser, selskabet er underlagt ved udøvelsen af sin virksomhed, herunder særligt, om det forfølger et indtjeningsmæssigt

² C-360/96 Arnhem- avgjørelsen.

³ Sak C-18/01

hovedformål, om det bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af denne virksomhed, samt om virksomheden eventuelt finansieres af det offentlige.”

Når det gjelder omstendighetene rundt selskapets stiftelse må både omstendighetene rundt stiftelsen av NSB og CargoNet AS tas i betraktning. NSB har vært gjennom flere omorganiseringer av virksomheten. Det ble omdannet til særlovselskap ved lov 22. november 1996 nr. 66 om statens jernbanetrafikkselskap. Formålet med selskapet var å drive gods- og persontransport på jernbane. Ved lov 21. juni 2002 nr. 43 om omdanning av statens jernbanetrafikkselskap ble NSB BA oppløst og NSB AS stiftet. Det ble forutsatt at staten fortsatt skulle være eeneier av selskapet. Eierskapet ble sett på som et viktig supplerende virkemiddel for å sikre et helhetlig togtilbud innen både person- og godstrafikken. Omdanningen innebar i praksis en videreføring av igangværende virksomhet.

Videre ble NSB AS' godstransportvirksomhet skilt ut som et eget selskap 1. januar 2002. Man ønsket med dette å legge til rette for at godseneheten kunne inngå nødvendige allianser med samarbeidspartnere for å møte den økte konkurransen i godstransportmarkedet i Europa. Det ble lagt til grunn at alliansebyggingen skulle skje på en slik måte at NSB Gods fortsatt inngår som en del av NSB-konsernet, det vil si at NSB AS fortsatt er majoritetseier av selskapet. Hensikten er å sikre fortsatt sterke norske interesser innen godstransport med jernbane. Dette kan tale for at selskapet også skal ivareta allmenne hensyn av ikke kommersiell karakter.

I følge ovennevnte rettspraksis er det et sentralt moment om selskapet bærer en reell kommersiell risiko eller om det er skjermet for konkurranse. Virksomhetens drift er kommersiell når virksomheten konkurrerer på like vilkår som resten av markedet.

Spørsmålet blir da om CargoNet AS befinner seg i særstilling i forhold til sammenlignbare virksomheter, eller om det opererer på gunstigere vilkår enn resten av markedet.

Den som vil drive jernbanevirksomhet i Norge må ha tillatelse fra Statens jernbanetilsyn, jf. forskrift 5. februar 2003 nr. 36 om tillatelse til å drive jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m., samt tilgang til å trafikkere det nasjonale jernbanenettet (tillatelsesforskriften) § 4-1. Ved denne forskriftens § 2-1 er det åpnet for konkurranse i godstransportmarkedet ved at virksomheter som vil drive godstransport kan søke Statens jernbanetilsyn om tillatelse. Dette kan på sikt føre til at flere jernbaneforetak vil etablere seg som godstransportører i Norge. Rettslig sett er følgelig CargoNet AS ikke skjermet for konkurranse. Dette momentet trekker i retning av at selskapet opererer på like vilkår som eventuelle andre aktører. Et moment som kan tale for at selskapet er i en særstilling, er hvis det mottar direkte økonomisk støtte. Dersom CargoNet AS får overført midler fra NSB AS vil det være et moment som taler for at selskapet anses å være et offentligrettslig organ.

Departementet har imidlertid ingen opplysninger som tilsier at selskapet mottar slik støtte.

Dersom NSB AS kjøper tjenester direkte av CargoNet AS i kraft av egenregi er også det relevant i vurderingen. Hvis slike eventuelle tjenester utgjør en vesentlig del av CargoNet AS' virksomhet reduserer det selskapets kommersielle risiko.

Et annet moment som vil være relevant, er hvorvidt myndighetene vil tillate at selskapet går konkurs. I denne sammenheng pekes det på St.meld. nr. 48 (2000-2001) hvor Regjeringen uttrykte at det ut fra samfunnsøkonomiske vurderinger er viktig å opprettholde toget som et betydningsfullt transportmiddel i Norge, også der dette ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomt. Hvis de offentlige eierne ikke baserer seg på markedsinvestorprinsippet ved eventuell innskytelse av ny kapital, taler dette for at selskapet ikke er av "forretningsmessig karakter" i forskriftens forstand.

Et minstekrav til kommersiell drift er at selskapet har som målsetning å tjene penger på virksomhetens aktiviteter. Departementet vil imidlertid peke på at rettspraksis legger til grunn at det ikke er avgjørende om virksomheten har som mål å gå med overskudd eller at virksomheten i praksis har en forretningsorientert innretning. Det må også vektlegges hva som er styrende for utøvelsen av eierpolitikken og dermed selskapets utvikling – er det sektorpolitiske hensyn eller rene forretningsmessige hensyn. Et relevant moment her er om det foreligger noe krav om avkastning fra eierne av selskapet. Hvis det ikke foreligger noe slikt krav vil et viktig incitament til å drive kommersielt være redusert.

Oppsummerende vurdering

CargoNet AS opererer i et marked som er åpnet for konkurranse. Dersom selskapet ikke får en vesentlig del av sine oppdrag direkte fra NSB AS, ikke mottar økonomisk støtte, det foreligger normale krav til avkastning fra eierne og det er rene forretningsmessige hensyn som styrer virksomheten, er det Nærings- og handelsdepartementets vurdering av selskapet ikke er å anse som et offentligrettslig organ. Selskapet omfattes da ikke av anskaffelsesforskriften. Dersom en eller flere av disse forutsetningene ikke er oppfylt, taler det for at selskapet er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

Med hilsen

Henriette Schlytter Grønn (e.f.)
underdirektør

Monica Auberg-Slettebø
rådgiver