



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager anførte at innklagede, ved å inngå en kontrakt om levering av frukt og grønt uten kunngjøring, hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at innklagede ikke var å anse som et offentligrettslig organ, ettersom vilkårene i § 1-2 (2) bokstav c (kontrollkriteriet) ikke var oppfylt. Den aktuelle anskaffelsen var dermed ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 31. januar 2010 i sak 2010/278

Klager: Odd Langdalen Frukt & Grønt Engros AS

Innklaget: Studentkafeene AS

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse, offentligrettslig organ.

Bakgrunn:

- (1) Studentkafeene AS (heretter kalt innklagede) inngikk 27. mai 2010 en avtale med Bama AS om levering av frukt og grønt til studentkafeene, uten forutgående kunngjøring. Innklagede er et heleid datterselskap av SiO Forretning AS (som tidligere het SIO AS), som igjen er heleid av Studentsamskipnaden i Oslo (heretter kalt SiO). Virksomheten til SiO reguleres av lov 14. desember 2007 nr. 116 om studentsamskipnader (studentsamskipnadsloven) og forskrift 22. juli 2008 nr. 828 om studentsamskipnader (studentsamskipnadsforskriften).
- (2) Odd Langdalen Frukt & Grønt Engros AS (heretter kalt klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 6. oktober 2010. Klagen inneholder anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ettersom anskaffelsen ikke har vært kunngjort. Klager viser til at innklagede er å anse som et offentligrettslig organ, som dermed plikter å følge lov om offentlige anskaffelser. Slik saken står for nemnda gjelder den i hovedsak vurderingen av hvorvidt innklagede, og morselskapet SiO, faller inn under anskaffelsesregelverkets virkeområde.
- (3) Som begrunnelse for sitt syn har klager blant annet vist til en rekke forarbeider og en tolkningsuttalelse som daværende Nærings- og handelsdepartementet (regelverket om offentlige anskaffelser var da underlagt dette departementet) ga 23. september 1996 vedrørende vurderingen av hvorvidt SiO er et "offentligrettslig organ", og dermed omfattet av EØS-forskriftene om offentlige anskaffelser. I uttalelsen konkluderte departementet med at SiO er å anse som et offentligrettslig organ. Vedrørende datterselskapet Studentkafeene AS konkluderte departementet derimot med at SiOs datterselskap ikke var et offentligrettslig organ, fordi selskapets virksomhet var av forretningsmessig karakter. Fra uttalelsen hitsettes følgende om SiOs forretningsvirksomhet:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

"SIOs forretningsvirksomhet er skilt ut i et eget aksjeselskap, SIO AS, som er morselskap og har som formål å eie datterselskapene Akademia AS, SIO Data AS og Studentkaféene AS. Et særskilt spørsmål er om disse selskapene er omfattet av EØS-regelverket.

Det må således vurderes om disse selskapene er opprettet med det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov og ikke er av forretningsmessig karakter, jf forskriftenes nr 2. De nevnte virksomheter driver i konkurranse og tilbyr sine varer og tjenester til markedspris. De skiller seg i så måte fra den øvrige virksomheten til SIO. Overskuddet skal tilbakeføres til SIO som eier og brukes til velferdstiltak for studentene. De ulike selskapene går dels med overskudd og dels med underskudd.

I en særstilling står muligens Studentkaféene AS som har en privilegert stilling fordi selskapet får drive studentkantiner på de ulike lærestedene uten konkurranse. Videre er middagsrettene de siste årene blitt subsidiert, noe som reduserer overskuddet. Disse forhold anses likevel ikke å være tilstrekkelig til å frata Studentkaféene det forretningsmessige preget.

Departementet finner således at SIOs forretningsvirksomhet, SIO AS, er av forretningsmessig karakter og dermed ikke er et offentligrettslig organ. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til de øvrige vilkårene i bestemmelsen. SIO AS med datterselskap er ikke omfattet av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser."

- (4) Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (heretter kalt FAD) ga september 2010 en uttalelse om studentsamskipnadens forhold til anskaffelsesregelverket, på bakgrunn av en henvendelse fra Kunnskapsdepartementet (heretter kalt KD). Sistnevnte hadde foretatt en egen vurdering av forholdet, og ba FAD om en tilbakemelding på denne vurderingen. I sin uttalelse gir FAD en rekke kommentarer til tolkningen av vilkårene i § 1-2 (2), men KDs faktiske vurderinger overprøves ikke. Fra uttalelsen punkt 2.2 "Vilkårene i bokstav b" siteres:

"KD konkluderer i sitt brev med at "studentsamskipnader sett som gruppe ikke i utgangspunktet er å anse som offentligrettslig organ". FAD ønsker å understreke at det følger av ordlyden i bestemmelsen at hver enkelt studentsamskipnad er et eget rettssubjekt. Dette innebærer at hver enkelt samskipnad må vurderes separat i forhold til alle vilkårene i FOA § 2-1 andre ledd."

- (5) I NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser på side 119 og 120 uttales det, i forhold til daværende forskriftsbestemmelse om hvem som er omfattet av forskriften, herunder hva som er et offentligrettslig organ, at SiO er et eksempel på organ som omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (6) I prosesskriv til klagenemnda 29. november 2010 opplyste innklagede følgende om resultatregnskapet til SiO for 2009:

"SiOs driftsinntekter (i kroner) er delt inn i følgende poster:

<i>Salgsinntekter</i>	<i>53.289.705</i>
<i>Inntektsførte tilskudd</i>	<i>96.372.031</i>

<i>Leieinntekter</i>	274.580.913
<i>Andre driftsinntekter</i>	58.518.034
<i>Semesteravgift</i>	30.628.744
<i>Sum</i>	513.389.427

[...]

For å klargjøre graden av offentlig finansiering i konsernets morselskap, mener Studentkafeene derfor det er mest ryddig å ta utgangspunkt i postene i selve resultatregnskapet (tatt inn ovenfor). Postene salgsinntekter og leieinntekter inneholder ikke offentlig tilskudd. Disse to postene alene utgjør mer enn 63 % av totalen. Selv for posten inntektsførte tilskudd må det vurderes om SiO yter en motytelse som gjør at det ikke er tale om offentlig støtte.”

- (7) Når det gjelder spørsmålet om SiOs status i dagens situasjon, viser nemnda til sin drøftelse nedenfor under ”Klagenemndas vurdering”.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Klager anfører at kontrakten som innklagede har inngått med Bama AS innebærer en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom innklagede er å anse som et offentligrettslig organ, jf. forskriften § 1-2 (2), som plikter å følge regelverket om offentlige anskaffelser, herunder kunngjøringsplikten.
- (9) Det vises for det første til at innklagede ivaretar allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, jf. § 1-2 (2) bokstav a. Et vesentlig element ved denne vurderingen er om organet mottar offentlig støtte. I henhold til SiOs konsernregnskap mottok innklagede 18,2 millioner kroner i statlige bidrag i 2009. Årsresultatet før skatt var på 1,5 millioner kroner, og innklagede er således helt avhengig av statsstøtte for å overleve. Klager kan ikke se at departementets vurdering av innklagede i sin uttalelse 23. september 1996 berører de omfattende fristasjonsmidlene som innklagede mottar fra staten i løpet av året. Det er uvisst om dette skyldes at bevilgningene var mindre i 1996, eller om departementet har oversett dette sentrale poenget. Det ligger i systemet med ”fri stasjon” at universitetene stiller lokaler til rådighet ”for studentsamskipnadens studentvelferdsvirksomhet ved institusjonen”, jf. studentsamskipnadsforskriften § 11. Det at studentkafeene er funnet kvalifisert til fristasjonsmidler innebærer i seg selv at det er tale om et velferdstiltak, og ikke kommersiell virksomhet. Selv om SIO formelt har plassert innklagede under sin forretningsvirksomhet, må det imidlertid være klart at virksomheten reelt utgjør en del av studentenes velferdsapparat. I tillegg vises det til at innklagede er gitt en monopolsituasjon på lærestedene og at studentene tilbys servering til ”subsidierte” priser, noe som også taler for at innklagede ivaretar allmennhetens behov.
- (10) Klager viser videre til at innklagede er organisert som et aksjeselskap, og dermed er et selvstendig rettssubjekt, jf. § 1-2 (2) bokstav b.
- (11) Etter klagers syn er også vilkårene i § 1-2 (2) bokstav c oppfylt, ettersom innklagede er 100 prosent kontrollert av et offentligrettslig organ, det vil si SiO. Når det gjelder

hvorvidt SiO oppfyller vilkårene i § 1-2 (2) bokstav c, erkjennes det at de offentlige tilskuddene SIO mottar ikke er tilstrekkelige til at finansieringskriteriet isolert sett kan anses oppfylt. Det vises til at SiO kun har en offentlig finansieringsgrad på 30,6 prosent, jf. regnskapstallene oppgitt i premiss (11). Videre erkjennes det at ettersom styret i SiO består av åtte representanter, hvorav kun to oppnevnes av utdanningsinstitusjonene, det vil si offentlige organer, er heller ikke oppnevneskriteriet oppfylt isolert sett.

- (12) I følge klager er imidlertid SiO underlagt offentlig kontroll etter den bredere vurderingen som skal foretas under "*samlekriteriet*", ved at elementene i bokstav c må sees i sammenheng. Til støtte for dette synet vises det til Ot. prp. nr. 97 (1991-1992) side 22 og den forrige veilederen fra Nærings- og handelsdepartementet, hvor det fremgår at selv om ingen av kriteriene i bestemmelsen er oppfylt enkeltvis, vil likevel kontroll kunne bli ansett å foreligge etter en helhetsvurdering. Tidligere lov og forskrift hadde den samme ordlyden som nåværende regelverk. Dette innebærer at graden av offentlig finansiering av SiO er et moment i den samlede vurderingen av om SiO er et subjekt "*hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll*", selv om finansieringen utgjør mindre enn 50 prosent av de totale driftsinntekter. Graden av offentlig kontroll over SiO må videre vurderes i sammenheng med at det offentlige har lovbestemt representasjon i samskipnadens styre, i tillegg til at store deler av SiOs drift finansieres av det offentlige, hvilket gir det offentlige særlig interesse og innflytelse over virksomheten.
- (13) Om det nærmere innholdet i "*samlekriteriet*" vises det til uttalelsene i NOU 1997: 21 side 119-120 om at det ikke nødvendigvis må foreligge en offentlig instruksjonskompetanse, da en administrativ kontroll kan være tilstrekkelig. Studentsamskipnaden er underlagt tilsyn fra departementet, jf. studentsamskipnadsforskriften § 23, og ettersom samskipnadens oppgaver er lovfestet, kan departementet føre tilsyn med alle deler av samskipnadens virksomhet. I tillegg skal Riksrevisjonen gjennomføre forvaltningsrevisjon i medhold av riksrevisjonsloven § 9 tredje ledd, noe som etter klagers syn innebærer at riksrevisjonen behandler studentsamskipnadene som om de var ordinære forvaltningsorganer og underlagt offentlig styring. Alle organer og selskaper som riksrevisjonen kontrollerer har den fellesnevner at de på en eller annen måte er underlagt offentlig kontroll eller eierrådighet. Både departementets og riksrevisjonens tilsyn kan potensielt påvirke studentsamskipnadens anskaffelsesbeslutninger, uten at de nødvendigvis går inn i den daglige driften. Det kan for eksempel tenkes at departementet, etter å ha gjennomgått kostnadssiden i resultatregnskapet, ber studentsamskipnaden legge til rette for større grad av konkurranse ved varekjøp. For å oppnå målsetningen gir departementet retningslinjer for hvilke kriterier som skal ligge til grunn for valg av leverandør.
- (14) Innklagede har vist til EU-domstolens sak C-373/00 (Adolf Truley) premiss 69 og 70, hvor det blant annet sies at kontrollkriteriet ikke er oppfylt "*in the case of a mere review*". Til dette bemerker klager at det av dommens premiss 73 fremkommer at man med "*review*" tenker på situasjoner hvor det offentlige bare kontrollerer årsregnskapet. Som redegjort ovenfor omfatter tilsynsregime for studentsamskipnadene noe langt mer enn bare en formell gjennomgang av årsregnskapet.
- (15) Til slutt vises det til at departementet uttalte i 1996 at det ikke er tvilsomt at SiO er underlagt statlige myndigheters kontroll, og at SiO i NOU 1997: 21 side 120 og i

Marianne Dragstens Håndbok til offentlige anskaffelser, 2006, side 25 er nevnt som et eksempel på et organ som omfattet av regelverket.

Innklagedes anførsler:

- (16) Det anføres at klagen må avvises fordi innklagede ikke er et offentligrettslig organ etter forskriften § 1-2 (2), og dermed ikke underlagt anskaffelsesregelverket. Det vises til at innklagede ikke oppfyller vilkårene i § 1-2 (2) bokstav c, ettersom SiO ikke er et offentligrettslig organ.
- (17) Ettersom vilkåret i § 1-2 (2) bokstav c ikke er oppfylt for innklagedes del, er det ingen grunn til å gjennomgå de andre vilkårene i § 1-2 (2) da innklagede uansett ikke er underlagt anskaffelsesregelverket. Det bemerkes likevel at i departementets uttalelse fra 1996 ble det konkludert med at innklagede har et forretningsmessig preg, og dermed er heller ikke vilkårene i bestemmelsens bokstav a oppfylt
- (18) Ettersom klager erkjenner at verken finansieringsvilkåret eller oppnevningensvilkåret i § 1-2 (2) bokstav c er oppfylt i forhold til SiO, vil det ikke gis en nærmere redegjørelse for disse vilkårene. Vedrørende klagers uttalelse i forhold til finansieringsvilkåret, om at SiO har en offentlig finansieringsgrad på 30,6 prosent, bemerkes imidlertid at SiO yter motytelser for store deler av de inntekter som skriver seg fra det offentlige. Disse posteringene skal således ikke regnes med som offentlig støtte i vurderingen under § 1-2 (2) bokstav c, og den relevante prosentsatsen er derfor langt lavere enn 30,6 prosent. Selv om klagers anførte prosentsats skulle legges til grunn, er 30,6 prosent en lav andel. Andre inntekter vil da utgjøre nesten to og en halv gang så mye som offentlig støtte.
- (19) Innklagede forstår klagers uttalelse om at SiO oppfyller "*samlekriteriet*" på bakgrunn av en helhetsvurdering av vilkårene i bokstav c, slik at det menes at SiO oppfyller "*kontrollvilkåret*", noe som bestrides. Graden av offentlig finansiering av SiO har ikke betydning for saken, når graden av offentlig finansiering ikke er tilstrekkelig til at finansieringsvilkåret isolert sett er oppfylt. Det vises til at det følger av regelverkets systematikk at en offentlig finansieringsgrad på under 50 prosent utelukker at slik finansiering er nok til å gi et organ status som et offentligrettslig organ. De uttalelsene klager viser til i forarbeidene til tidligere lov om offentlige anskaffelser kan ikke brukes til å underbygge klagers anførsel om at innklagede kan være omfattet av anskaffelsesregelverket, selv om vilkårene i § 1-2 (2) bokstav c ikke er oppfylt. En slik fortolkning har ingen støtte i noen EU-kilder, og heller ikke i lovens og forskriftens ordlyd. Det vises også til FADs uttalelse om studentsamskipnader fra september 2010.
- (20) Når det gjelder kontroll i relasjon til § 1-2 (2) bokstav c andre alternativ, menes både administrativ kontroll og instruksjonsmyndighet. Det fremgår av praksis fra EU-domstolen at det avgjørende for om kontrollkriteriet er oppfylt er om myndighetene kan utøve kontroll eller instruksjonsmyndighet på et nivå som kan påvirke virksomhetens anskaffelsesbeslutninger. Videre fremgår det at kontrollen må være like sterk som om det offentlige hadde finansiert virksomheten med mer enn 50 prosent, alternativt hadde hatt et styre hvor mer enn halvparten av medlemmene var oppnevnt av det offentlige, og at vilkåret ikke kan oppfylles ved en ren etterfølgende kontroll av virksomheten, jf. C-237/99 premiss 48-49 og C-373/00 premiss 69-70. EU-domstolens praksis er fulgt opp av FAD i tolkningsuttalelse 12. desember 2002.

- (21) Departementets kontroll- og tilsynsfunksjon med SiO, som fremgår av studentsamskipnadsloven § 12 og studentsamskipnadsforskriften § 24, og som nærmere omtales i Ot. prp. nr. 71 (2006-2007), er ikke tilstrekkelig til at kontrollkriteriet i anskaffelsesforskriften er oppfylt. Selv om Studentsamskipnaden mottar offentlige tilskudd til driften i form av statlige overføringer, fri stasjon fra utdanningsinstitusjonene, semesteravgift fra studentene, og i stor grad har monopol på studentvelferdstjenester, er SiO likevel kun underlagt en etterfølgende kontroll fra myndighetenes side. Departementets tilsyn med og de enkelte styringsoppgaver overfor samskipnadene, som å opprette og legge ned samskipnader, bestemme hvilken samskipnad universiteter og høyskoler skal tilknyttes og godkjenne økninger i samskipnadenes semesteravgift, gir ikke kontroll av en slik karakter som de øvrige alternativene i bokstav c viser til da kontrollen med virksomheten er etterfølgende og av overordnet karakter. Selv om semesteravgiftens størrelse må godkjennes av departementet, utgjør dette kun indirekte styringsmyndighet over en mindre offentlig finansieringsdel av virksomheten, ca. 6 prosent av driftsinntektene. De øvrige eksplisitte områdene som departementet har styringsmyndighet overfor gjelder heller ikke den daglige drift og er ikke egnet til å gi kontroll som tilsvarer stor grad av finansiering eller flertall i styret. Dette gjelder ikke minst når vurderingen, i henhold til EU-domstolens praksis, relateres til muligheten for å påvirke virksomhetens anskaffelser.
- (22) Videre vises det til forarbeidene til tidligere lovgivning om studentsamskipnader, som klart viser at det aldri har vært departementets hensikt å ha kontroll over SiO i den grad at SiO må regnes som et offentligrettslig organ, jf. Ot. prp. nr. 56 (1995-1996) Om lov om studentsamskipnader og Ot. prp. nr. 3 (1985-1986) til velferdsloven av 1986. I forarbeidene til 1996-loven omtales styringsformen som "*brukerstyring*". Prinsippet om brukerstyring er, og har vært, et grunnleggende prinsipp for reguleringen av studentsamskipnader. Samskipnadene er selvstendige, ansvarlige og brukerstyrte. De er dermed ikke offentligrettslige organer med mindre de finansieres med mer enn 50 prosent av det offentlige. Det kan heller ikke anføres at det at fagdepartementet kan bestemme at studentsamskipnader opprettes, nedlegges eller slås sammen alene er nok til å gi fagdepartementet den nødvendige kontroll over SiO, jf. Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, side 262.
- (23) Avslutningsvis viser innklagede til at ettersom regelverket for offentlige anskaffelser er i stadig utvikling, vil verken uttalelsene i NOU 1997: 21 eller Nærings- og handelsdepartementets uttalelse fra 1996 lenger ha relevans i lys av senere EU-domstolspraksis og senere fortolkningsuttalelse av 12. desember 2002 om Statsskog fra FAD. I tillegg kommer at departementets uttalelse fra 1996 er avgitt under den forrige anskaffelsesloven, og vurderer SiOs stilling under en tidligere studentsamskipnadslov enn den som er relevant for denne saken. SiOs stilling har dessuten tidligere blitt vurdert ved en rekke anledninger uten at konklusjonen har vært at SiO er omfattet av anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist og saklig interesse

- (24) Klager har anført at ettersom innklagede ikke har kunngjort foreliggende kontrakt, foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse. Klager viser til at innklagede er et offentligrettslig organ, og således omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser, jf. forskriften § 1-2 (2), jf. § 1-2 (1). Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om

klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse.

- (25) Det følger av klagenemndforskriften § 13a andre ledd at en klage på ulovlig direkte anskaffelse *"kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd"*. Av loven § 7b tredje ledd følger det at adgangen til å ilegge gebyr *"bortfaller to år etter at kontrakt er inngått"*. Foreliggende klage refererer seg til en kontrakt inngått 27. mai 2010. Klagen er således rettidig.
- (26) Klagenemndas kompetanse er begrenset til å behandle klager om brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf. klagenemndforskriften § 1 og § 6 første ledd. Dersom innklagede ikke er omfattet av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, vil det påklagede avtaleforholdet heller ikke omfattes av regelverket, herunder kunngjøringsplikten. Det første spørsmålet blir således om innklagede er et organ som faller inn under anskaffelsesregelverkets virkeområde.

Hvorvidt innklagede omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser

- (27) Det følger av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 2 og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-2 (1), at regelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og *"offentligrettslige organer"*.
- (28) Begrepet *"offentligrettslig organ"* defineres i forskriften § 1-2 (2), som lyder:
- "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*
 - c. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer."*
- (29) Bokstav a-c er kumulative vilkår, men oppregningen i bokstav c er alternativer som hver for seg kan tilsi at rettssubjektet omfattes av forskriften.
- (30) I de tilfellene der det aktuelle organet er en del av et konsern, skal det etter EU-domstolspraksis vurderes særskilt for det enkelte selskap hvorvidt vilkårene i § 1-2 (2) er oppfylt, jf. sak C-360/96 (BFI Holding) premiss (56) til (58), med videre henvisning til sak C-44/96 (Mannesmann). Det at et av selskapene i konsernet er å anse som et offentligrettslig organ, er således ikke tilstrekkelig til å fastslå at de øvrige selskapene i konsernet er offentligrettslig organ. Innklagede er heleid av SiO Forretning AS, som igjen er heleid av SiO. Det er klart at SiO ikke er en statlig eller kommunal myndighet. For å ta stilling til om innklagede oppfyller vilkårene i bokstav c må det derfor først avgjøres om SiO, som innklagedes morselskap, er et offentligrettslig organ. Vurderingen i foreliggende sak må således i utgangspunktet knytte seg til dels til morselskapet Studentsamskipnaden i Oslo (SiO) dels til datterselskapet Studentkafeene AS som er innklagde i saken.

- (31) Studentsamskipnadens forhold til regelverket om offentlige anskaffelser har vært uavklart. Uttalelser i lovforarbeidene kan tas til inntekt for at SiO forutsetningsvis er et organ som var omfattet (NOU 1997:21 s 120). Nærings- og Handelsdepartementet konkluderte i en uttalelse avgitt til SiO 23.9.1996:

"Konklusjonen blir etter dette at Studentsamskipnaden i Oslo er å anse som et offentligrettslig organ, jf EØS-forskriftens nr 2 og således er forpliktet til å følge EØS-regelverket ved sine anskaffelser innenfor forskriftens virkeområde" (dog uten at kontrollkriteriet er særskilt omtalt).

- og i samme retning *Dragsten Lindalen* Håndbok til offentlige anskaffelser (2006) s 25.

- (32) Spørsmålet om regelverkets anvendelse på SiO forelå i sak 2003/109, der nemnda forutsatte at dagjeldende forskrift (2001) kom til anvendelse, dog uten at forholdet var berørt av partene. Andre saker om SiO har ikke vært behandlet. I en senere klagesak fra 2008 ble spørsmålet om SiOs forhold til regelverket behandlet av partene, men saken ble trukket uten realitetsbehandling i nemnda.
- (33) Forskriftens § 1-2 gjennomfører EU Dir 2004/18 art. 1. I sak C-373/00 (Truley), om den likelydende bestemmelse i et tidligere direktiv, uttaler EU-domstolen i premiss 43 at begrepet *"offentligrettslig organ"* skal tolkes vidt.
- (34) Nemnda mener at spørsmålet ikke kan anses avgjort ved de eldre uttalelser som her er gjengitt.
- (35) Forskriften § 1-2 (2) bokstav c består av tre alternative vilkår, og det er tiltrekkelig at ett av alternativene er oppfylt. De tre vilkårene knytter seg til hvorvidt det aktuelle organet er tilstrekkelig finansiert, kontrollert eller har et administrasjons-, ledelses eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av *"statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer"*. Bokstav c inneholder med andre ord krav om at det skal foreligge en tett tilknytning mellom det aktuelle organet og en offentlig myndighet, og den oppstiller uttømmende de tre måtene en slik tilknytning kan foreligge. Bestemmelsen tar sikte på å fange opp de organer som har en så nær tilknytning til det offentlige at det er en risiko for at organet tar andre hensyn enn rent økonomiske ved utøvelsen av sin virksomhet, jf. C-380/98 (University of Cambridge) premiss 16-20. Partene synes å være enige om at SiO ikke *"i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd"*, og at SiO ikke har *"et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer"*. Det avgjørende spørsmålet blir dermed om SiOs *"forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll"* (kontrollkriteriet). Det er derfor kontrollalternativet i bokstav c som avgjør om forskriften gjelder.
- (36) Ordlyden i kontrollkriteriet er vagere enn angivelsen av de to andre kriteriene i bokstav c. Det forutsettes at det aktuelle organets forvaltning er underlagt offentlige myndigheters kontroll, men det angis ikke nærmere hva denne kontrollen skal innebære eller graden av kontroll som må foreligge. I lovforarbeidet NOU 1997: 21 side 119-120 uttales det at med *"kontroll menes typisk administrativ kontroll eller instruksjonsmyndighet"*. Det følger videre av EU-domstolens praksis at det ved vurderingen av det offentliges kontroll skal sees hen til om kontrollen skaper en

tilknytning mellom det aktuelle organet og det offentlige, ”der giver de offentlige myndigheder mulighed for at påvirke det nævnte organs afgørelser på området for offentlige kontrakter”, jf. C-373/00 (Truley) premiss 69. Videre er det slått fast at graden av tilknytning som oppstår på bakgrunn av offentlig kontroll skal være sammenlignbar med den tilknytning som foreligger når et av de to andre alternative vilkårene i bokstav c er oppfylt, jf. også C-237/99 (Kommissjonen mot Frankrike) premiss 48 og 49.

- (37) Kontrollkriteriet omfatter både kontroll som er basert på et rettslig grunnlag og faktisk kontroll, jf. Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU’s udbudsdirektiv, side 294-295. Rettspraksis viser at det ofte er ulike former for kontroll i forhold til organets virksomhet som samlet sett avgjør om det foreligger en slik grad av kontroll at kriteriet er oppfylt, jf. Steinicke/Groesmeyer side 293. Er organet underlagt tilsyn, må det også på dette punktet vurderes om tilsynet gir det offentlige mulighet til å påvirke det aktuelle organets beslutninger vedrørende anskaffelser. Dersom tilsynet kun knytter seg til om lovgivning overholdes, så taler det mot at det foreligger tilstrekkelig kontroll, jf. C-237/99 (Kommissjonen mot Frankrike) premiss 55. Dette vil imidlertid variere alt etter lovgivningens og tilsynets karakter.
- (38) De norske studentsamskipnader er lovregulert. Gjeldende lov 14. desember 2007 nr. 116 om studentsamskipnader erstatter en tidligere lov 28. juni 1996 nr. 54 om studentsamskipnader uten at dette medførte vesentlige endringer i forhold til det som vår klagesak gjelder. Lovens forskriftshjemler er utnyttet ved forskrift 22. juli 2008 nr. 828 om studentsamskipnader.
- (39) Loven fastslår i § 2 første ledd at en studentsamskipnad er et eget rettssubjekt, i lovmotivene beskrevet som ”*verken forvaltningsorgan, statsforetak, stiftelse, aksjeselskap eller annen selskapsform*” adskilt fra forvaltningen, brukerstyrt og dermed mer fristilt fra statlig styring enn hva som er tilfelle for et forvaltningsorgan eller et statlig selskap (Ot. prp. nr. 71 (2006-2007) side 3-4). Lovreformen i 2007 tilsiktet å gi klarere rammer for hva slags aktiviteter studentsamskipnadene skal drive med og det var forutsatt at det også i fortsettelsen var tale om en egen virksomhetsform med primæroppgave å ivareta studentenes velferdsbehov i samarbeid med lokal utdanningsinstitusjon (Ot. prp. nr. 71 (2006-2007) side 1 og side 5). Samskipnadenes spesielle i forhold til offentlige tilskudd omtales i nevnte Ot. prp. side 7 slik:

”Videre vises det til den spesielle stilling samskipnadene har, når de mottar offentlige tilskudd til driften, både i form av statlige overføringer, fri stasjon fra utdanningsinstitusjonene og semesteravgift fra studentene, i stor grad har monopol på studentvelferdstjenester ved universiteter og høyskoler og står under tilsyn av departementet. Når studentsamskipnadene har disse spesielle fordelene samtidig som de driver kommersiell aktivitet, er det behov for regler som sikrer at studentsamskipnadene opptrer i tråd med reglene om statstøtte i EØS-avtalen, og at det kan dokumenteres at det ikke med statlige midler skjer en subsidiering av den kommersielle aktiviteten.”

- (40) Semesteravgift ved institusjonen fastsettes av styret, men skal godkjennes av departementet, jf. loven § 10 tredje ledd. Om inngrep uttales det i Ot. prp. nr. 71 (2006-2007) på side 12:

”Staten har viktige interesser i studentsamskipnadenes virksomhet, og i at samskipnaden har evne til å ivareta studentenes velferdsbehov. Departementet ser imidlertid at en rett for departementet til å avsette samskipnadens styre og en utvidelse av klageretten på styrevedtak, vil kunne skape uklare ansvarsforhold mellom departementet og samskipnadene, og vil kunne bidra til å svekke styrets autoritet og legitimitet utad. Høringsrunden viser at det er stor skepsis til å utvide departementets myndighet overfor samskipnadens styre. Departementet foreslår derfor at det ikke loyfestes bestemmelser om at departementet skal kunne avsette styret i samskipnadene, eller at det kan klages på gyldigheten av styrevedtak til departementet.”

- (41) Forholdet til annen offentligrettslig lovgivning (forskriftshjemmel i loven § 11 er ikke benyttet) omtales i Ot. prp. nr. 71 (2006-2007) side 13-14, jf. side 12, med henvisning til Ot.prp. nr 3 (1985-86) (men uten at regelverket om offentlige anskaffelser berøres). Det forutsettes at verken forvaltningsloven eller offentleglova 2006 gjelder for samskipnadene med mindre det gjelder myndighetsutøvelse ved enkeltvedtak eller forskrift (forskriftshjemmel i offentleglova § 2 tredje ledd er ikke benyttet).
- (42) Av studentsamskipnadsloven § 12 første ledd fremgår det at studentsamskipnaden *”står under tilsyn av departementet”*, og av andre ledd følger det at de nærmere reglene om tilsyn fastsettes i forskrift. Videre følger det av loven § 13 at riksrevisjonen skal føre kontroll med *”forvaltningen av statens interesser og kan foreta undersøkelser mv. i studentsamskipnadene og heleide datterselskaper etter riksrevisjonsloven og instruks fastsatt av Stortinget”*. I lovforarbeidet omtales tilsyn og Riksrevisjonens kontroll, jf. Ot. prp. nr. 71 (2006-2007) side 15-16:

”Etter departementets vurdering er det likevel viktig at kontrollen tilpasses de styrings-, tilsyns-, og kontrollfunksjoner departementet har, og som er fastsatt i lov og forskrift mv og Stortingets vedtak og forutsetninger. Departementet viser i den sammenheng til prinsippet om at studentsamskipnadene er brukerstyrte virksomheter, og at departementet har en avgrenset myndighet og overfor samskipnadene og dermed også et tilsvarende avgrenset ansvar for samskipnadenes løpende virksomhet. Departementet har ingen alminnelig instruksjonsmyndighet overfor samskipnadene eller noe forum for å styre den enkelte samskipnads virksomhet.”

- (43) Tilsyn og kontroll omhandles i forskriften § 9, jf. §§ 23 til 26:

”§ 9 Regnskapsinformasjon

Studentsamskipnadens regnskap skal ha et informasjonsinnhold som bestemt i regnskapsloven og samskipnadsloven § 7. Studentsamskipnadene skal gjennom regnskapet kunne dokumentere at all offentlig støtte til studentvelferd kun kommer studentene til gode.

§ 23. Tilsyn med utføring av oppgaver

Departementet skal føre tilsyn med at studentsamskipnaden utfører sine oppgaver i tråd med lov om studentsamskipnader og denne forskrift.

§ 24. Kontroll med bruken av offentlige midler

Departementet skal føre kontroll med at bruken av de offentlige midler til studentvelferd som studentsamskipnaden mottar, blir forvaltet i samsvar med lover, forskrifter, og regelverk, samt slik forutsatt i departementets tilskuddsbrev. Kontrollen

skal skje etter generelle prinsipper og regler om oppfølging og kontroll med statlig tilskudd.

§ 25. Omfanget av tilsyn og kontroll med studentsamskipnadene

Tilsyn og kontroll etter § 23 og § 24 skal normalt gjennomføres etterskuddsvis og på et overordnet nivå.

Kontroll etter § 24 skal normalt gjennomføres ved kontroll av de rapporter som studentsamskipnadene skal sende departementet i henhold til lov, forskrifter og tilskuddsbrev, herunder revisorgodkjent regnskap.

Tilsyn skjer etter eget initiativ fra departementet eller ved at departementet blir gjort oppmerksom på spesielle hendelser.

Hvis rapportene eller annen informasjon departementet mottar, avdekker risiko for vesentlige avvik eller lovbrudd, skal departementet fastsette hvilke kontrollpunkter som er mest aktuelle og hvem som skal foreta ytterligere kontroll. Departementet avgjør deretter hvordan studentsamskipnaden skal følges opp, innenfor de rammer lov og regelverk setter.

- (44) I forarbeidene til loven, Ot. prp. nr. 71 (2006-2007), i merknad til § 12 og § 13, omtales departementets og Riksrevisjonens tilsyns- og kontrollmyndighet nærmere:

”Til § 12 Departementets tilsyn

Første ledd er en videreføring av tidligere lovs § 14 1. ledd. Departementets tilsyn med studentsamskipnadene videreføres. Det er her tale om tilsyn på et mer overordnet nivå, av om samskipnadene utfører sine lovpålagte oppgaver i henhold til denne lov og om bruken av de offentlige midlene samskipnaden mottar.

Det dreier seg om en etterskuddsvis tilsynskontroll- basert på årlige rapporteringer samt eventuelle meldinger/varsler, klager eller annen informasjon departementet gjøres kjent med.

[...]

Reglene om tilsyn gir ikke departementet styringsmyndighet overfor samskipnadene utover det som følger eksplisitt av loven. Departementet kan ikke instruere samskipnadene i deres daglige drift.

Det nærmere innholdet i tilsynsplikten kan i noe større grad formaliseres, og departementet kan fastsette nærmere regler om dette i forskrift.

Til § 13 Riksrevisjonens kontroll

Ordlyden i bestemmelsen om Riksrevisjonens kontroll er den samme som riksrevisjonsloven § 9 andre ledd. Riksrevisjonens kontroll skal være tilpasset departementets styrings-, tilsyns- og kontrollfunksjoner fastsatt i lov og forskrift mv. og Stortingets vedtak og forutsetninger.

Ved siden av, og utenfor denne lovs virkeområde faller den øvrige kontrollen Riksrevisjonen utøver overfor departementet, blant annet som forvalter av tilskuddsordninger.”

- (45) Lov 7. mai 2004 nr. 21 om Riksrevisjonen § 1 jf. § 9 fastslår i tilknytning til dette at revisjonen skal påse at statens midler og verdier blir brukt og forvaltet på en økonomisk forsvarlig måte og i samsvar med Stortingets vedtak og forutsetninger.
- (46) Slik klagenemnda ser det må det etter dette foretas en samlet helhetsvurdering av de nåværende kontrollformer som SiO er underlagt, med hensyn til om disse skaper en tilknytning mellom SiO og det offentlige, som gir sistnevnte mulighet til å påvirke SiOs avgjørelser på området for offentlige anskaffelser. Eldre uttalelser om dette spørsmålet kan således ikke tillegges avgjørende vekt.
- (47) Etter studentsamskipnadsforskriften § 23 skal departementet føre tilsyn med at studentsamskipnadene *"utfører sine oppgaver i tråd med lov om studentsamskipnader og denne forskrift"*. Det er med andre ord innenfor et snevert område departementet er tillagt tilsynsmyndighet. Slik tilsynsmyndigheten er beskrevet i § 23, gir den ikke departementet noen mulighet til å påvirke beslutninger vedrørende driften som tas av SiO, herunder heller ikke på anskaffelsesområdet. I EU-domstolens sak C-237/99, som gjaldt hvorvidt et allmenntilgjengelig boligselskap var å anse som et offentligrettslig organ, fremgår det av premiss 52 at når reglene for driften av et selskap er meget detaljerte, så kan *"det blotte tilsyn med deres overholdelse [...] i sig selv være ensbetydende med, at de offentlige myndigheter tillægges en væsentlig indflytelse"*. I foreliggende sak fremstår ikke reglene som styrer SiOs drift som meget detaljerte regler, og kontrollen er overordnet og etterfølgende både sett i forhold til departementet og Riksrevisjonen. Dette taler for at det offentlige har liten grad av innflytelse over SiOs drift. Etter § 25 skal departementets tilsyn *"normalt gjennomføres etterskuddsvis og på et overordnet nivå"*, enten etter eget initiativ eller ved at departementet har blitt gjort oppmerksom på spesielle hendelser. Som det fremgår ovenfor, taler en slik overordnet form for tilsynsmyndighet mot at det foreligger tilstrekkelig offentlig kontroll overfor SiO til at vilkåret er oppfylt, jf. C-237/99 premiss 55.
- (48) Etter forskriften § 24 skal departementet videre føre kontroll med at bruken av de offentlige midlene som gis til studentvelferd blir forvaltet i samsvar med lover, forskrifter og regelverk, samt slik forutsatt i departementets tilskuddsbrev. Også denne kontrollen skal normalt gjennomføres etterskuddsvis, jf. § 25, og den skal normalt skje ved kontroll av rapportene som studentsamskipnaden skal sende departementet i henhold til lov, forskrift og tilskuddsbrev, herunder revisorgodkjent regnskap. Etter studentsamskipnadsloven § 13 skal også riksrevisjonen føre kontroll med *"forvaltningen av statens interesser"*, og riksrevisjonen kan foreta undersøkelser etter riksrevisjonsloven og instruks fastsatt av Stortinget. Det følger av C-237/99 premiss 53 og C-373/00 premiss 69-70, jf. Steinicke/Groesmeyer, EU's udbudsdirektiv, side 296-297, at en ren etterfølgende kontroll av regnskapsførselen ikke er tilstrekkelig til at kontrollkriteriet er oppfylt.
- (49) Klager har lagt til grunn at de offentlige tilskuddene til SiO, som blant annet består av semesteravgift og fri stasjonsmidler, er på ca. 30 prosent av de totale inntektene til SiO. Innklagede hevder at prosentsatsen er lavere, uten å fastsette denne nærmere. Partene er videre uenige om relevansen av at SiO mottar støtte ved vurderingen av kontrollkriteriet, når det er slått fast at den offentlige støtten er lavere enn 50 prosent av de totale inntektene til SiO, slik at finansieringsvilkåret ikke er oppfylt. Etter klagenemndas syn må det påvises at den offentlige støtten som tildeles SiO, gir det offentlige mulighet til å påvirke eller kontrollere SiOs drift, for eksempel ved å stille krav om en bestemt

innkjøpspolitikk, for at pengestøtte skal være relevant ved vurderingen av kontrollkriteriet. Nemnda finner støtte til dette synet i Steinicke/Grosmeier side 289. Av studentsamskipnadsforskriften § 9 følger det at samskipnadene, gjennom regnskapet, skal kunne dokumentere at *"all offentlig støtte til studentvelferd kun kommer studentene til gode"*. Det er for klagenemnda ikke opplyst eller dokumentert at det foreligger krav til disse midlene i for eksempel tilskuddsbrev, ut over at de er øremerket til studentvelferd. Det er så vidt nemnda kan se i utgangspunktet opp til studentsamskipnadene, herunder SiO, hva pengene brukes til og hvordan studentvelferden best kan ivaretas. Det er heller ikke dokumentert for nemnda at innholdet i tilskuddsbrev fra departementet er av en slik karakter at det gir innflytelse over eller mulighet for å kontrollere driften til SiO, og da særlig på anskaffelsesområdet.

- (50) Av forarbeidene til studentsamskipnadsloven, Ot. prp. Nr. 71 (2006-2007) side 19, fremgår det at reglene om tilsyn ikke gir *"departementet styringsmulighet overfor samskipnadene utover det som følger eksplisitt av loven. Departementet kan ikke instruere samskipnadene i deres daglige drift."* Videre fremgår det at Riksrevisjonens kontroll *"skal være tilpasset departementets styrings-, tilsyns- og kontrollfunksjoner"*. Dette indikerer etter nemndas syn at det offentlige ikke er tillagt kontroll- og tilsynsmyndighet i så stor grad at det offentlige kan påvirke SiOs virksomhet på anskaffelsesområdet.
- (51) Det er på det rene at det offentlige ikke har eierandeler i SiO og dermed ikke utøver kontroll eller instruksjonsmyndighet gjennom eierskap. Det følger imidlertid av loven § 2 at det er departementet som bestemmer om samskipnader skal opprettes, legges ned eller slås sammen. Dette innebærer at departementet er tillagt en kontroll som går ut over en ren kontroll med at lovgivning etterleves, men heller ikke her er det tale om en kontrollfunksjon av den art som forutsettes i forskriften § 1-2 (2) bokstav c.
- (52) Det er etter dette ikke tilstrekkelige holdepunkter i foreliggende dokumentasjon for å konstatere at det foreligger en slik grad av offentlig kontroll med SiOs drift på anskaffelsesområdet til at den kan sammenlignes med den tilknytningen som foreligger når finansierings- eller oppnevneskriteriet er oppfylt, jf. blant annet EU-domstolens sak C-237/99. Kontrollen er basert på etterfølgende tilsyn uten innvirkning på løpende beslutninger i SiO om drift, så som kjøp av varer og tjenester. Kontrollvilkåret i § 1-2 (2) bokstav c er dermed ikke oppfylt, og SiO anses dermed ikke for å være et offentligrettslig organ i regelverkets forstand.

Særskilt om innklagede Studentkafeene AS

- (53) Dersom det kunne legges til grunn at SiO var omfattet, kunne det vært et spørsmål om dette også vil gjelde for SiOs forretningsdrift gjennom datterselskaper, slik som innklagede. I Nærings- og Handelsdepartementets uttalelse fra 23. september 1996 omtalt ovenfor, blir dette ansett som to spørsmål og konklusjonen er at *"Studentkafeene"* ikke omfattes av regelverket. Med det syn nemnda har på SiO, blir konsekvensen at når SiO ikke anses som et offentligrettslig organ, så oppfyller heller ikke samskipnadens datterselskaper så som innklagede vilkårene i § 1-2 (2). Innklagede omfattes dermed ikke av regelverket for offentlige anskaffelser, jf. § 1-2 (1), og den aktuelle anskaffelsen faller dermed utenfor regelverkets virkeområde. Klagers anførsel om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fører således ikke frem.

Konklusjon:

Den foreliggende anskaffelse omfattes ikke av regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

31. januar 2011

Kai Krüger