



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Offentligrettslig organ.

BKK AS inviterte flere leverandører til å delta i en konkurranse med forhandling om levering og implementering av programvaren «Service Now». Anskaffelsen ble gjort kjent i BKK-konsernets eget konkurransegjennomføringsverktøy. Klager anførte at BKK AS hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse som følge av at selskapet var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, og at anskaffelsen derfor skulle vært kunngjort. Klagenemnda kom til at BKK AS ikke var et offentligrettslig organ i henhold til forsyningsforskriften § 1-2 annet ledd. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. september 2021 i sak 2020/733

Klager: Fujitsu Norway AS

Innklaget: BKK AS

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) BKK AS (heretter *innklagede* eller *BKK AS*) sendte 9. september 2020 ut invitasjoner om å delta i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av programvaren «Service Now». Anskaffelsens verdi ble estimert til 5,1 millioner kroner over tre år. Tilbudsfrist ble satt til 17. september 2020.
- (2) Anskaffelsen ble gjort kjent i innklagedes eget konkurransegjennomføringsverktøy, «Anskaffelsesportal for BKK».
- (3) Vedlagt tilbudsinvitasjonen fulgte blant annet tilbyderinstruks, generell avtaletekst og kundens kravspesifikasjon.
- (4) Anskaffelsen gjaldt levering, implementering og support for programvaren Service Now. Etter det opplyste er dette en systemplattform (kundeserviceportal), som benyttes av innklagede ved levering av administrative tjenester – primært IT-support – i BKK-konsernet.
- (5) Kontrakt ville bli tildelt på bakgrunn av tildelingskriteriene «Kostnad» og «Kompetanse/Tilgjengelighet/Gjennomføring», som talte 50 prosent hver.
- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Fujitsu Norway AS (heretter *klager*), Sopra Steria AS, Syscom AS og The Cloud People AS.
- (7) Alle leverandørene ble ansett kvalifisert, og invitert til å delta videre i prosessen. Det ble gjennomført forhandlinger med alle fire i perioden 21. – 23. september 2020. Frist for å inngi revidert tilbud var 29. september 2020.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (8) I innklagedes brev datert 30. september 2020 ble det opplyst at kontrakten ville bli inngått med Sopra Steria AS (heretter *valgte leverandør*).
- (9) BKK ble etablert i 1920 av Bergen kommune og 11 kommuner rundt Bergen. Selskapet ble så vidt klagenemnda forstår opprettet for å forsyne eierkommunene med strøm til lavest mulig kostnad.¹ Innklagede ble opprettet 17. november 1998 etter en flerårig prosess som startet med ikrafttreddelsen av energiloven i 1991, og som kulminerte i BKKs oppkjøp av Bergen Lysverker høsten 1996.² BKK gikk på dette tidspunktet over til å være et konsern, med innklagede som morselskap. I dag eies innklagede av flere kommuner omkring Bergen og enkelte andre, med Statkraft Industrial Holding AS (43,44 prosent) og Bergen kommune (37,75 prosent) som de største eierne.³
- (10) Konsernet driver blant annet med vannkraftproduksjon, energiomsetning og infrastruktur til strøm og fiber. I tillegg driver konsernet med aktiviteter innen fjernvarme, energimåling, entreprenørtjenester, internett og telekomløsninger.⁴ Konsernet har om lag 1300 medarbeidere.⁵ Etter det opplyste er ca. 200 av disse er ansatt i BKK AS. Konsernets virksomhet er organisert i fire forretningsområder: 1) Innovasjon og utvikling, 2) produksjon, 3) nett, og 4) entreprenør og marked.⁶ For klagenemnda har innklagede fremlagt følgende oversikt over BKK-konsernet:



- (11) Forretningsområdet Innovasjon og Utvikling har etablert virksomhet innen hurtiglading, lading i borettslag og sameier, elektrifisering av oppdrettsanlegg, samt satsinger innen elektrifisering av norsk sokkel og grønt hydrogen. Selskapene BKK Elektrifisering AS,

¹ Grove/Nilsen/Angell, *BKKs historie 1920–2020* (2020), Kapittel 9 ("Samfunnsansvar – mer enn bare preik") side 231.

² Ibid., Kapittel 6 ("Konsernet BKK blir til").

³ <https://www.purehelp.no/m/company/details/bkkas/880309102>

⁴ <https://www.bkk.no/temaside/ab07b13b-561d-4341-b546-6222f3b5247c>

⁵ <https://www.bkk.no/temaside/ab07b13b-561d-4341-b546-6222f3b5247c>

⁶ Årsrapport 2020, s. 10

BKK Strøm AS, BKK Spring AS og Plug Holding AS er en del av dette forretningsområdet.⁷

- (12) Forretningsområdet Produksjon består av selskapet BKK Produksjon AS. Selskapet produserer og omsetter fornybar kraft i engrosmarkedet, samt utvikler ny og eksisterende produksjonskapasitet. Selskapet har 38 vannkraftverk.⁸
- (13) Forretningsområdet Nett består av selskapet BKK Nett AS. Selskapets virksomhet er eierskap og drift av eget strømmnett. Med om lag 260 000 kunder og et strømmnett på ca. 22 000 kilometer, er selskapet en av Norges største distributører av elektrisk energi. Eierskap og drift av strømmnett er en monopolvirksomhet som er regulert av Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE). NVE fastsetter rammene for nettselskapenes virksomhet, deriblant hvor mye som kan tas i nettleie.⁹
- (14) Forretningsområdet Entreprenør og Marked tilbyr løsninger, herunder digitale løsninger, innenfor energimarkedet og entreprenørmarkedet. Forretningsområdet består av selskapene BKK Enotek AS, BKK Digitek AS, BKK Elsikkerhet AS, BKK Varme AS, BKK Breiband AS og Eninvest AS.¹⁰ BKK Varme AS leverer fjernvarme innenfor konsesjonsområdet i Bergen.¹¹
- (15) BKK Nett AS og BKK Varme AS er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Etter det opplyste jobber rundt 1/3 av konsernets ansatte i et av disse selskapene.
- (16) For klagenemnda er det opplyst at innklagede, som morselskap, eier og administrerer konsernselskapene, og leder forretningsområdene i konsernet. Innklagede driver aktiv eierskapsforvaltning og tilbyr administrative tjenester til de ulike datterselskapene, eksempelvis HR-tjenester, IT-support, økonomitjenester og eiendomstjenester (herunder drift og vedlikehold av bygg og arbeidsplass).
- (17) I segmentinformasjonen i BKKs årsrapport for 2019¹² fremgår det at innklagedes virksomhet omfatter konsernledelse og felles stabsfunksjoner knyttet til innovasjon og utvikling, økonomi, HR/HMS, IKT og kommunikasjon. Videre ivaretas felles tjenesteproduksjon, herunder eiendoms-, regnskaps-, avregnings-, innfordrings-, fakturerings-, innkjøps-, organisasjons- og finanstjenester. I tillegg er eierinteressene i Vestlandsallianseselskapene, samt eierandeler i Fjordkraft Holding ASA og Bergen Fiber AS eiet av innklagede.
- (18) I innklagedes vedtekter fremgår det at «[s]elskapets formål er produksjon, overføring, distribusjon og omsetning av energi samt annen virksomhet knyttet til disse områdene.» Det fremgår videre at virksomheten også kan drives i samarbeid med eller ved deltakelse i andre foretak med tilsvarende eller lignende formål, og at innklagede «skal drives på en sunn forretningsmessig basis med vekt på langsiktig verdiskapning for aksjonærene.»

⁷ Årsrapport 2020, s. 10

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid. s. 54

¹² Årsrapport 2019, s. 60

- (19) Det er et mål at 70 prosent av resultatet etter skatt i selskapet over tid utdeles som ordinært utbytte. Ved fastsettelsen av størrelsen på det ordinære utbyttet skal det for de nærmeste årene, tas hensyn til i) forventet resultat etter skatt i BKK AS, ii) investeringsbehov og investeringsmuligheter og iii) muligheter og risiko knyttet til BKKs finansiering i låne markedene.¹³
- (20) I 2019 var konsernets omsetning (brutto driftsinntekter) 5,450 milliarder kroner, mens konsernresultat etter skatt var 2,265 milliarder kroner.¹⁴
- (21) Innklagede hadde i 2019 en selvstendig omsetning på 275 millioner kroner, og et driftsresultat på minus 157 millioner kroner.¹⁵
- (22) BKK Nett AS hadde i 2019 en omsetning på 1,861 milliarder kroner, og et driftsresultat på 252 millioner kroner.¹⁶
- (23) BKK Varme AS hadde i 2019 en omsetning på 244 millioner kroner, og et driftsresultat på 61 millioner kroner.¹⁷
- (24) I 2019 stod BKK Nett AS og BKK Varme AS samlet for 38,63 prosent av konsernets totale omsetning.
- (25) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. oktober 2020.
- (26) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 5. januar 2021.
- (27) Nemndsmøter i saken ble avholdt 7. april 2021 og 1. september 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (28) Innklagede er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, og har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre kjøpet av programvaren «*Service Now*».
- (29) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 5-4 fordi anskaffelsens verdi bare er beregnet for ett år av gangen, uten at opsjoner er tatt med.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (30) Det bestrides at innklagede er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser og dermed har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved ikke å kunngjøre kjøpet av programvaren «*Service Now*». Innklagede er ikke et «*offentligrettslig organ*» jf. forsyningsforskriften § 1-2 annet ledd. Anskaffelsen er foretatt av innklagede, som i motsetning til datterselskapene BKK Nett AS og BKK Varme AS, ikke er omfattet av regelverket.

¹³ "Instruks for styret i BKK AS" punkt 4, samt årsrapport 2019, s. 28

¹⁴ Årsrapport 2019, s. 6

¹⁵ Ibid. s. 61

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

- (31) For det første er ikke innklagede opprettet for det spesifikke formål å tjene allmennhetens behov, jf. forsyningsforskriften § 1-2 annet ledd bokstav a). Innklagede eier og administrerer konsernselskapene, og leder forretningsområdene i konsernet. Forretningsområdene drives kommersielt og har til formål å skape avkastning for eierne. Det fremgår også av innklagedes vedtekter at selskapet skal drives på en sunn forretningsmessig basis med vekt på langsiktig verdiskapning for eierne. Oppgavene innklagede og konsernet som sådan utfører har ikke en utpreget offentligrettslig funksjon eller karakteristik, slik det som regel er med virksomheter opprettet særskilt for å tjene offentlige behov, som for eksempel helseforetak. Selskapet er opprettet for å ivareta eiernes økonomiske interesser, og det er ingenting som tilsier at innklagede skal drives ut fra andre hensyn enn kommersielle.
- (32) For det andre er innklagede uansett av «*industriell eller forretningsmessig karakter*», jf. § 1-2 annet ledd bokstav a). Virksomheter som opererer på ordinære markedsvilkår og har profittformål, vil som den klare hovedregel anses å være av industriell eller forretningsmessig karakter. Innklagedes rolle som morselskapets rolle er å drive aktiv eierstyring og administrasjon overfor datterselskapene, og innklagedes integrasjon i konsernet tilsier at konkurransen datterselskapene utøver også dekker den aktivitet som innklagede bedriver. Det nevnes at Direktoratet for arbeidstilsynet la til grunn i vedtak av 8. oktober 2019,¹⁸ at vindkraftselskapet Fosen Vind DA, ikke er et offentligrettslig organ.
- (33) For BKK Nett AS' vedkommende er energilovgivningens krav om funksjonelt og selskapsmessig skille mellom nettvirksomhet og øvrig virksomhet ivaretatt ved at BKK Nett AS er skilt ut i et eget selskap, med eget styre og ledelse og som opererer på en armlengdes avstand til resten av konsernet. Utover eierskap, er det ikke bindinger mellom innklagede og BKK Nett AS.
- (34) Norge har siden 1990 hatt et markedsbasert system for produksjon og omsetning av elektrisk kraft. I 2012 fattet ESA vedtak om at produksjon og salg av strøm unntas fra anskaffelsesregelverket. BKK-konsernet opererer i samme marked og er tvunget til å ta konkurransemessige hensyn i sin drift. Innklagede møter også konkurranse fra andre enn tradisjonelle kraftprodusenter og energikonsern. Dette gjelder blant annet levering av tjenester knyttet til landstrøm til cruisenæringen, ladestasjoner til biler, ulike løsninger til boligsameiere og i oppdrettsnæringen. Innklagede er involvert i denne konkurranseutsatte virksomheten, noe som tilsier at innklagede driver virksomhet av forretningsmessig karakter.
- (35) De kommunale eierne til innklagede kan ikke instruere driften til innklagede på en slik måte at selskapet ikke driver markedsmessig. Det følger av aksjonæravtalen til innklagede at tiltak og disposisjoner skal være strengt forretningsmessig begrunnet. Innklagede og datterselskapene har betydelig økonomisk risiko i de markedene de opererer kommersielt og utenfor eneretten, noe som trekker klart i retning av at innklagede opptrer forretningsmessig. For å begrense denne risikoen er det fastsatt overordnede prinsipper for risikostyring og rammer for finansiell styring. Innklagede har i tillegg en kassakredittordning for å sikre seg mot økonomisk risiko.
- (36) Dersom anskaffelsen skulle anses å være gjennomført på vegne av BKK Nett AS og BKK Varme AS, ligger anskaffelsens verdi for disse selskapene – både hver for seg og samlet

¹⁸ sak 2017/39542

– uansett under den kunngjøringspliktige terskelverdien i forsyningsforskriften § 5-2. Den delen av anskaffelsen som knytter seg til BKK Nett AS og BKK Varme AS' bruk av systemplattformen, vil nærmere bestemt ligge på mellom 353 000 og 570 000 kroner per år, noe som utgjør en tredjedel av det estimerte totalbeløpet på 1,06 – 1,7 millioner kroner per år.

- (37) BKK Nett AS og BKK Varme AS' bestillinger av IT-tjenester og andre administrative tjenester fra innklagede, vil skje etter reglene om omvendt egenregi i forsyningsforskriften § 3-1 tredje ledd.

Klagenemndas vurdering:

- (38) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (*klagenemndsforordningen*) § 13a første ledd.
- (39) Av klagenemndsforordningen § 13a andre ledd fremgår det at en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt 6. oktober 2020, før kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 5. januar 2021. Klagen er rettidig.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (40) Klagenemnda tar i det følgende stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse.
- (41) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», jf. blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (42) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre alle vare- og tjenesteanskaffelser med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdien i forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 (forsyningsforskriften) § 5-2 (1) bokstav a, jf. §§ 5-1 (2) og 17-2 (1). På det tidspunktet innklagede iverksatte anskaffelsen, var denne terskelverdien 4,1 millioner kroner ekskl. mva.
- (43) Beregningen av anskaffelsens verdi skal være inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene, jf. forsyningsforskriften § 5-3 (1).
- (44) Kontrakten har etter det opplyste en estimert verdi på 1,06 millioner kroner i året. Dette tallet inkluderer kjøp av lisenser til HR- og eiendomsavdelingen. Innklagede har videre en opsjon på å bestille rådgivningstjenester. Volumet på disse vil kunne variere, men kontraktens verdi antas ifølge innklagede å ligge på under 1,7 millioner kroner i året. I tillegg kommer en implementeringskostnad på 400 000 det første året. Det er tale om en treårig kontrakt som fornyes automatisk med ett år om gangen dersom den ikke sies opp innen gitte frister.
- (45) Klagenemnda legger etter dette til grunn at anskaffelsen inkludert opsjoner har en estimert verdi på til sammen 5,5 millioner ekskl. mva., som er over den kunngjøringspliktige terskelverdien i forsyningsforskriften § 5-2 (1) bokstav a.

- (46) Innklagede anfører imidlertid at selskapet ikke er omfattet av regelverket, og at anskaffelsen dermed ikke var kunngjøringspliktig.
- (47) Det følger av forskriften § 1-2 (1) at regelverket, i tillegg til statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, også gjelder for «*offentligrettslige organer*», jf. bokstav c.
- (48) Et offentligrettslig organ er i forskriften § 1-2 annet ledd definert på følgende måte:
- «Et offentligrettslig organ er et organ som:*
- a) er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,*
- b) er et selvstendig rettssubjekt og*
- c) har tilknytning til det offentlige ved at*
- 1. organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,*
- 2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller*
- 3. organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.»*
- (49) Definisjonen skal i henhold til EU-domstolens praksis tolkes i lys av formålet med anskaffelsesdirektivene. Dette formålet er å fjerne risikoen for at nasjonale leverandører særbehandles ved tildeling av kontrakter, og utelukke at organer som kontrolleres av statlige eller lokale myndigheter «*lader sig lede af andre hensyn end økonomiske*», jf. sak C-567/15 (LitSpecMet) avsnitt 31. Hensynet bak regelen er at organer som ikke er utsatt for den samme økonomiske risikoen som private bedrifter, og dermed lettere kan ta andre hensyn ved anskaffelser enn de rent forretningsmessige, skal omfattes av regelverket.
- (50) Det er enighet om at innklagede er et selvstendig rettssubjekt, og at selskapet har den nødvendige tilknytning til det offentlige, jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav b og c.
- (51) For at innklagede skal være et offentligrettslig organ må innklagede i tillegg være «*opprettet for å tjene allmennhetens behov*», uten å være av «*industriell eller forretningsmessig karakter*», jf. bokstav a.
- (52) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede er «*av industriell eller forretningsmessig karakter*».
- (53) For å ta stilling til om vilkåret er oppfylt må det foretas en konkret helhetsvurdering av organets virksomhet. Ved vurderingen skal det tas hensyn til samtlige relevante rettslige og faktiske omstendigheter, herunder omstendighetene som var avgjørende i forbindelse med opprettelsen av organet, og vilkårene som gjelder for organets utøvelse av virksomheten, slik blant annet EU-domstolens saker C-393/06 (Aigner) premiss 41 og C-18/01 (Korhonen) premiss 59.

- (54) Som klagenemnda fremhevet i sak 2017/147 (Norges Sjømatråd AS), avsnitt 44, tilsier EU-domstolens tilnærming i blant annet sak C-567/15 (LitSpecMet) at foretak som opererer fullt ut på normale markedsvilkår, ikke kan klassifiseres som offentligrettslige organer, jf. også fortalen til direktiv 2014/24/EU, premiss 10.
- (55) Når det aktuelle organet er en del av et konsern, skal det etter EU-domstolens praksis vurderes særskilt for det enkelte selskapet hvorvidt vilkårene i § 1-2 (2) er oppfylt, jf. sak C-360/96 (Arnhem) avsnitt 56 flg., med videre henvisning til sak C-44/96 (Mannesmann). Det at ett av selskapene i konsernet er omfattet av anskaffelsesregelverket, er således ikke tilstrekkelig til å fastslå at de øvrige selskapene i konsernet er det. Når det aktuelle organet, slik som i denne saken, er et morselskap, vil det samtidig kunne være relevant å se hen til hvilke behov datterselskapene ivaretar, og hvilken rolle morselskapet spiller i denne sammenhengen.
- (56) Innklagede eier og administrerer konsernselskapene, og leder forretningsområdene i konsernet. Innklagede driver aktiv eierskapsforvaltning og tilbyr administrative tjenester til de ulike datterselskapene, eksempelvis HR-tjenester, IT-support, økonomitjenester og eiendomstjenester (herunder drift og vedlikehold av bygg og arbeidsplass).
- (57) Innklagedes formål er ifølge selskapets vedtekter produksjon, overføring, distribusjon og omsetning av energi samt annen virksomhet knyttet til disse områdene. Selskapet skal videre drives på en sunn forretningsmessig basis med vekt på langsiktig verdiskapning for aksjonærene.
- (58) BKK Nett AS og BKK Varme AS er etter det opplyste omfattet av anskaffelsesregelverket i kraft av å være offentlige foretak etter forsyningsforskriften § 1-2 tredje ledd. Klagenemnda legger i tråd med innklagedes forklaring til grunn at ingen av de øvrige datterselskapene til innklagede er omfattet av regelverket.
- (59) BKK Nett AS har monopol på eierskap og drift av strømmettet i sitt område. Ifølge vedtektene er formålet til BKK Nett AS overføring av energi samt annen virksomhet knyttet til dette.
- (60) BKK Varme AS leverer fjernvarme innenfor konsesjonsområdet i Bergen. I en fjernvarmekonsesjon gir NVE tillatelse til bygging og drift av varmesentraler og hovedrørnett innenfor et geografisk avgrenset konsesjonsområde.¹⁹ Selskapets formål er ifølge vedtektene å drive prosjektering, produksjon, omsetning og salg av varme og andre tilsvarende eller lignende formål, samt virksomhet knyttet til dette.
- (61) Som nevnt stod BKK Nett AS og BKK Varme AS i 2019 samlet for 38,63 prosent av konsernets totale omsetning. BKK Nett AS alene stod for 34,15 prosent. I tillegg til å være omfattet av regelverket som offentlige foretak, legger klagenemnda til grunn at de to selskapene er «opprettet for å tjene allmennhetens behov», jf. forsyningsforskriften § 1-2 annet ledd bokstav a. Det er videre klart at BKK Nett AS driver monopolvirksomhet, og ikke er av «industriell eller forretningsmessig karakter».

¹⁹ <https://www.nve.no/konsesjon/konsesjonsbehandling-av-fjernvarme/>

- (62) Det må derfor vurderes om det faktisk at BKK Nett AS og BKK Varme AS er omfattet av regelverket, gjør at innklagede kan ta andre hensyn enn forretningsmessige ved sine innkjøp, og må anses å falle utenfor det industrielle eller forretningsmessige området.
- (63) Etter klagenemndas forståelse er BKK-konsernet organisert slik at en viktig rolle for innklagede er å legge til rette for at datterselskapene kan utøve sin virksomhet. Innklagedes formål er i stor grad sammenfallende med datterselskapenes formål. Innklagedes virksomhet kan derfor vanskelig vurderes adskilt fra datterselskapenes virksomhet og markedene disse opererer innenfor.
- (64) Innklagede leverer administrative tjenester til blant annet BKK Nett AS, og en stor andel av konsernets totale omsetning stammer fra monopolvirksomheten til dette selskapet. I denne sammenheng har innklagede vist til at energilovgivningen stiller strenge krav til organiseringen av energikonsern, blant annet krav om et klart skille mellom ikke-konkurransetsatt virksomhet og konkurranseutsatt virksomhet.
- (65) Det følger av Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) § 4-6 første ledd at i et «*integrert foretak skal nettvirksomhet være organisert som en egen selvstendig juridisk enhet, adskilt fra annen virksomhet*».
- (66) Det følger videre av § 4-7 at personer i ledelsen i nettforetak ikke kan «*[...] delta i ledelsen i foretak som driver annen virksomhet innenfor det integrerte foretaket*», og at morselskapet i det integrerte foretaket ikke skal «*[...] gi instruksjoner til nettforetak om den daglige driften eller om avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet. Dette er ikke til hinder for overordnet styring med nettforetakets økonomiske rammer.*»
- (67) Disse kravene til funksjonelt og selskapsmessig skille har sin bakgrunn i Rådskdirektiv 2003/54/EF. Kravene skal skille monopolvirksomhet fra konkurranseutsatt virksomhet i konsernet. Dette skal redusere risiko for krysssubsidiering og forhindre at nettselskapene gir særlige fordeler til enkeltaktører.²⁰
- (68) Kravene til selskapsmessig skille i § 4-6 innebærer at nettselskapene skal skilles ut i egne selskaper som ikke driver med annen virksomhet. Videre stilles det krav til at nettselskap ikke kan ha kontroll over enheter som driver annen virksomhet. Nettselskap kan heller ikke kontrolleres av enheter som driver med produksjon eller omsetning av elektrisk energi og fjernvarme.²¹
- (69) Kravene til funksjonelt skille i § 4-7 innebærer at nettselskapet skal driftes uavhengig av annen virksomhet. Dette betyr blant annet at personer i ledelsen i nettselskapene ikke kan delta i ledelsen i andre selskap i konsernet som driver annen virksomhet. Morselskap eller kontrollerende eier av nettselskapet har overordnet styring over de økonomiske rammene til nettforetaket, men kan ellers ikke gi instruksjoner i den daglige driften av nettselskapet eller om utbygging eller oppgradering av nettet.²²
- (70) Innklagede har forklart at energilovgivningens krav om funksjonelt og selskapsmessig skille mellom nettvirksomhet og øvrig virksomhet, er ivaretatt ved at BKK Nett AS er

²⁰ <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/regulering/nettvirksomhet/selskapsmessig-og-funksjonelt-skille/>

²¹ Ibid.

²² Ibid.

skilt ut i et eget selskap, med eget styre og ledelse og som opererer på en armlengdes avstand til resten av konsernet. Utover eierskap, er det ikke bindinger mellom innklagede og BKK Nett AS.

- (71) For klagenemnda har innklagede fremlagt en eierstyringsinstruks for BKK Nett AS som fastsetter rammer for innklagedes styring av datterselskapet. Av denne følger det blant annet at styremedlemmer eller andre ledende ansatte i BKK Nett AS ikke kan delta i den operative ledelsen av konkurransutsatt energirelatert virksomhet i BKK-konsernet.
- (72) Etter nemndas forståelse innebærer dette at den delen av konsernets omsetning som stammer fra BKK Nett AS ikke kan brukes til å krysssubsidiere andre selskaper i konsernet, eller gi særlige fordeler til disse, inkludert innklagede. I tråd med kravene i energilovgivningen, holdes nettvirksomheten adskilt fra annen virksomhet i konsernet.
- (73) At BKK Nett AS driver monopolvirksomhet og er omfattet av anskaffelsesregelverket, leder derfor ikke til at innklagede er utenfor det industrielle eller forretningsmessige området.
- (74) Når det gjelder BKK Varme AS leverer selskapet som nevnt fjernvarme innenfor konsesjonsområdet i Bergen. Ifølge NVE kan det bare gis konsesjon til et fjernvarmeanlegg i ett område, men det er fullt mulig for andre utbyggere å etablere fjernvarmeanlegg under konsesjonspliktig grense innenfor et konsesjonsområde.²³
- (75) For fjernvarmeleverandører stiller ikke energilovgivningen samme krav til funksjonelt og selskapsmessig skille som for nettselskaper. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det heller ikke holdepunkter for at virksomheten i BKK Varme AS holdes adskilt fra annen virksomhet i konsernet. For det tilfellet at BKK Varme AS er utenfor det industrielle eller forretningsmessige området, vil inntektene fra dette selskapet, i motsetning til inntektene fra BKK Nett AS, kunne krysssubsidiere andre selskaper i konsernet eller gi særlige fordeler til disse.
- (76) Slik saken ligger an, er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til om BKK Varme AS opererer utenfor det industrielle eller forretningsmessige området. Selskapet stod i 2019 for 4,48 prosent av konsernets totale omsetning. Innklagedes øvrige virksomhet opererer etter det opplyste, enten innenfor det industrielle eller forretningsmessige området, eller er selskapsmessig og funksjonelt adskilt fra de øvrige selskapene i konsernet. Slik klagenemnda ser det, utgjør inntektene fra BKK Varme AS en for liten andel av konsernets totale omsetning til at det medfører risiko for at innklagede lar seg lede av andre hensyn enn økonomiske ved sine innkjøp.
- (77) Innklagede har videre forklart at innklagede selv bærer den økonomiske risikoen ved virksomheten, og at konsernet har en kassakredittordning for å sikre seg mot økonomisk risiko, og at ordningen er innrettet slik at kassakreditten er tilgjengelig for alle selskapene i konsernet. Det er også fastsatt overordnede prinsipper for risikostyring og rammer for finansiell styring. Det er ikke holdepunkter for innklagedes offentlige eiere vil dekke inn underskudd, eller redde selskapet fra en eventuell konkurs.

²³ <https://www.nve.no/konsesjon/konsesjonsbehandling-av-fjernvarme/>

- (78) Med dette som bakgrunn ser klagenemnda det slik at innklagede driver økonomisk virksomhet på normale markedsvilkår, og at innklagede er av «*industriell eller forretningsmessig karakter*».
- (79) Vilkårene i § 1-2 (2) er ikke oppfylt, og innklagede er dermed ikke et «*offentligrettslig organ*».
- (80) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan etter dette ikke føre frem.

Konklusjon:

BKK AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk